



1

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](mailto: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



**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

|                                                                                                                                                                              |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Giselle Borges ALVES & Henrique Alves PINTO, “A Lei do Superendividamento: Cinco Anos de Vigência à Luz dos Temas Debatidos nos Tribunais Superiores Brasileiros”            | 1   |
| Juliana de Mello Brito Ferreira do AMARAL, “Análise Econômica da Psicologia do Subdesenvolvimento”                                                                           | 33  |
| Fernando ARAÚJO, “Crítica do Principlismo em Bioética”                                                                                                                       | 67  |
| Luciane Cardoso BARZOTTO, “Fraternidade e Justiça Relacional como Fundamentos dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos Laborais”                                        | 149 |
| Eugênio BATTESINI, “Nobel Prize, Incremental Learned Hand Standard and Cheapest Cost Avoider Criterion: Comparative Tort Law and Economics in Legal Practice”                | 171 |
| Ana Flávia CASTILHO, “A Extrafiscalidade Ambiental a Partir de Estudos Precursores à Norma Jurídica”                                                                         | 337 |
| Heron GORDILHO, “Touradas Portuguesas na Berlinda: Os (Des)caminhos para a sua Inclusão na Lista do Patrimônio Cultural Imaterial da Humanidade”                             | 373 |
| Maykon Fagundes MACHADO & Pedro Augusto Silva COSTA, “A Viabilidade da Tributação Verde ( <i>Green Tax</i> ) como Política Pública no Fomento da Sustentabilidade Ambiental” | 407 |

|                                                                                                                                                                                                                              |       |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|-----|
| Federico Nunes de MATOS, “Arbitragem no Direito Administrativo Espanhol: Os Embaraços ao Reconhecimento da Admissibilidade da Via Arbitral como Meio Ordinário de Resolução de Conflitos Envolvendo a Administração Pública” | ..... | 435 |
| Eduardo Henrique NAZARI, “Análise Econômica dos Contratos de Geração Distribuída: Eficiência, Segurança e Regulação”                                                                                                         | ..... | 455 |
| Rocco Antonio Rangel Rosso NELSON & Walkyria de Oliveira Rocha TEIXEIRA, “Da Deslealdade Concorrencial por Meio da Prática do Dumping Social”                                                                                | ..... | 535 |
| Amanda Flávio de OLIVEIRA, Davi CHAVES & Flávia TAPAJÓS, “ <i>Killer Acquisition</i> : Um Novo Ilícito para uma Nova Economia? Considerações a Partir do Ordenamento Jurídico Brasileiro”                                    | ..... | 577 |
| Diego Prezzi SANTOS, João Vitor JAHJAH, Felipe Ryuji Coimbra MIYAMOTO & Bruna Azevedo de CASTRO, “Teoria do Drone, Tecnologia e Fake News: A Contenção do <i>Predator</i> Via Direito Penal?”                                | ..... | 595 |
| Gustavo Podestá SEDRA, “Por um <i>Constitucionalismo Polêmico</i> , que se Preocupe com o <i>Poder</i> tanto quanto com os <i>Direitos</i> : Um Tributo a Massimo Luciani”                                                   | ..... | 627 |
| Claudio Xavier SEEFELDER Filho, “ <i>Public Choice Theory</i> : De Adam Smith às Gerações Modernas, uma Genealogia Intelectual da Teoria da Escolha Pública”                                                                 | ..... | 695 |

|                                                                                                                                                        |       |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|-----|
| Marckson Roberto Ferreira de SOUSA & Maria Marconiete<br>Fernandes PEREIRA, “Transjuridicidade e Regulação das<br>Plataformas Digitais”                | ..... | 743 |
| Matheus Barbagallo Gomes de SOUZA, “Os <i>Disclaimers</i> na<br>Publicidade de Mercado de Capitais: Uma Análise Jurídica-<br>Econômica-Comportamental” | ..... | 773 |
| Fabício TRINDADE, “O Princípio Constitucional da<br>Unicidade Sindical e a Inobservância ao Direito Fundamental à<br>Livre Associação”                 | ..... | 817 |
| Leonardo Estevam de Assis ZANINI & Odete Novais<br>Carneiro QUEIROZ, “A Retirada da Obra de Circulação e<br>sua Disciplina no Direito Autoral”         | ..... | 837 |
| Alessandro Severino Valler ZENNI & Caio Henrique Lopes<br>RAMIRO, “Direito, Literatura e a Suspeita da Tecnologia:<br>Uma Mensagem do Fim do Mundo”    | ..... | 871 |

## 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.

# A LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO: CINCO ANOS DE VIGÊNCIA À LUZ DOS TEMAS DEBATIDOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

Giselle Borges Alves<sup>1</sup>

Henrique Alves Pinto<sup>2</sup>

Resumo: O presente estudo tem como objetivo realizar um breve relato a respeito da forma como os Tribunais Superiores, após a entrada em vigor da Lei 14.181 de 2021, que inseriu no Código de Defesa do Consumidor, o sistema de proteção do consumidor superendividado, estão interpretando e julgando esta nova normatividade em prol desta categoria de consumidores. Apesar de ser um procedimento recente, várias decisões de caráter vinculantes estão sendo estabelecidas por tais cortes, cujo objetivo maior é o aprimorar o acesso efetivo à justiça aos consumidores que estão à margem do mercado de consumo. Nesse contexto,

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Mestra em Direito pela Universidade de Brasília – UnB, com pós-graduações *lato sensu* em Direito Processual Civil, Direito Constitucional, Direitos Difusos e Coletivos, Gestão Ambiental, Direitos da Natureza e Ecologia Jurídica Integral. Graduada em Direito pelo Instituto de Ensino Superior Cenecista – CNEC Unai. Foi professora e coordenadora do curso de Direito da Faculdade CNEC Unai. Atualmente exerce o cargo de Gestora Ambiental na Fundação Estadual do Meio Ambiente no Estado de Minas Gerais – FEAM, é advogada, professora de graduação em Direito na FACTU e professora de pós-graduação em Direitos da Natureza e Ecologia Jurídica Integral da Escola Superior de Ecologia Integral, Justiça e Paz Social – EJUSP. É pesquisadora atuante no Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade da Universidade de Brasília – GERN/UnB. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7121637604274295>.

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito Público e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Possui graduação em Direito e pós-graduação em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. É advogado, ex-professor adjunto da UFU, *campus* Uberlândia – MG, e atualmente é professor da Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai – FACTU-MG. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8562146244385242>.

analisa-se o impacto de tais decisões e os benefícios trazidos por elas no aprimoramento da recuperação financeira dos consumidores.

Palavras-Chave: Consumidor; Superendividamento; Decisões judiciais; Cortes Superiores;

## THE LAW ON OVER-INDEBTEDNESS: FIVE YEARS IN EFFECT OF THE ISSUES DEBATED IN THE BRAZILIAN SUPERIOR COURTS

**Abstract:** This research aims to provide a brief account of how the Superior Courts, after the entry into force of Law 14.181 of 2021, which incorporated the system for protecting over-indebted consumers into the Consumer Protection Code, are interpreting and judging this new regulation in favor of this category of consumers. Despite being a recent procedure, several binding decisions are being established by these courts, whose main objective is to improve effective access to justice for consumers who are marginalized from the consumer market. In this context, the impact of these decisions and the benefits they bring to improving the financial recovery of consumers are analyzed.

**Keywords:** Consumer; Over-indebtedness; Court decisions; Superior Courts;

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Superendividamento em contexto e normatividade. 2.1 Mínimo existencial como reflexo do princípio da dignidade humana. 3 O superendividamento pela ótica dos Tribunais Superiores brasileiros. 3.1 Diagnóstico dos temas de superendividamento no Superior Tribunal de Justiça. 3.1.1 Temas de grande recorrência. 3.1.2 Temas razoavelmente recorrentes. 3.1.3 Temas pouco recorrentes. 3.2 A temática do superendividamento no Supremo Tribunal Federal. 3.3 Entre a



busca do equilíbrio e os problemas jurídicos adjacentes. 4. Conclusão. 5 Considerações Finais.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei 14.181, que entrou em vigor em 02 de julho de 2021, completa cinco anos de vigência no ano de 2026. No entanto, sua aplicação aos casos concretos conta com vários desafios a serem enfrentados para sua real implementação à grande maioria dos consumidores superendividados. Exemplificativamente, o complexo procedimento inserido na Lei 8.078/1990, que trata a respeito da Conciliação no Superendividamento (art. 104-A ao art. 104-C), além da falta de informação adequada a respeito do modo que essa categoria de consumidores pode se beneficiar desta nova sistemática são questões que ainda precisam ser aprimoradas. O que foi inclusive constatado pelo Superior Tribunal de Justiça na sua recente edição, no ano de 2026, ed. 282, Tese 2, do seu caderno de Jurisprudência em Teses, que aqui será discutido. Tendo em vista que estes fatores, além de outros, acaba distanciando o Poder Judiciário dos objetivos propostos pelo legislador ao inserir o processo de recuperação de créditos dos consumidores que estão à margem do mercado de consumo.

O processo de tratamento de dívidas de consumo surge diante do aumento da oferta de crédito realizado ao longo dos anos, que tinha como objetivo o impulsionamento do mercado interno, mas que, em contrapartida, gerou um endividamento massivo das famílias que não sabiam lidar com as práticas abusivas promovidas pelas empresas ofertantes de crédito financeiro. Já que vários consumidores acabaram buscando empréstimos não só para adquirir bens de consumo, bem como assumir despesas básicas diante do decréscimo de sua renda média. O que acabou trazendo graves consequências no que se refere ao mínimo necessário para que tais famílias pudessem sobreviver.

A atenção com a solvabilidade dos consumidores, começou a despertar um real interesse dos setores governamentais, a partir da identificação, por parte dos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, do fato de que boa parte da população brasileira estava endividada massivamente e que em pouco tempo, o próprio mercado de consumo poderia sofrer sérias consequências diante de uma possível retração.

Assim, diante do atual cenário em que novas formas de acesso ao crédito e de pagamento foram aprimoradas, a exemplo do Pix, oferecido também por empresas de cartões de crédito, faz-se necessária, após cinco anos de vigência da Lei nº 14.181/2021, a elaboração de um breve diagnóstico no tocante às principais controvérsias que foram debatidas pelos Tribunais Superiores ao longo deste período.

Desta forma, observa-se que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça, julgaram vários casos em torno do tratamento do consumidor superendividado, na tentativa de dirimir suas controvérsias voltadas ao aprimoramento deste procedimento em questão instituído na lei consumerista. Nesse sentido, este estudo se propõe a realizar um levantamento qualitativo da litigância em superendividamento no âmbito das Cortes Superiores, tendo como marco inicial a análise de casos julgados a partir do ano de 2021.

Para tanto, foram objeto de análise as decisões colegiadas, em especial do Superior Tribunal de Justiça, tanto das suas turmas quanto do plenário, com exclusão de decisões monocráticas, voltados à melhor compreensão a respeito do impacto vinculante que tais decisões tendem a proporcionar nesta específica seara das relações de consumo que é o processo de superação do excesso de dívidas adquiridas pelos consumidores.

Na Corte Superior a pesquisa analisa três Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamentais promovidas em face dos decretos regulamentadores da Lei 14.181/2021, quais sejam as ADPFs nº 1005, nº 1006 e nº 1097, que tiveram o mérito ana-

lisado pelo tribunal em abril de 2026.

## 2 SUPERENDIVIDAMENTO EM CONTEXTO E NORMATIVIDADE

Historicamente, no âmbito do Direito Civil sempre vigorou o princípio da igualdade formal entre os contratantes (Almeida, 2024), no entanto, os avanços da Revolução Industrial no século XVIII e da tecnologia nos séculos XX e XXI, possibilitaram o consumo de massa e o surgimento de novos modelos de contratação que passaram a desafiar os direitos contratuais civis clássicos. Havia claramente efeitos uma assimetria entre fornecedores e consumidores que o direito contratual, por meio da igualdade meramente formal, não conseguia minimizar. O consumidor estava desprovido de conhecimento técnico-científico pleno, com ampla vulnerabilidade informacional e submetido aos poderes econômicos dos agentes de mercado.

A vulnerabilidade acentuada de uma das partes evidenciava a necessidade de maior proteção nas contratações que trouxesse, inclusive, uma reestruturação dos mecanismos de acesso à justiça e de tutela jurídica do consumidor, para que este pudesse ter seus direitos garantidos. Foi neste contexto que iniciaram a edição das primeiras normas de proteção direta aos consumidores, para além da proteção específica de setores da economia. No Brasil, no ano de 1990, com a edição da Lei nº 8.078, têm-se um marco jurídico inicial de proteção e defesa do consumidor para além da Constituição Federal de 1988.

A economia brasileira ao longo do início do século XX estimulou o acesso a bens e serviços através da facilitação do acesso ao crédito, sem a contrapartida de oferecer ao consumidor, na mesma proporção, o acesso a mecanismos e instrumentos de prevenção ao endividamento (Bucar, 2017). A falta de educação financeira aliada a proliferação de instituições, produtos e serviços financeiros, que atuavam, inclusive abusivamente, esti-

mulou o superendividamento das famílias brasileiras<sup>3</sup>.

Assim, verifica-se que a desigualdade estabelecida dentro das contratações ao longo dos séculos, não mudou; reclamava e continua reclamando a melhoria dos sistemas de proteção, especialmente diante de práticas de concessão de crédito por instituições financeiras. De acordo com Almeida (2024, p. 13), a concessão de crédito na grande maioria das vezes é realizada “sem a análise mínima da situação econômica do consumidor e sem informar ao vulnerável dessa relação jurídica, as consequências do inadimplemento”.

Sob a ótica do princípio da dignidade humana, os acordos e transações comerciais e financeiras não podem ignorar o respeito aos direitos fundamentais mínimos para priorizar excessivos ganhos econômicos (Khoury, 2020). Portanto, devem existir critérios de razoabilidade nas transações, sob pena de caracterização de enriquecimento indevido.

Nesta perspectiva e diante da situação social e econômica, notadamente pela vulnerabilidade das pessoas que estavam superendividadas no Brasil, muitas vezes sem condições mínimas de existência digna, em 2021 foi editada a Lei nº 14.181, com o objetivo de possibilitar a reorganização financeira de pessoas superendividadas e garantir condições materiais mínimas para uma vida digna, consagrando este direito fundamental, em detrimento de valores puramente econômicos (Almeida, 2023; Bucar, 2017).

A Lei nº 14.181/2021, realizou adequações importantes no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e no Estatuto do Idoso, estabelecendo mecanismos para o tratamento do superendividamento<sup>4</sup> das pessoas físicas, por meio, por exemplo da re-

---

<sup>3</sup> O número de famílias endividadas no Brasil, mas que ainda conseguem saldar parte das dívidas, atingiu o patamar de 78%. Entretanto, o número de famílias que não conseguem mais quitar suas dívidas, conforme dados coletados em maio de 2023, atingiu a média de 11,8% (CNN Brasil, 2024).

<sup>4</sup> De acordo com a recente edição de nº 282 do Superior Tribunal de Justiça de 12 de junho de 2026, Tese 1, este tribunal conceituou o Superendividamento como a “im-

negociação de dívidas, garantindo a possibilidade de fixação de condições de pagamento viáveis materialmente, sempre sob a perspectiva de respeito aos direitos fundamentais (Martins, 2024).

Entre as alterações, a norma incluiu como princípios básicos das relações de consumo o dever de fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores (art. 4º, inc. IX) e a prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor (art. 4º, inciso X). Além disso, trouxe entre os instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo, os deveres dos poderes públicos instituírem mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural (art. 5º, inc. VI), assim como, a instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento (art. 5º, inc. VII).

No entanto, o principal requisito para o uso da legislação, de acordo com a doutrina, é a boa-fé do devedor (Buzzi *et al.*, 2024)<sup>5</sup>. A boa-fé é princípio básico para a incidência da tutela estabelecida pela lei do superendividamento e, conforme destacam Dantas e Gouveia (2024), a análise da boa-fé perpassa todas as fases do contrato e a forma de ação dos envolvidos. A boa-fé do consumidor abrange o dever de agir de forma honesta para

---

possibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas, exigíveis e vincendas, as quais englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos em decorrência de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compra a prazo e serviços de prestação continuada, sem comprometer seu mínimo existencial”.

<sup>5</sup> O requisito da boa-fé deve ser inerente a todas as negociações contratuais, sejam em contratos civis, mercantis ou os afetos às relações de consumo. No entanto, a Lei nº 14.181/2021 ofertou um sobrevalor ao princípio da boa-fé subjetiva e objetiva nas alterações promovidas no Código de Defesa do Consumidor. Isso pode ser percebido, por exemplo, no artigo 54-A, §1º, que exige que as dívidas tenham sido adquiridas em contratos de consumo realizados por pessoa natural de boa-fé, para incidência dos procedimentos de renegociação estabelecidos na norma. Além disso, o art. 54-A, §3º, destaca que estão excluídas do alcance da norma as dívidas contraídas de má-fé, decorrentes de contratos dolosos.

organizar suas dívidas, bem como a inexistência de interesse fraudulento ao realizar a contratação; já a análise da boa-fé das instituições financeiras perpassa a identificação dos requisitos de transparência contratual sobre riscos da negociação e ciência destes ao consumidor-contratante. Neste sentido, é o teor do art. 54-B do CDC, resultante da Lei nº 14.181/2021, que indica como dever atribuído ao credor (fornecedor de crédito), informar claramente ao consumidor, ainda no período prévio à contratação, o custo efetivo total, descrever os elementos que compõem o contrato e a taxa mensal de juros, bem como as informações sobre mora e demais encargos em caso de atraso no pagamento.

No que concerne ao tratamento jurídico atual do superendividamento, têm-se o reconhecimento de que é superendividado o consumidor que possui dívidas de forma desproporcional em relação à sua capacidade de pagamento. Estabeleceu-se, assim, um novo paradigma nas relações de consumo que envolvem oferta de crédito ao consumidor e sob uma perspectiva tríade, com maior ênfase na dignidade humana, na boa-fé e no crédito responsável (Martins, 2024). A máxima do mínimo existencial foi estabelecida como outro princípio básico e este, muitas vezes, é definido como a existência de valor mínimo para garantia da sobrevivência humana (Dantas e Gouveia, 2024).

No contexto material de incidência da norma, consideram-se dívidas de consumo aquelas realizadas em operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada (art. 54-A, §2º, do CDC), mas estão excluídas do alcance das alterações promovidas pela lei do superendividamento, dívidas contraídas em contratos dolosos mediante fraude ou má-fé e que foram adquiridas com o intuito de não realizar o pagamento, bem como as que estão relacionadas a produtos e serviços de luxo ou alto valor (art. 54-A, §3º, CDC). Também estão excluídas do processo de repactuação de dívidas<sup>6</sup> aquelas advindas de contra-

---

<sup>6</sup> Também de acordo com a recente edição de nº 282 do Superior Tribunal de Justiça

tos com garantias reais, por exemplo, contratos de crédito garantidos por imóveis, alienação fiduciária de veículos e contratos de crédito rural (art. 104-A, §1º, CDC).

Em aspectos procedimentais, as adequações realizadas pela Lei nº 14.181/2021 no CDC, reforçaram o acesso à justiça no tratamento do superendividamento, incluindo expressamente que deve ser considerado como abusiva qualquer cláusula contratual que condicione ou limite de qualquer forma o acesso do consumidor aos órgãos do Poder Judiciário (art. 51, inc. XVII, CDC).

O consumidor também passou a contar com mecanismos importantes para a garantia desse acesso, como a realização de procedimentos conciliatórios específicos (Art. 104-A do CDC), possibilitando a reunião de credores, com o objetivo de facilitar a renegociação de dívidas e aprovar planos de pagamentos viáveis ao orçamento do consumidor que possui alto índice de inadimplência. Neste sentido, a norma cumpre o dever do Estado em incentivar a solução consensual de conflitos, prática que deve ser estimulada também pela participação dos membros da sociedade<sup>7</sup>.

Com o intuito de estimular a presença das partes nas renegociações, o §2º do art. 104-A do CDC, estabelece uma garantia importante ao consumidor, uma vez que diante de eventual ausência injustificada de credor requisitado para comparecer à audiência conciliatória prévia, bem como na ausência de procurador com poderes especiais para a audiência de concilia-

---

de 12 de junho de 2026, Tese 2, “o processo de repactuação de dívidas, previsto no art. 104-A do Código de Defesa do Consumidor, deve ser iniciado de forma autônoma, dotado de rito próprio e natureza conciliatória, sendo juridicamente inviável a sua instauração como mero incidente em processo executivo em curso, sob pena de subversão da lógica processual e risco de tumulto procedimental”.

<sup>7</sup> Neste sentido, o Enunciado Científico nº 51, aprovado na 1ª Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do CJP, realizada em 2016, que informa: “O Estado e a sociedade deverão estimular as soluções consensuais nos casos de superendividamento ou insolvência do consumidor pessoa física, a fim de assegurar a sua inclusão social, o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana” (CJP, 2016).

ção na renegociação de dívidas, haverá incidência do efeito imediato de suspensão da exigibilidade do débito em face do consumidor, sendo que a suspensão também abrange juros, multas e demais encargos decorrentes do atraso de pagamento.

Portanto, a norma tende a privilegiar a solução consensual<sup>8</sup> e diante da vulnerabilidade do consumidor em procedimentos de negociação desta natureza, estabelece requisitos mínimos de observância pelos credores de consumidores superendividados, como a necessidade de participação específica com poderes para transigir, minimizando condutas que levem a realização de atos infrutíferos pelos tribunais na solução de controvérsias dessa natureza. Os credores que não comparecerem deverão arcar com os ônus incidentes sobre a não colaboração na solução de um problema que não é apenas individual e econômico, mas social.

Uma vez realizada a audiência de conciliação, mas sem negociação bem-sucedida, o consumidor poderá solicitar ao juiz a abertura do processo judicial de superendividamento (Art. 104-B do CDC). Nesta fase ocorrerá a revisão de cláusulas contratuais, a reorganização das dívidas e a elaboração do plano de pagamento compulsório, que incluirá, inclusive, os credores que não quiseram participar da negociação em audiência conciliatória prévia.

Desta forma, os instrumentos e fases procedimentais estabelecidas à recuperação da solvabilidade do consumidor destacam uma oportunidade de quitação de dívidas por meio de mecanismos de negociação justa, com estabelecimento de parcelas mensais que não comprometam toda a renda do consumidor e

---

<sup>8</sup> A despeito da preferência pela norma em comento pela solução consensual, o Superior Tribunal de Justiça, aponta que a iniciativa conciliatória cabe ao consumidor. É o que pode ser observada na Tese 3, da Edição 282, do Jurisprudência em Teses, publicado em junho de 2026 sob a temática do Superendividamento. “A fase pré-processual do processo de superação do superendividamento visa à autocomposição entre credores e devedores e, apesar de ser regida pelos princípios da cooperação e da solidariedade, tem como pressuposto que o ônus da iniciativa conciliatória, com a apresentação de proposta de plano de pagamento, é o consumidor”.



com prazo de pagamento de até cinco anos, garantindo a preservação do mínimo existencial, ou seja, assegurando que o consumidor detenha uma renda mínima para atendimento das necessidades básicas de sobrevivência humana (Buzzi *et al.*, 2024).

No entanto, a conceituação e o alcance do que vem a ser abrangido pelo mínimo existencial, apesar das tentativas legislativas e da doutrina jurídica, ainda é permeado pela indeterminação.

## 2.1 MÍNIMO EXISTENCIAL COMO REFLEXO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A Constituição Federal de 1988, ao prever nas suas disposições o dever do Estado proteger o consumidor, como uma garantia fundamental, bem como estabelecer que a defesa do consumidor também deve estar inserida dentro dos preceitos que regem a ordem econômica, estabelece que essa proteção ocorrerá não apenas sobre a ótica individual, mas levando em consideração também o bem-estar coletivo e mercadológico. Estas disposições surgem em contexto do estabelecimento de uma maior proteção aos direitos humanos, como diretrizes de Estado (Nunes, 2021).

O ponto a ser considerado constitucionalmente é o critério de prevenção, uma vez que não apenas o consumidor individualmente, mas também toda a sociedade pode estar sujeita às práticas abusivas do capitalismo predatório e violador da dignidade humana (Khouri, 2020). Contudo, o conceito de dignidade humana e a sua implementação concreta ainda é cercada por inúmeras dificuldades para atribuição de um significado real, diante de sua flexibilidade interpretativa e de utilização deste por praticamente todos os grupos e causas sociais, que incluem a dignidade como um critério de legitimação discursiva (Sarmento, 2022).

O resultado é generalização e ausência de um entendi-

mento adequado da sua aplicabilidade, mas ao mesmo tempo, têm-se a compreensão de que a dignidade humana é um valor inerente a todo ser humano e uma linha importante de defesa de direitos fundamentais quando estes não são assegurados ou quando existentes, são violados (Sarmiento, 2022; Nunes, 2021).

No que concerne ao conceito de mínimo existencial, cunhado sob a ótica da garantia da dignidade humana, ressalte-se que este também não pode ser manejado como substitutivo dos direitos fundamentais em espécie, mas deve ser considerado com uma relativa autonomia (Toffoli, 2018), uma vez que surge atrelado ao dever estatal de combate à pobreza como questão social. Estando relacionado a condições socioeconômicas, como índices de pobreza e endividamento, a sua concepção deverá levar em considerações a distribuição de renda, a posição da pessoa dentro das camadas sociais, identificação de situações sensíveis e de miséria, ou seja, características de pobreza relativa e absoluta (Torres, 2011).

Com as alterações promovidas pela Lei nº 14.181/2021 no CDC, foi inserido dentro do conceito do superendividamento descrito no art. 54-A, §1º, a noção de comprometimento do mínimo existencial. Vejamos: “§ 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação”. Além disso, também houve a inclusão como direitos básicos dos consumidores, no art. 6º, incisos XI e XII, a “garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas”, bem como a “preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito”.

Destes dispositivos, o que se observa é que sempre que a

Lei nº 14.181/2021 objetivou incluir o mínimo existencial entre os direitos do consumidor, submeteu a sua concretização à regulamentação posterior, o que coloca em evidência um problema jurídico crucial: a necessidade ou não de regulamentação para tornar suficiente a aplicação prática a cláusula geral do mínimo existencial.

A tentativa de fixação do que seria concretamente o mínimo existencial foi objeto inicialmente do Decreto nº 11.150 de 26 de julho de 2022. Na redação original, a norma previa que o mínimo existencial para fins de prevenção e conciliação administrativa e judicial de situações de superendividamento, seria o importe de 25% (vinte e cinco por cento) do salário-mínimo vigente na época da publicação do decreto. Considerando que o salário-mínimo vigente para o ano de 2022 era de R\$ 1.212,00<sup>9</sup>, o valor do mínimo para vida com dignidade, nos termos do regulamento, era de R\$ 303,00 (trezentos e três reais). De acordo com Almeida (2024), ao invés de pacificar um problema, a norma gerou grande preocupação porque não garantia em essência o direito a uma vida digna.

Ressalte-se que o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), foi uma das entidades que elaborou Nota Técnica, informando a necessidade de estabelecer uma vedação a fixação do mínimo existência em valor inferior a um salário-mínimo, opondo-se à redação original do Decreto nº 11.150/2022. O IDEC ainda menciona que a norma regulamentadora não possuía embasamento em estudos técnicos e desconsiderava as contribuições da sociedade civil, que foram feitas durante audiência pública na Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) no ano de 2021, que não recomendavam a definição de um teto fixo (IDEC, 2022). Ocorre que a centralidade das discussões sobre a redação original do Decreto nº 11.150/2022, que inclui o dimensionamento do que viria ser “mínimo existencial”, chegaram ao Supremo Tribunal Federal ainda no ano de 2022, inicialmente

---

<sup>9</sup> Conforme a Lei Federal nº 14.358/2022.

por meio das ADPFs nº 1005 e nº 1006.

Em 19 de junho de 2023, o art. 3º do Decreto 11.150/2022, que fixava o valor considerado como mínimo existencial, foi alterado pelo Decreto nº 11.567, estabelecendo novamente uma quantia fixa, mas agora dimensionada em R\$ 600,00 (seiscentos reais)<sup>5</sup>. Além disso, o Decreto 11.567/2023 também trouxe a previsão de que a Secretaria Nacional do Consumidor, em articulação com os sistemas de defesa do consumidor em nível estadual, distrital e municipal, deverá periodicamente organizar mutirões de repactuação de dívidas para prevenção e tratamento do superendividamento no país. No entanto, em face da alteração promovida pelo Decreto nº 11.567/2023, foi apresentada a ADPF 1097, que apesar de reconhecer alguns avanços na regulamentação, continuou afirmando a inviabilidade de fixação de um teto para o mínimo existencial.

Neste sentido, verifica-se que uma das grandes controvérsias do tema superendividamento, está no estabelecimento de quais seriam os requisitos mínimos básicos para uma sobrevivência digna, uma vez que os direitos básicos fundamentais humanos, estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 estão muito além do que é garantido por meio dos tetos fixados nas tentativas de regulamentação. Além disso, o Brasil é um país de dimensões continentais com realidades sociais e econômicas muito distintas e que impactam nas necessidades básicas de seus cidadãos.

### 3 O SUPERENDIVIDAMENTO PELA ÓTICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

#### 3.1 DIAGNÓSTICO DOS TEMAS DE SUPERENDIVIDAMENTO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os principais temas relacionados ao superendividamento que foram analisados pelo STJ ao longo dos anos de vigência da

Lei nº 14.181/2021, são relacionados à limitação de desconto em salário e conta corrente, a preservação do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, ao estabelecimento da multa cominatória (astreinte), às questões relativas à competência da justiça federal e justiça estadual, e temas relativos à audiência de conciliação nos processos que tratam de superendividamento.

Neste estudo, usaremos três classificações para definição de recorrência de análise do superendividamento pelo STJ nos temas acima informados: muito recorrente, recorrente e pouco recorrente. A classificação levou em consideração o quantitativo de casos que envolvem os temas identificados, sendo importante destacar que um único recurso pode conter decisão que alcance mais de um dos temas.

Ressalte-se que a pesquisa foi realizada utilizando a página de pesquisa de jurisprudência no site do STJ, entre os dias 21/05/2026 e 02/06/2026, apenas em decisões provenientes dos órgãos colegiados e que apresentassem de forma explícita as seguintes palavras-chaves: “superendividamento”, “superendividado”, “lei do superendividamento” e “lei 14.181”.

A pesquisa, após a retirada de acórdãos dúplices<sup>10</sup>, inicialmente resultou em 54 (cinquenta e quatro) acórdãos analisados. No entanto, durante essa análise, identificou-se que havia recursos que não foram conhecidos por ausência de prequestionamento e deficiência de fundamentação, por incidência de súmulas impeditivas do seguimento de recursos e que não permitem o revolvimento da matéria fática e probatória, bem como existiam recursos em que não foram infirmados os motivos autônomos da decisão recorrida<sup>11</sup>. Desta forma, os recursos que não tiveram o mérito analisado, que incidiam nestas situações

---

<sup>10</sup> A necessidade de retirada de acórdãos que estejam em duplicidade resulta da própria pesquisa por palavras-chaves, uma vez que ela é realizada separadamente com cada palavra e pode resultar em identificações do mesmo caso que poderá conter mais de uma palavra-chave.

<sup>11</sup> Situações que se amoldam a incidência das súmulas 7, 182 e 211 do STJ, bem como das súmulas 282, 284 e 735 do STF.

processuais delineadas ou que não traziam a posição da Turma ou do Pleno do tribunal ao caso concreto, foram excluídos da análise.

Também foram excluídos os recursos que tiveram decisões publicadas em datas anteriores a edição da lei do superendividamento, tendo em vista que o recorte temático desta pesquisa incide sobre os anos de vigência da norma. Têm-se, então, um quantitativo de 37 (trinta e sete) acórdãos efetivamente submetidos a esta pesquisa, que foram julgados entre os anos de 2022 e 2026, e que tiveram tramitação iniciada em período posterior a publicação da Lei nº 14.181/2021 nas instâncias inferiores.

### 3.1.1 TEMAS DE GRANDE RECORRÊNCIA

Os temas de maior recorrência nas decisões colegiadas que envolvem a temática do superendividamento no âmbito do STJ, são: os conflitos de competência entre justiça federal e estadual (dezesseis acórdãos) e a limitação de descontos em salários e conta corrente (dez acórdãos).

Em relação ao tema dos conflitos de competência envolvendo as justiças federal e estadual, o STJ sempre está às voltas de problemas jurídicos envolvendo ações de superendividamento que possui no polo passivo a Caixa Econômica Federal, mas também vem realizando a análise de conflitos de competência entre varas de justiças estaduais.

Nesta temática, o tribunal fixou entendimento de que uma vez existente concurso de credores (natureza concursal), a competência para o processamento dos pedidos relacionados ao superendividamento é da justiça estadual, mesmo se um dos credores for ente federal<sup>12</sup>. Conforme o STJ, menciona no Informa-

---

<sup>12</sup> Vide as decisões proferidas nos seguintes conflitos de competência: CC 217233/MT; CC 216728/ES; CC 218312/RS; CC 215336/SC, j. 14/10/2025; CC 211673/SP, j. 17/06/2025; REsp 2177678/RS, j. 31.03.2025; CC 192140/DF, j. 10.05.2023 e CC 193066/DF, j. 22.03.2023.

tivo de Jurisprudência 768, de 28 de março de 2023, ao divulgar a decisão exarada no Conflito de Competência nº 193.066/DF:

[...] o procedimento judicial relacionado ao superendividamento, tal como o de recuperação judicial ou falência, possui inegável e nítida natureza concursal, de modo que as empresas públicas federais, excepcionalmente, sujeitam-se à competência da Justiça estadual e/ou distrital, justamente em razão da existência de concursalidade entre credores, impondo-se, dessa forma, a concentração, na Justiça comum estadual, de todos os credores, bem como o próprio consumidor para a definição do plano de pagamento, suas condições, o seu prazo e as formas de adimplemento dos débitos.

Nota-se que a decisão do STJ segue o que foi preconizado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 678.162, em 13/05/2021, com relatoria do Ministro Edson Fachin, em que ficou estabelecido que “a insolvência civil está entre as exceções da parte final do art. 109, I, da Constituição da República, para fins da competência da Justiça Federal”.

No entanto, se há apenas um credor federal, aplica-se a regra do art. 109, I, CF, atraindo a competência da Justiça Federal<sup>13</sup>.

Assim, as principais teses extraídas dos julgados do STJ que tratam sobre competência podem ser enunciadas da seguinte forma:

I) Em caso de ações que envolvam repactuação de dívidas por superendividamento, que possuem natureza concursal, havendo concurso de credores, a competência é da Justiça Estadual, mesmo havendo ente federal no polo passivo.

II) Ausente concurso de credores, as ações contra empresa pública federal seguem a competência estabelecida pelo art. 109, I, da CF/1988.

Inobstante as teses inicialmente infirmadas, o STJ também analisou em alguns julgados, outros subtemas pontuais que

---

<sup>13</sup> É o que se observa nas decisões proferidas nos seguintes recursos: AgInt no CC 215963/MG; CC 216661/SC; CC 217285/GO; CC 215067/PA, j. 16/09/2025; CC 214482/GO, j. 10/09/2025; e AgInt no CC 208152/SP, j. 03/12/2024.

estão relacionados à competência. É o caso do Conflito de Competência nº 218010/RS, em que ficou definido que a existência de conexão, continência ou mera coexistência de processo de superendividamento, não é motivo para a modificação de ações com competência absoluta definida.

No âmbito do Conflito de Competência nº 218312/RS, o tribunal estabeleceu que o cumprimento de sentença de ações sob o rito do superendividamento, deve ocorrer no juízo que proferiu a decisão de primeira instância, nos termos em que define o art. 516, inciso II do Código de Processo Civil.

Por ocasião do julgamento do Conflito de Competência nº 216728/ES, o STJ também deliberou que nas situações de cumulação de pedidos de indenização por dano moral, repetição de indébito e nulidade de contratos, não deve haver a alteração da competência da justiça estadual para julgar a ação de repactuação de dívidas. Assim como, casos de vícios na petição inicial ou ausência de requisitos para o processamento pelo rito da Lei de Superendividamento, também não podem ser considerados motivos jurídicos suficientes para modificar a competência para o processamento destas demandas<sup>14</sup>. Em situações de vícios insanáveis, os tribunais devem optar pela extinção do processo sem resolução do mérito.

Sobre o segundo tema muito recorrente nos julgados relacionados à lei do superendividamento, está a limitação de descontos em salários e conta corrente. Existem decisões que enfatizam que descontos de empréstimos bancários comuns podem ser limitados a 30% (trinta por cento) da remuneração do consumidor<sup>15</sup>. Além disso, de acordo com o STJ, havendo autorização prévia do mutuário, os descontos são lícitos, desde que não comprometam o mínimo existencial<sup>16</sup>.

Além disso, o tribunal destaca a possibilidade de limita-

---

<sup>14</sup> Este é o caso da decisão do CC 216733/ES, j. 17/11/2025.

<sup>15</sup> Recomenda-se a leitura dos AREsp 2053476/SP, REsp 1863973/SP e REsp 2141312/DF.

<sup>16</sup> Neste sentido o AREsp 3023009/DF.



ção de descontos em folha de pagamento e em conta corrente no patamar de 30% (trinta por cento) da remuneração líquida, como uma forma de preservar o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, mediante o alongamento do prazo contratual de pagamento e manutenção dos juros originais<sup>17</sup>. Destaque-se que esse tema foi analisado no âmbito do julgamento de recursos repetitivos do tribunal, gerando a tese do Tema 1085 que destaca, inclusive, que os descontos previamente autorizados são considerados lícitos, não sendo cabível a aplicação analógica da limitação descrita na Lei 10.820/2003<sup>18</sup>.

Portanto, as principais teses sobre este tema da licitude de descontos podem ser referenciadas da seguinte forma:

I) Inaplicabilidade analógica da limitação de 30% (trinta por cento) prevista na Lei nº 10.820/2003 (que trata de empréstimos consignados) para descontos em conta corrente de empréstimos bancários comuns.

II) Limitação de desconto em folha e em conta corrente, os chamados empréstimos consignados, em 30% (trinta por cento) da remuneração líquida, em caso de superendividamento, como forma de preservação do mínimo existencial.

### 3.1.2 TEMAS RAZOAVELMENTE RECORRENTES

Um tema que tem chegado ao STJ de forma recorrente envolve as audiências de conciliação no superendividamento.

---

<sup>17</sup> Vide a decisão do AREsp 2053476/SP, que também enfatizou que essa solução concilia o princípio do *pacta sunt servanda* com os princípios da dignidade da pessoa humana e a proteção do mínimo existencial.

<sup>18</sup> Tese Repetitiva: “São lícitos os descontos de parcelas de empréstimos bancários comuns em conta-corrente, ainda que utilizada para recebimento de salários, desde que previamente autorizados pelo mutuário e enquanto esta autorização perdurar, não sendo aplicável, por analogia, a limitação prevista no § 1º do art. 1º da Lei n. 10.820/2003, que disciplina os empréstimos consignados em folha de pagamento.” (STJ, REsp 1863973/SP, REsp 1877113/SP e REsp 1872441/SP, relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 09/03/2022). Seguindo o entendimento do repetitivo, seguem o REsp 2162956/RJ (j. 9/12/2025), REsp 2084184/SP (j. 24/11/2025), AREsp 2958381/RJ (j. 20/10/2025) e AgInt no AREsp 2103485/DF (j. 02/09/2024).

Foram encontrados seis acórdãos com essa abordagem.

Nestes casos, o tribunal decidiu que as sanções do art. 104-A, §2º, do CDC apenas são aplicáveis quando houver ausência injustificada do credor ou de procurador sem poderes para transigir<sup>19</sup>. Entretanto, as sanções não podem ser aplicadas de forma analógica quando estiverem presentes os credores ou seus representantes, mas com ausência de proposta concreta para a realização da negociação e eventual acordo<sup>20</sup>.

Por ocasião da divulgação do resultado do REsp 2.188.689/RJ, julgado em 17 de junho de 2025, por meio do Informativo de Jurisprudência 855, o STJ destacou que na aplicação do art. 104-A, §2º do CDC, diante das hipóteses de não comparecimento injustificado ou de ausência de procuradores com poderes especiais, têm-se situações “que colidem com os princípios nos quais se baseia a lei, em especial, a cooperação e a solidariedade”. No entanto, mesmo diante da “importância da audiência e o prestígio dado pelo sistema à autocomposição, não há respaldo legal para a aplicação, por analogia, das penalidades” (STJ, Informativo n. 855, 2025).

Portanto, diante das decisões proferidas pelo STJ, a tese a ser extraída é:

I) As sanções do art. 104-A, §1º, do CDC apenas são aplicáveis aos casos de ausência injustificada do credor ou de procurador sem poderes para transigir.

### 3.1.3 TEMAS POUCOS RECORRENTES

Entre os temas classificados nesta pesquisa como pouco recorrentes estão a preservação do mínimo existencial e da dignidade humana, como argumentos utilizados de forma mais relevante dentro das decisões (dois acórdãos encontrados), a apli-

---

<sup>19</sup> Neste sentido as decisões do REsp 2171258/RS; e REsp 2168199, j. 3.12.2024.

<sup>20</sup> É o que foi decidido nos REsp 2170539/RS; REsp 2188689/RS, j. 17/06/2025; REsp 2188683/RS, j. 01/04/2025; e REsp 2191259/RS, j. 20/03/2025.

cação de multa cominatória, também denominada como astreinte (um acórdão), a abordagem sobre o rito do processo de repactuação de dívidas (um acórdão) e o afastamento da aplicação incidental da lei do superendividamento em ações de naturezas diversas (um acórdão).

Sobre o tema da preservação do mínimo existencial e dignidade da pessoa humana, na maioria das vezes o STJ tem utilizados estes argumentos de forma conjunta com outros temas, mas sem aprofundamento específico. Poucos são os casos em que são tecidas considerações adicionais e relevantes nas razões de decidir dos acórdãos.

Nos casos identificados, o STJ tem tentado conciliar o princípio do *pacta sunt servanda* com a necessidade de proteger o consumidor superendividado. Existe, neste sentido, uma interpretação sistemática voltada a proteção da dignidade humana. Percebe-se que o tribunal tem destacado dentro do tema relativo à limitação de descontos, a necessidade de preservação do mínimo existencial à luz dos princípios da função social do contrato e da boa-fé, compreendendo que todos estes princípios interpretados conjuntamente reforçam a dignidade da pessoa humana<sup>21</sup>.

Para a preservação do mínimo existencial, as soluções intermediárias propostas pela jurisprudência do STJ são o alongamento contratual e a manutenção dos juros originais, evitando a extinção das obrigações<sup>22</sup>.

No tema relacionado à multa cominatória (astreinte), a Corte destaca que a imposição é legítima para compelir o cumprimento de decisões judiciais, mas o valor da multa deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e pode ser reduzida para evitar o enriquecimento sem causa<sup>23</sup>.

Assim, as teses extraídas até o presente momento, em re-

---

<sup>21</sup> Sobre a temática merecem destaque o REsp 2151085/DF (j. 20/10/2025).

<sup>22</sup> É o que se observa na decisão do AREsp 2053476/SP.

<sup>23</sup> Vide a decisão do AREsp 2053476/SP, que reduziu as astreintes de R\$ 1.000,00 para R\$200,00 por dia.

lação à aplicação de astreintes pode ser fixada da seguinte forma:

I) É legítima a imposição de multa diária às instituições financeiras para compelir o cumprimento de decisões judiciais.

II) O valor das astreintes deve observar os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Em relação ao rito do processo de repactuação de dívidas, este tema foi analisado no âmbito do REsp 2125519/PR, que definiu a necessidade de que este seja iniciado de forma autônoma, uma vez que é “dotado de rito próprio e natureza conciliatória, sendo juridicamente inviável a sua instauração como mero incidente em processo executivo em curso, sob pena de subversão da lógica processual e risco de tumulto procedimental”.

O último tema classificado como pouco recorrente, foi analisado no âmbito do AREsp 2805459/GO, julgado em agosto de 2025, e trata do afastamento da possibilidade da aplicação da lei do superendividamento de forma incidental em outros processos. A decisão destaca a impossibilidade diante da ausência de comprovação específica e por não seguir o rito procedimental indicado no Código de Defesa do Consumidor. Este entendimento deve ser seguido, mesmo em caso de situações jurídicas que incidem a norma consumerista em caráter geral nas diversas modalidades de ações. O tribunal afirmou que a norma não pode ser aplicada diante de alegações genéricas de superendividamento que estejam desacompanhadas de elementos probatórios.

### 3.2 A TEMÁTICA DO SUPERENDIVIDAMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A pesquisa jurisprudencial relativa à Lei nº 14.181/2021 identificou três ações em controle concentrado de constitucionalidade que tratam notadamente dos direitos relacionados a dignidade humana dos consumidores superendividados. Elas sur-

gem em razão das tentativas de regulamentação da Lei nº 14.181/2021, por meio do Decreto nº 11.150/2022 e do Decreto nº 11.567/2023, que foram objeto de questionamento por meio de Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, sendo elas as ADPFs nº 1005, nº 1006 e nº 1097.

Entre os argumentos apresentados, que são coincidentes nas ações e possuem relevância temática material para esta pesquisa<sup>24</sup>, podem ser citados: a alegação de afronta aos princípios e ditames constitucionais da dignidade da pessoa humana, da eliminação da pobreza e da marginalização, do dever do Estado de proteger o consumidor, do princípio do acesso a justiça, da garantia de efetividade dos direitos fundamentais sociais, com o estabelecimento de um mínimo necessário a uma vida digna.

As ADPFs nº 1005 e nº 1006 foram ajuizadas em face da redação original do Decreto nº 11.150/2022, ainda no ano de 2022, tendo sido propostas respectivamente pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e pela Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP). Ambas as ações traziam entre os argumentos que o Decreto nº 11.150/2022 inviabilizava a promoção da dignidade humana, que havia uma tarificação insuficiente do conceito jurídico indeterminado relativo ao mínimo existencial, e que estabelecimento deste teto dificultava e mitigava a proteção estatal dos consumidores. As ações foram apreciadas sob o rito abreviado previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999, sob a relatoria do Ministro André Mendonça.

Em relação à ADPF nº 1097, esta foi ajuizada em face das alterações promovidas pelo Decreto nº 11.567/2023, tendo novamente enfatizado como problema jurídico a impossibilidade de fixação de um teto para aferição do mínimo existencial. A ADPF nº 1097 foi proposta em 2023 pela Associação Nacio-

---

<sup>24</sup> Ressalte-se que não estão sendo analisados aspectos de natureza formal, que incluem argumentos de vícios de competência, incluindo o argumento de infringência ao princípio da separação dos poderes.

nal das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP), e foi apreciada conjuntamente com as ADPFs nº 1005 e nº 1006, pelo relator Ministro André Mendonça, no rito indicado no art. 12 da Lei 9.868/1999.

Na ADPF nº 1097, a ANADEP destaca com base na Nota Técnica do Coordenador-Geral das Comissões Temáticas do Conselho Nacional dos Defensores Públicos Gerais (Condege), que “o mínimo existencial não se limita ao mínimo vital, isto é, ao estritamente necessário à sobrevivência”, mas que deve garantir o “bem-estar físico, mental e social e salvaguardando-lhe os direitos sociais”, previstos no “art. 6º da Constituição Federal de 1988, do art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, dos artigos 11 e 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Decreto 591/92) e art. 11 do Decreto 678/92”. A ação reforça que o valor fixado no Decreto nº 11.150/2022, mesmo após as alterações promovidas pelo Decreto nº 11.567/2023, continuam sem garantir sequer o mínimo vital, em franco desrespeito a dignidade humana, que de acordo com a ANADEP, dever ser compreendido como “o mínimo para sobrevivência – ou seja, a garantia da sobrevivência física ainda que em condições indignas –, deve abarcar, ao menos, o direito à alimentação”.

Entre os argumentos citados na ADPF nº 1097 que comprovam que os valores fixados não garantem o mínimo vital, está uma pesquisa do Dieese realizada em 2023, ano do ajuizamento da ação, informando que o valor de uma cesta básica nas capitais brasileiras oscila entre “R\$ 567,11 (quinhentos e sessenta e sete reais e onze centavos) a R\$ 783,05 (setecentos e oitenta e três reais e cinco centavos)”. Desta forma, em face das alterações promovidas pelo Decreto nº 11.567/2023, a ANADEP reconhece que a norma amenizou algumas inconstitucionalidades, mas que não erradicou “a vulneração aos preceitos fundamentais”. Destacam que o valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais), a título de mínimo-existencial, não é capaz de prover as necessi-

dades mais básicas do cidadão brasileiro (ADPF nº 1097, doc. 1, p. 32-37).

O STF analisou as ADPFs nº 1005, nº 1006 e nº 1097 conjuntamente em razão da identidade entre os objetos das ações, com julgamento finalizado em 23/04/2026, conhecendo-as por unanimidade e em relação ao mérito, julgando-as parcialmente procedentes quanto ao pedido inicial, atribuindo interpretação conforme a Constituição quanto ao teor do §3º do art. 3º do Decreto nº 11.150/2022, para, notadamente quanto ao que se refere ao mínimo existencial, determinar que:

(a) o Conselho Monetário Nacional promova, com periodicidade anual, estudos técnicos necessários à realização da Análise de Impacto Regulatório (AIR) e da Avaliação de Resultado Regulatório (ARR) – conforme previstos pela Lei nº 13.874/2019 e pelo Decreto nº 10.411 – para subsidiar a decisão, que deve ser pública e motivada, quanto à necessidade de atualização ou manutenção do valor de que trata o caput; e (b) a fim de apelar para que o Conselho Monetário Nacional e o Poder Executivo Federal periodicamente avaliem a adequação das hipóteses de exclusão da aferição da preservação e do não comprometimento do mínimo existencial. [...] (ADPFs 1005, 1006 e 1097, Plenário, j. 23/04/2026).

Neste sentido, a decisão manteve a validade do decreto e não adentrou ao mérito do valor fixado à título de mínimo existencial, mas atribuiu ao Poder Executivo o dever de rever o valor periodicamente, com base em estudos técnicos prévios a serem realizados pelo Conselho Monetário Nacional, o que não acontece desde 2023.

A decisão ainda considerou inconstitucional a alínea “h” do art. 4º, parágrafo único, inc. I, que previa exclusão da preservação e do não comprometimento do mínimo existencial, a dívidas decorrentes de operação de crédito consignado cujos contratos fossem regidos por leis específicas. Neste ponto, a decisão não foi unânime, tendo sido vencidos os Ministros Flávio Dino, Cristiano Zanin, Luiz Fux e Cármen Lúcia<sup>25</sup>. Desta forma, com

---

<sup>25</sup> A divergência ocorreu sobre os efeitos da decisão sobre o mercado de crédito con-

a decisão de inconstitucionalidade desta alínea “h”, as dívidas oriundas dos contratos de crédito consignado passam a ser contabilizadas na repactuação de dívidas dos consumidores, o que permite uma análise real da situação de endividamento e comprometimento da renda.

Desta forma, verifica-se que um dos pedidos principais das ADPFs, notadamente em relação à impossibilidade de fixação de um teto para aferir o mínimo existencial a vida digna, não foi provido pelo STF, uma vez que foi mantida a redação atual do caput do art. 3º do Decreto nº 11.150/2022, após a alteração promovida pelo Decreto nº 11.567/2023. Assim, os juízes das instâncias inferiores estão autorizados a praticar o valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) para fins de pedidos de repactuação de dívidas, e não podem flexibilizar este critério, mesmo diante de situações concretas de vulnerabilidade. Além disso, as Defensorias Públicas e os Ministérios Públicos Federal e Estaduais, que realizam também funções extrajudiciais relacionadas à defesa do consumidor também ficam vinculados ao parâmetro estabelecido na norma, não podendo fixar parâmetros próprios conforme a realidade social local dos consumidores endividados.

A decisão do STF ao manter a vigência do caput do art. 3º do Decreto nº 11.150/2022 com poucas adequações, uma vez que estas apenas foram realizadas para ofertar interpretação conforme a Constituição Federal, reforça a posição do tribunal de que políticas públicas de crédito e consumo são escolhas técnicas e econômicas que não podem ser objeto de intervenção pelo Poder Judiciário.

### 3.3 ENTRE A BUSCA DO EQUILÍBRIO E OS PROBLEMAS JURÍDICOS ADJACENTES

---

signado, uma vez que esta seria uma modalidade de crédito que congrega menores taxas de juros e com garantia de desconto em folha. A análise dos ministros no voto de divergência estava relacionada notadamente aos efeitos sistêmicos da decisão judicial.



Verifica-se na análise dos acórdãos do STJ que este tribunal ao decidir está optando pela manutenção do equilíbrio e da autonomia contratual como contextos-chaves da proteção contratual do consumidor superendividado. As tentativas mais concretas tem sido de fixar parâmetros sobre descontos, com base na dignidade da pessoa humana e com interpretação sistemática da Lei nº 14.181/2021 em cotejo com as normas constitucionais e outras normas federais que podem incidir sobre os contratos de consumo.

No entanto, existem temas que precisam ser mais bem debatidos pela jurisprudência do STJ, posto que não encontram ainda uma solução adequada para a preservação dos interesses do consumidor superendividado. Entre eles está a temática do alongamento contratual para preservação do mínimo existencial. Algumas decisões do STJ admitem a possibilidade da extensão do prazo de cumprimento do contrato pelo consumidor, como forma de preservar o mínimo existencial, desde que não haja alteração substancial dos termos iniciais do contrato<sup>26</sup>. Entretanto, carece de análise sobre a forma como deve ser realizado este alongamento e os limites que devem ser observados nesta repactuação, que assegurem realmente a preservação dos interesses de ambas as partes e garanta, notadamente, a manutenção da dignidade do consumidor.

O que também se evidencia como um problema jurídico relevante é a questão da inexistência de um critério uniforme para avaliar quando o mínimo existencial estaria comprometido. Embora o STJ já tenha invocado o princípio da dignidade humana e o mínimo existencial em várias decisões, concretamente a aplicação dos critérios de valoração deste, muda conforme o caso.

O STJ, dentro deste contexto, poderá enfrentar novas demandas relativas ao mínimo existencial, diante das recentes decisões do STF no âmbito das ADPFs nº 1005, nº 1006 e nº 1097,

---

<sup>26</sup> Neste sentido o AREsp 2053476/SP.

uma vez que a Corte Constitucional brasileira, estabeleceu a validade do valor atualmente fixado em R\$ 600,00 (seiscentos reais) como o mínimo a ser observado em pactuação de dívidas. Ocorre que, a fixação de um teto, sem possibilidade de flexibilização, traz o risco de perpetuação do superendividamento dos consumidores, pois esse baixo patamar obrigará as famílias a continuarem comprometendo toda a sua renda com dívidas básicas de consumo (como alimentação, energia elétrica, gás, abastecimento água, aluguel).

Ainda com fundamento na decisão proferida nas ADPFs julgadas pelo STF, o STJ ainda precisará considerar que os empréstimos consignados devem ser analisados no cálculo do mínimo existencial. Portanto, há uma incógnita quanto à necessidade de modificação ou complementação do Tema 1085 decidido em sede dos repetitivos.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os grandes eixos da jurisprudência do STJ sobre o superendividamento estão na limitação dos descontos em salário/conta corrente e a compatibilidade destes com o mínimo existencial, bem como a definição da competência judicial (federal ou estadual) em ações de repactuação de dívidas. São temas que aparecem reiteradamente nos julgados de 2022 a 2026, e oferecem uma estruturação da interpretação da Lei 14.181/2021 e do Código de Defesa do Consumidor no contexto das ações de superendividamento.

A jurisprudência do STJ até o momento, tem girado em torno de uma tentativa de equilíbrio entre dois extremos delicados. De um lado, a necessidade de preservação da autonomia contratual, garantindo segurança jurídica as pactuações nos mercados de consumo; e de outro, necessidade de proteger o consumidor superendividado, garantido a preservação de mínimo existencial e a observância do princípio da dignidade humana.

Verifica-se que o STJ encaminha sua jurisprudência no sentido respeitar os contratos e a preservação da dignidade humana, reconhecendo o mínimo existencial como elemento de uma justiça contratual, mas nesta evolução poderá ficar engessado e não avançar no refinamento dos critérios objetivos para definir quando o mínimo existencial está comprometido, diante das recentes decisões do STF sobre a validade do teto estabelecido no caput do art. 3º do decreto regulamentador, o que também influenciará na prática a aplicação da Lei nº 14.181/2021 pelos tribunais inferiores.

As decisões da ADPFs que tramitavam no STF e tratavam da regulamentação promovida pelo Decreto nº 11.150/2022, fixando a constitucionalidade do teto estabelecido pelo art. 3º, caput, deverá ser este o parâmetro a ser adotado pelos órgãos administrativos e judiciais para fins de renegociação dos valores. A decisão também obriga o Poder Executivo a realizar a atualização do valor, mediante a adoção de estudos e critérios técnicos que permitam a revisão periódica do mínimo existencial.

Em termos práticos, diante da análise das jurisprudências dos tribunais superiores, verifica-se que a dignidade humana não segue plenamente assegurada quando a aferição de um mínimo existencial que garanta a sobrevivência das pessoas superendividadas é estabelecida em patamar fixo, desconsiderando as variações socioeconômicas das diversas regiões brasileiras. Ao invés de possibilitar a redução de um problema social, pode-se comprometer a própria expectativa de efetividade da norma.

Desta forma, verifica-se que as questões jurídicas que gravitam sobre o tema superendividamento nos tribunais superiores brasileiros colocam em evidência que mesmo após quase cinco anos de vigência da Lei nº 14.181/2021, o consumidor superendividado ainda possui desafios para ter os seus direitos a uma vida digna realmente efetivados, uma vez que nem mesmo o mínimo para a sobrevivência é possível resguardar com o valor

atualmente regulamentado. Estamos diante de mais um exemplo concreto da diferença entre o espírito da norma e do que ela realmente oferece em termos de garantia dos direitos humanos fundamentais.



## 5 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Direito do consumidor*. 11. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.
- ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. *Lei do superendividamento: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024.
- BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Informativo de Jurisprudência n. 768 de 28 de março de 2023. Segunda Seção. *STJ*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 24 mai. 2026.
- BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Informativo de Jurisprudência n. 855 de 1º de julho de 2025. Quarta Turma. *STJ*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 24 mai. 2026.
- BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Precedentes qualificados. Tema Repetitivo 1085. Segunda Seção. *STJ*. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=1085&cod\\_tema\\_final=1085](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1085&cod_tema_final=1085). Acesso em: 01 jun. 2026.
- BUCAR, Daniel Cervasio. *Superendividamento, reabilitação patrimonial da pessoa humana*. São Paulo, Editora Saraiva, 2017.

- BUZZI, Marco Aurélio; MARQUES, Claudia Lima; CABRAL, Trícia N. X.; ANDRADE, Juliano Loss de. *Superendividamento do Consumidor: aspectos materiais e processuais*. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2024.
- CNN BRASIL. Proporção de famílias endividadas sobe a 78,8%, maior nível desde novembro de 2022. Agência Brasil, 10 de junho de 2024. *CNN Brasil*. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/financas/proporcao-de-familias-endividadas-sobe-a-788-maior-nivel-desde-novembro-de-2022/>. Acesso em: 25 mai. 2026.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *I Jornada de prevenção e solução extrajudicial de litígios*. Enunciados aprovados. Brasília-DF, 22 e 23 de agosto de 2016. Disponível em: [https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?\\_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669](https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669). Acesso em: 29 mai. 2026.
- DANTAS; Marcelo Navarro; GOUVEIA; Thais Caroline Brech E. O superendividamento e a necessidade de um fator de discrimen feminino. In: BUZZI, Marco Aurélio; MARQUES, Claudia Lima; CABRAL, Trícia N. X.; ANDRADE, Juliano Loss de. *Superendividamento do Consumidor: aspectos materiais e processuais*. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2024, pp. 75-96.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Nota Técnica: Governo decreta mínimo existencial e coloca população brasileira abaixo da linha da pobreza*. IDEC. 2022. Disponível em: [https://idec.org.br/sites/default/files/nt\\_minimo\\_existencial.pdf](https://idec.org.br/sites/default/files/nt_minimo_existencial.pdf). Acesso em: 30 mai. 2026.

- KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor*. 7. ed. Grupo GEN, 2020.
- MARTINS; Humberto. O consumidor no cenário do superendividamento: a importância das novas regras trazidas pela lei 14.181/2021 como modernização e reforço das já existentes. In: BUZZI, Marco Aurélio; MARQUES, Claudia Lima; CABRAL, Trícia N. X.; ANDRADE, Julianio Loss de. *Superendividamento do Consumidor: aspectos materiais e processuais*. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2024, pp. 43-54.
- NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 14. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- TOFFOLI, José Antonio Dias. *30 Anos da Constituição brasileira*. Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições. Grupo GEN, 2018.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

# ANÁLISE ECONÔMICA DA PSICOLOGIA DO SUBDESENVOLVIMENTO

Juliana de Mello Brito Ferreira do Amaral

**Resumo:** O presente artigo examina o subdesenvolvimento brasileiro a partir da articulação entre a obra *Psicologia do Subdesenvolvimento*, de Penna, e a Análise Econômica do Direito (AED), buscando compreender como o desenho institucional molda incentivos e influencia a tomada de decisão dos agentes econômicos. Parte-se da premissa de que explicações tradicionais — centradas em fatores históricos, geográficos ou culturais — são insuficientes, sendo necessário incorporar o papel das instituições e das políticas públicas na estruturação dos custos de transação e da dinâmica concorrencial. Como recorte empírico, analisam-se a política desenvolvimentista da Zona Franca de Manaus e os casos apreciados pelo CADE, evidenciando a postura institucional associada à interação entre tributação, concorrência e desenvolvimento regional. Sustenta-se que o subdesenvolvimento está associado não apenas a falhas institucionais, mas à formação de padrões comportamentais decorrentes de incentivos distorcidos, que reforçam dependência estatal e estratégias oportunistas. Conclui-se que sua superação exige, além do aprimoramento institucional, a reorientação das condutas dos agentes para decisões mais racionais, previsíveis e aderentes às condições reais de mercado.

**Palavras-Chave:** Análise Econômica do Direito; subdesenvolvimento; instituições; tributação; concorrência; comportamento econômico; Zona Franca de Manaus

**Abstract:** This article examines Brazilian underdevelopment through the articulation between Penna's *Psychology of Underdevelopment* and the Law Economics, seeking to understand

how institutional design shapes incentives and influences the decision-making of economic agents. It is based on the premise that traditional explanations—centered on historical, geographical, or cultural factors—are insufficient, requiring the incorporation of the role of institutions and public policies in structuring transaction costs and competitive dynamics. As an empirical framework, the study analyzes the development policy of the Manaus Free Trade Zone and cases reviewed by the Administrative Council for Economic Defense (CADE), highlighting the institutional stance associated with the interaction between taxation, competition, and regional development. It argues that underdevelopment is linked not only to institutional failures but also to the formation of behavioral patterns arising from distorted incentives, which reinforce state dependency and opportunistic strategies. The article concludes that overcoming underdevelopment requires not only institutional improvement but also a reorientation of agents' conduct toward more rational, predictable decisions aligned with real market conditions.

**Keywords:** Economic Analysis of Law; underdevelopment; institutions; taxation; competition; economic behavior; Manaus Free Trade Zone.

**Sumário:** Introdução. 1.0 Desenvolvimento e Subdesenvolvimento econômico. 2.0 As causas do subdesenvolvimento brasileiro. 3.0 As Instituições. 4.0 As experiências da Zona Franca de Manaus. 4.1 O setor de bebidas na Zona Franca de Manaus. 4.2. O setor de televisores da ZFM. 4.3 Ato de Concentração na produção de estireno monômero (SM) e poliestireno na ZFM. 5.0 As falhas de governo. 5.1 Ineficiência alocativa e decisões artificiais. 5.2 Concorrência desleal e concentração de mercado. 5.3 Dependência institucional e comportamento oportunista. 5.4 Externalidades negativas e estagnação do desenvolvimento humano. Conclusão. Referências.



## INTRODUÇÃO

O presente artigo toma emprestado o termo inaugurado por Meira Penna, título de sua obra *Psicologia do Subdesenvolvimento*, e traz à baila reflexões sobre a racionalidade político-econômica brasileira. Sob a luz da Análise Econômica do Direito (AED), discute-se o desenho institucional e como este interfere no conjunto de incentivos que molda a tomada de decisão dos agentes econômicos, com especial atenção à interação entre tributação, concorrência e políticas públicas voltadas ao desenvolvimento regional (Gonçalves; Ribeiro, 2015). Utilizam-se como recorte empírico a experiência brasileira da Zona Franca de Manaus (ZFM) e a análise de casos apreciados pelo CADE, entendidos como “pontos de encontro” entre a tributação, a livre concorrência e a promessa de desenvolvimento econômico regional.

A ideia desenvolvimentista das nações é retratada ao longo da história por diversos modelos socioeconômicos, bem como por múltiplas teorias formuladas para explicar o sucesso ou o fracasso de determinados países. Desde explicações causais associadas à origem das nações – como a presença de exploração colonial – até argumentos sobre a abundância ou a escassez de recursos naturais, diferenças religiosas, fatores étnicos e condicionantes geográficos e climáticos, diversas narrativas buscaram justificar a paralisia econômica de nações situadas no estado de subdesenvolvimento (ou “em desenvolvimento”). Embora essas explicações ofereçam chaves de leitura relevantes, elas não esgotam o fenômeno quando se considera que instituições e políticas públicas afetam incentivos, custos de transação e estruturas de mercado, interferindo na alocação de recursos e na dinâmica competitiva (Gonçalves; Ribeiro, 2015).

Perpassando por diferentes instrumentos de intervenção estatal, a experiência desenvolvimentista brasileira representada

pela Zona Franca de Manaus evidencia um contexto em que a interação entre tributação e concorrência é constante. Trata-se de um dos domínios mais delicados e, ao mesmo tempo, menos aprofundados de modo sistemático por parte da teoria jurídica e econômica, já que a literatura frequentemente privilegia a extrafiscalidade de tributos específicos e, por vezes, relega uma dimensão mais abrangente: qualquer desenho tributário altera incentivos, interfere em preços relativos e impacta a estrutura de mercado, independentemente da finalidade declarada. Em uma ordem econômica estruturada sobre a livre concorrência, torna-se imprescindível examinar de forma sistemática como o desenho da política tributária interfere nas condições competitivas e nas decisões estratégicas empresariais.

A relevância do tema se intensifica quando se adota uma compreensão contemporânea de desenvolvimento. O desenvolvimento econômico não se limita ao aumento quantitativo da produção ou à acumulação de riqueza, abrangendo dimensões institucionais, sociais, jurídicas e ambientais. Trata-se de um processo multifacetado, no qual previsibilidade, estabilidade e eficiência das regras influenciam a alocação de recursos e a configuração das oportunidades de mercado. Nesse contexto, a tributação ultrapassa a função meramente arrecadatória e assume caráter estruturante: ao influenciar o comportamento dos agentes e reorganizar custos relativos, contribui para moldar a estrutura produtiva e pode tanto promover quanto comprometer o equilíbrio concorrencial e a meta desenvolvimentista. Em uma perspectiva econômica, pergunta-se não apenas se a política pública é bem-intencionada, mas quais são seus efeitos sobre incentivos, eficiência e bem-estar.

Diante desse panorama, sustenta-se que a compreensão do subdesenvolvimento brasileiro não pode prescindir de uma análise da racionalidade associada aos incentivos institucionais que moldam decisões individuais e coletivas. Ao articular a Psicologia do Subdesenvolvimento com a AED, o artigo propõe

que o desenho das políticas tributárias e concorrenciais não apenas organiza mercados, mas também influencia expectativas, percepções de risco, padrões de dependência e estratégias adaptativas dos agentes. Experiências como a Zona Franca de Manaus revelam que, quando políticas públicas são estruturadas sem adequada consideração de seus efeitos comportamentais e concorrenciais, podem gerar distorções persistentes, reforçar assimetrias e produzir resultados aquém da promessa desenvolvimentista, em especial pela tensão entre objetivos extrafiscais e o princípio da neutralidade em sentido concorrencial.

Nesse contexto analítico, a Zona Franca de Manaus (ZFM) atua como um exemplo empírico basilar, demonstrando que, embora tenha sido concebida historicamente como instrumento de desenvolvimento regional e de compensação de desvantagens logísticas na Amazônia (Freitas; Magno; Nogueira, 2025, p. 1), seu prolongamento indiscriminado no tempo produziu profundas ineficiências alocativas e distorções concorrenciais inter-regionais (Gouvêa *et al.*, 2026, p. 2). Ao estender benesses fiscais como regra duradoura, o Estado fomentou externalidades negativas e uma dependência corporativa estrutural que desincentiva a verdadeira inovação. Tal cenário corrobora a tese central de que políticas públicas dissociadas de exigências rigorosas de eficiência acabam institucionalizando comportamentos oportunistas e insegurança jurídica, mantendo a região refém de um subdesenvolvimento crônico e de falhas de mercado provocadas pela própria ação estatal (Gouvêa *et al.*, 2026, p. 13).

## 1.0 DESENVOLVIMENTO E SUBDESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Os termos “subdesenvolvimento”, “desenvolvimento” ou a condição de uma nação estar “em desenvolvimento” merecem ser observados *ex ante* às suas respectivas utilizações em

uma pesquisa científica. De modo inaugural, Adam Smith, em *A Riqueza das Nações*, considera o desenvolvimento como um processo impulsionado pelo trabalho produtivo e pela divisão do trabalho, estabelecendo limites ao crescimento econômico linear (Smith, 1776)<sup>1</sup>. David Ricardo contribuiu em momento posterior, ao afirmar, em sua obra “Princípios da Economia, Política e Tributação”, a relação entre o esgotamento dos recursos naturais e o aumento populacional, exaltando a importância desse ponto diante de um processo de desenvolvimento (Gonçalves; Gonçalves, 2013, p. 17).

A “era do desenvolvimento” e a própria oposição semântica entre desenvolvimento e subdesenvolvimento são frequentemente vinculadas ao discurso inaugural de Harry S. Truman (1949)<sup>2</sup>, no qual o presidente estadunidense explicita a expressão “áreas subdesenvolvidas” como objeto de um programa de assistência baseado na difusão do conhecimento técnico e do progresso industrial dos Estados Unidos – marco que inaugura um vocabulário geopolítico e que, segundo Esteva (1992, p. 1-3) e Sachs (1992), que hierarquiza países e naturaliza um horizonte único de modernização. Desta forma, o *Development Dictionary* (Sachs, 1992) trata “desenvolvimento” menos como um conceito neutro e mais como um “molde mental” (um mito/imaginação política) que passa a organizar a realidade, enquanto “subdesenvolvimento” funciona como a categoria correlata que nomeia a falta, o atraso e a carência, legitimando agendas de au-

---

<sup>1</sup> Montalvo (2010, p. 22), em sua dissertação ainda traz que o conceito de desenvolvimento, emerge como uma construção histórica e discursiva, inicialmente associada a perspectivas mercantilistas e fisiocratas que priorizavam metais preciosos e terra como fontes de riqueza nacional.

<sup>2</sup> “Os Estados Unidos são preeminentes entre as nações no desenvolvimento de técnicas industriais e científicas. Os recursos materiais que podemos permitir-nos usar para auxiliar outros são limitados. Mas outros recursos imponderáveis em conhecimento técnico estão em constante crescimento e são inesgotáveis (...) nós temos de embarcarmos em um novo e corajoso programa para disponibilizar os benefícios dos nossos avanços científicos e o progresso industrial para a melhora e crescimento das regiões subdesenvolvidas” (Truman, 1949)

xílio para a “correção” (Sachs, 1992; Esteva, 1992, p. 1-3). Em termos operacionais, o subdesenvolvimento<sup>3</sup> manifesta-se por indicadores como baixa produtividade, pobreza extrema e vulnerabilidades externas, contrastando com trajetórias de desenvolvimento que promovem sustentabilidade e equidade, conforme debatido em relatórios internacionais e teorias críticas (Banerjee, 2003; Rapley, 2004).

Sen (1988, p. 10-12) observa que discussões sobre economia do desenvolvimento trazidas por autores como Sir William Petty, que não se limitava a medir renda e população, mas buscava avaliar o desenvolvimento também pelo conteúdo do padrão de vida, incluindo dimensões como “Segurança Comum” e a “Felicidade particular” de cada pessoa. A partir daí, o autor sustenta que, embora a economia envolva aspectos logísticos e de “engenharia”, o êxito desses esforços deve ser julgado, em última instância, pelo efeito sobre a vida humana, de modo que a melhoria das condições de vida integra o próprio conceito de desenvolvimento. Abordagens contemporâneas, como a de Sen, deslocam o foco para a expansão de liberdades individuais (Sen, 2010, p. 16), integrando dimensões sociais, ambientais e de justiça distributiva, influenciando relatórios como o Índice de Desenvolvimento Humano do PNUD (PNUD, 2008). Tal abrangência destaca da expressão “desenvolvimento econômico” apenas seu vínculo com índices como o da variação do Produto Interno Bruto (PIB)<sup>4</sup>

Em demasiado resumido, uma vez que o limite deste artigo não permite a longa explanação sobre o significado do termo do desenvolvimento econômico ao longo das teorias do Direito e Economia, utilizar-se-á a compreensão da escola clás-

---

<sup>3</sup> Insta constar que o subdesenvolvimento é um fato histórico autônomo, e não uma etapa pela qual se tenha de passar e que, nesta já estiveram as economias que já alcançaram grau superior de desenvolvimento. (Furtado, 1961, p.180-181)

<sup>4</sup> Associado a este processo cita-se o Clube de Roma e Consenso de Washington (Meadows; Meadows; Randers; Behrens III, 1972) (Gonçalves; Gonçalves, 2013. p. 15-45).

sica que sustenta que o desenvolvimento deve ser “entendido como um processo baseado no crescimento econômico e na modernização dos estilos de vida, que compreende a elevação dos padrões de consumo de níveis subdesenvolvidos para níveis desenvolvidos” (Montalvo, 2010, p. 23).

## 2.0 AS CAUSAS DO SUBDESENVOLVIMENTO BRASILEIRO

Após breves considerações a respeito do significado, tem-se como próximo passo a exposição de explicações de diversas vertentes teóricas que objetivam encontrar as razões do subdesenvolvimento de determinada nação, enfatizando a brasileira.

Os prêmios Nobel Acemoglu e Robinson (2022) em sua obra *Por que as Nações Fracassam* retratam diversas crenças explicativas dos motivos da “imensa diferença de renda e de padrões que separam países ricos do mundo (...) dos países pobres”. Estes, por meio de análises comparativas históricas e empíricas, rejeitam explicações simplistas como geografia, cultura ou decisões equivocadas de governantes. O exemplo inicial de Nogales, dividida pela fronteira EUA-México, onde fatores similares (povo, cultura e localização) contrastam com diferenças de prosperidade, atribuídas não a vantagens geográficas ou culturais, mas às instituições: as inclusivas promovem inovação, propriedade privada e competição igualitária, enquanto as extrativistas concentram poder e recursos em elites, perpetuando pobreza. Exemplos históricos, como a revolução industrial e expansão comercial pós-1600, ilustram como instituições inclusivas geram incentivos para crescimento sustentável, embora sistemas possam transitar entre modelos, com disputas entre elites extrativistas frequentemente bloqueando mudanças. A conclusão sustenta que a principal explicação para diferenças persistentes de renda e prosperidade está no tipo de instituições políti-

cas e econômicas que estruturam a vida social: instituições inclusivas distribuem poder de forma mais plural, protegem direitos de propriedade, garantem previsibilidade jurídica e fomentam concorrência e inovação; por isso, criam incentivos para investimento, aumento de produtividade e crescimento sustentado. Em sentido oposto, instituições extrativistas concentram poder e renda, organizando a economia para beneficiar grupos dominantes, restringindo competição, bloqueando “destruição criativa” e, com isso, limitando o desenvolvimento de longo prazo.

A obra também enfatiza que não há trajetórias irreversíveis: instituições podem se degradar ou se tornar mais inclusivas conforme conflitos políticos, crises e rearranjos de poder. No caso brasileiro, a leitura proposta no debate sobre o livro é que o país apresentava, até certo ponto, sinais de institucionalidade mais inclusiva<sup>5</sup>, mas permanece vulnerável a retrocessos quando práticas como patrimonialismo, clientelismo e captura do Estado enfraquecem a autonomia institucional e a concorrência. Assim, o eixo decisivo para o desenvolvimento nacional perpassa pelo fortalecimento das instituições que limitem a extração de renda por elites, assegurem regras estáveis, ampliem a participação e garantam condições competitivas para inovação e produtividade.

Indiscutivelmente o Brasil, há décadas, encontra-se em desenvolvimento, ressalta Penna (2017, p.13): antes mesmo de quaisquer ideias globais de crescimento, o país já apresentava o tema como princípio, ou lema positivista “progresso”, estampado na bandeira nacional. Ressalta-se que o termo “progresso” faz às vezes de desenvolvimento em termos econômicos e é tema infinitamente repetido “de plano em plano” há décadas no país, bem representado pelo slogan incorporado na década “cinquenta anos de progresso em cinco”. O Programa de Metas do governo Juscelino Kubitschek (1956-1961) é considerado “a mais sólida

---

<sup>5</sup> O que é passível de controvérsias interpretativas, que não caberiam no presente artigo.

decisão consciente em prol da industrialização na história econômica do país" (Lessa, 1981, p. 27). Sob o governo Juscelino Kubitschek (1956-1961), o lema "50 anos em 5" simbolizou o compromisso com a transformação estrutural da economia brasileira, visando aproximá-la dos padrões das nações industrializadas<sup>6</sup>. Esse plano encontra-se dentre uma miríade de diversos outros já lançados, tais como: o Plano Salte; o Programa de Metas; o Plano Trienal e o Plano Nacional de Desenvolvimento. Todos os estes, segundo Penna (2017, p.15), falharam porque careceram de uma continuidade administrativa e embasamento "no concreto", o que exemplifica falta de racionalização dos agentes públicos quanto às consequências socioeconômicas<sup>7</sup>.

Em *Psicologia do Subdesenvolvimento*, o sociólogo e diplomata brasileiro José Osvaldo de Meira Penna ainda desloca o eixo explicativo do atraso econômico brasileiro do plano estritamente estrutural para o plano psicossociológico. Publicada originalmente em 1973, a obra sustenta que traços culturais, como a cordialidade interpessoal, o patrimonialismo institucional e a irracionalidade no planejamento econômico, moldam um tipo humano pouco ajustado às exigências do capitalismo moderno. Longe de incorrer em reducionismo psicologizante, o autor propõe uma análise na qual economia, política e cultura se entrelaçam. O ponto central, contudo, reside na premissa de que o desenvolvimento não depende apenas de variáveis macroeconômicas, mas também da disposição subjetiva dos agentes para inter-

---

<sup>6</sup> Em 1956, JK lançou o Plano de Metas, estabelecendo 30 objetivos em cinco setores prioritários — energia, transporte, alimentação, indústrias de base e educação —, além da meta-síntese de construir Brasília (Brasil, 1959). A literatura reconhece que o plano não se limitou a metas formais, mas incorporou racionalidade operacional baseada em diagnósticos empíricos e continuidade de execução, reforçando que o desenvolvimento exige planejamento ancorado em cálculos reais e sustentabilidade institucional (Barros, 2025).

<sup>7</sup> Destaca-se que quando se trata das preferências selecionadas na tomada de decisão dos atos públicos apresentam caráter subjetivo que, embora tendam a maximizar a função de utilidade, não se tem acesso ao conteúdo das preferências pessoais daqueles que administram.



nalizar padrões de impessoalidade, de cálculo racional e de disciplina institucional. Soma-se a esta, a ideia que surgiu no país, sobretudo após 1964<sup>8</sup>, a necessidade nacional de condições de estabilidade, segurança, continuidade e eficiência administrativas (Penna, 2017, p. 29)<sup>9</sup>.

Essa abordagem dialoga diretamente com a Análise Econômica do Direito (AED), especialmente no que concerne à racionalidade limitada dos agentes e aos custos institucionais dela decorrentes<sup>10</sup>. Se o tipo ideal do *homo aeconomicus* pressupõe capacidade de cálculo, previsibilidade de condutas e respeito a contratos, o “*homo ludens*” descrito por Penna revela uma racionalidade fraca<sup>11</sup>, fortemente influenciada por vínculos afetivos e por expectativas difusas quanto à intervenção estatal. Como destaca o autor: “o que sempre ressalta na história do Brasil é a irracionalidade e a ineficiência...” (Penna, 2017, p. 167).

Do ponto de vista econômico-jurídico, tais características elevam custos de transação, ampliam a insegurança jurídica e incentivam estratégias oportunistas, como a busca de privilégios regulatórios ou a dependência de proteção estatal. A cordialidade, quando transposta para o plano institucional, pode degenerar em personalismo decisório; o patrimonialismo, por sua vez, fragiliza a distinção entre público e privado, compromete-

---

<sup>8</sup> “O governo militar, quando assume em 1964, enfrenta um período de bastante desorganização da economia, com desequilíbrio fiscal, inflação alta e desemprego. Havia um desgaste muito grande do modelo econômico anterior, com o fracasso do Plano Trienal (para retomar o crescimento econômico). Eles conseguiram modernizar a economia, mas isso teve um alto preço, que acabou sendo pago após a redemocratização, como hiperinflação e dívida externa estratosférica”, diz Vinicius Müller, professor de história econômica do Insper, à BBC News Brasil”. (Barrucho, 2024)

<sup>9</sup> O fabuloso estudioso da realidade brasileira cita uma prefeitura do Japão que, “há seiscentos anos, dispõe de verba própria para pagar um jardineiro encarregado de podar um cipreste na forma de barco.” (Penna, 2017, p.29)

<sup>10</sup> Insta destacar, como lecionam Cooter e Gilbert (2022, p. 3), que “a economia fornece uma teoria do comportamento”. Essa teoria se baseia em três conceitos: preferências, maximização e equilíbrio.

<sup>11</sup> “O brasileiro ainda não atingiu a Idade da Razão”. O brasileiro é o “homem cordial”, o “homem erótico”, o *homo ludens*...” (Penna, 2017 p. 72); “o que sempre ressalta na história do Brasil é a irracionalidade e a ineficiência...” (Penna, 2017, p. 167)

tendo a eficiência alocativa e a credibilidade das regras do jogo.

Sob essa perspectiva, o subdesenvolvimento não se apresenta apenas como déficit de capital físico ou humano, mas como falha sistêmica de incentivos resultantes de decisões políticas. Instituições que toleram exceções casuísticas, favorecimentos ou planejamento improvisado reforçam padrões comportamentais avessos ao investimento de longo prazo e à inovação. A AED demonstra que agentes respondem a incentivos estruturados pelo ordenamento jurídico<sup>12</sup>; logo, um ambiente normativo permeável à instabilidade e à intervenção discricionária reatualiza a mentalidade dependente e pouco previsível descrita por Meira Penna. O custo dessa racionalidade limitada manifesta-se na menor confiança intersubjetiva, na elevação do prêmio de risco e na redução da cooperação social produtiva. Assim, a superação do subdesenvolvimento exige não apenas reformas econômicas, mas um redesenho institucional capaz de alinhar incentivos jurídicos a padrões de conduta mais impessoais, previsíveis e orientados ao cálculo racional de longo prazo.

### 3.0 AS INSTITUIÇÕES

No *World Development Report 2017: Governance and the Law*, o Banco Mundial (2017, p. 5) afirma que a efetividade de políticas depende de três funções institucionais – *commitment, coordination e cooperation* – e que a governança consiste

---

<sup>12</sup> Conforme explicam Cooter e Gilbert (2022, p. 4), as normas jurídicas funcionam como mecanismos de incentivo, aos quais os indivíduos tendem a reagir em suas decisões. Incentivos de natureza positiva ampliam as possibilidades de realização das preferências individuais – como ocorre quando uma constituição assegura a liberdade de manifestação política. Por outro lado, incentivos negativos operam por meio da imposição de custos ou sanções, desestimulando determinadas condutas e evitando a frustração de preferências, a exemplo das normas que reprimem práticas discriminatórias. Nesse contexto, a economia dedica-se a compreender e antecipar os efeitos desses incentivos sobre o comportamento humano, combinando a hipótese de maximização da utilidade individual com a análise dos equilíbrios resultantes das interações coletivas.

no processo pelo qual atores estatais e não estatais interagem para desenhar e implementar políticas sob regras formais e informais moldadas por relações de poder. Em paralelo, o *Competition Assessment Toolkit* da OCDE propõe um critério operacional para avaliar se uma norma ou política “restringe indevidamente” a concorrência: recomenda a realização de *competition assessment* quando a provisão legal limita o número ou a gama de ofertantes, limita a capacidade de competir, reduz o incentivo para competir ou restringe escolhas e informação para consumidores, oferecendo um checklist estruturado (OCDE, 2011, p. 3). Por fim, no *working paper* do National Bureau of Economic Research (NBER), Rodrik sustenta que economias de mercado exigem um conjunto robusto de instituições não mercantis (direitos de propriedade, regulação, estabilização macroeconômica, seguro social e gestão de conflitos), advertindo que não existe um único “*blueprint*”<sup>13</sup> institucional universalmente transplantável e que estratégias de construção institucional devem valorizar conhecimento local e experimentação (Rodrik, 2000, p. 1-3). Em conjunto, esses referenciais reforçam que políticas públicas – inclusive tributárias e de desenvolvimento regional – devem ser avaliadas não apenas por seus objetivos declarados, mas por seus efeitos sobre incentivos, governança e rivalidade, sob pena de produzir resultados inferiores e persistentes em termos de bem-estar.

Na análise econômica, relativa à avaliação, distinguem-se a economia positiva e a economia normativa<sup>14</sup>. A primeira busca descrever e prever os fenômenos econômicos sem avaliá-los, como exemplificam Cooter e Gilbert (2022, p. 4): “a verificação do número de carros a serem produzidos”, considerando a possibilidade de os dados se aplicarem à realidade. Já a economia normativa envolve avaliações sobre o que deveria ser

---

<sup>13</sup> O autor refere-se a um modelo padrão de melhores práticas.

<sup>14</sup> Nesse contexto, Ivo Gico Jr. (2010) leciona que a Análise Econômica do Direito constitui um campo de conhecimento eminentemente prático, marcado por um forte caráter consequencialista, presente tanto em sua vertente descritiva quanto prescritiva.

feito, formulando recomendações de políticas ou decisões com base em determinados valores, objetivos sociais, em uma postura consequencialista. Esses valores acima pontuados, pelo viés econômico, são representados pelos conceitos de eficiência<sup>15</sup>.

Conforme exposto, a eficiência opera como parâmetro para julgar se determinada regra jurídica gera resultados socialmente desejáveis. Como complemento, insta constar que O Prof. Pedro Autran da Matta e Albuquerque, responsável pela elaboração do primeiro tratado de Economia Política publicado no Brasil e professor da disciplina de Economia Política no Curso Jurídico de Olinda, já sustentava, em seu *Tratado de Economia Política*, publicado em 1850, que o jurista deveria atentar para os efeitos e consequências produzidos pelas normas jurídicas. Por essa razão, defendia a relevância do estudo da Economia Política como instrumento fundamental para a adequada compreensão e aplicação do Direito (Albuquerque, 1859).

Nesse sentido, a perspectiva adotada também se alinha à compreensão de Oliver Wendell Holmes Jr. (1881) (Cooter; Ulen 2016, p. 55), para quem “a vida do direito não tem sido a lógica: tem sido a experiência”. Com isso, o autor destaca que o Direito não deve ser compreendido apenas como um sistema de raciocínio abstrato, mas como um fenômeno influenciado pela realidade social e pelos efeitos concretos das normas. Assim, reforça-se a importância de analisar as consequências práticas das regras jurídicas, em consonância com a ideia de eficiência, que avalia se tais normas produzem resultados socialmente desejáveis.

O Direito, materializado em normas e regulamentos,

---

<sup>15</sup> Para os autores, economistas tendem a considerar preferível a regra que atinge determinado objetivo com menor desperdício de recursos ou maior geração de valor social. Nesse contexto, a eficiência pode ser analisada a partir de três parâmetros principais: a eficiência de Pareto, quando uma mudança beneficia alguém sem prejudicar outros; a eficiência custo-benefício, quando os benefícios totais superam os custos; e a eficiência de bem-estar social, que busca maximizar a utilidade agregada da sociedade (Cooter; Gilbert, 2022, p. 4)

exerce influência sobre o funcionamento do mercado e sobre os fatores de produção por meio de decisões administrativas adotadas pelas instituições, conforme observa Ronald Coase (1960, p. 9). Nesse contexto, o governo deve ser compreendido não apenas como um ente abstrato, mas como o conjunto de instituições responsáveis por estruturar, aplicar e fazer cumprir tais normas, desempenhando papel ativo na organização da atividade econômica. Desse modo, a atuação institucional do Estado “em busca de desenvolvimento”, ao definir direitos, impor restrições e coordenar interesses, interfere diretamente no comportamento dos agentes, na alocação de recursos e nos resultados produzidos no mercado, evidenciando a indissociável relação entre Direito, instituições e desempenho econômico<sup>16</sup>.

Oliveira (1998) cita que Oliver Williamson, durante a 6ª Conferência Anual sobre o Desenvolvimento Econômico, em 1994, em Washington D.C., respondendo a quais seriam as possíveis falhas de uma política de desenvolvimento, expôs que as instituições, presentes na sociedade e tendo grande influência sobre as relações dos agentes econômicos, são negligenciadas quanto à sua importância. Este é o entendimento do Departamento de Avaliação das Operações do Banco Mundial, que ressaltou que as principais causas de fracassos dos projetos apoiados por este estão associadas às instituições.

#### 4.0 AS EXPERIÊNCIAS DA ZONA FRANCA DE MANAUS

Geraldo Ataliba (1999, p. 207) sintetiza as finalidades atribuídas à Zona Franca de Manaus (ZFM), ressaltando que sua instituição teve como eixo central a promoção do desenvolvimento da região amazônica, mediante a fixação populacional, a atração de capitais e a implantação de atividades industriais,

---

<sup>16</sup> Assim, para Ronald Coase (1960, p. 9), o governo pode ser compreendido como uma espécie de “super firma”, na medida em que possui a capacidade de influenciar o uso dos fatores de produção por meio de decisões administrativas.

conforme previsto em diplomas como os Decretos nº 47.757/1960, nº 51.114/1961 e nº 723/1962, além do art. 1º da Lei nº 3.173/1957. À luz do contexto político e econômico brasileiro anterior a 1967, percebe-se que a criação da ZFM foi concebida como um vetor estratégico de crescimento regional, voltado à ocupação ordenada do território, ao aproveitamento de recursos locais e à constituição de um polo industrial e demográfico na Amazônia. Tal orientação normativa refletiu uma diretriz legislativa ampla, marcada pela concessão de incentivos fiscais por parte da União – e até mesmo de entes federativos alheios à região – com o objetivo de viabilizar esse projeto. Nesse cenário, o desenvolvimento da Amazônia passou a ser tratado como questão de interesse nacional prioritário.

A compreensão do contexto histórico e da finalidade normativa demonstra que se tratava da busca pelo desenvolvimento da região amazônica. Tal diretriz foi significativamente ampliada com a edição do Decreto-Lei nº 288/1967, que redefiniu a Zona Franca de Manaus como área de livre comércio de importação e exportação, dotada de incentivos fiscais específicos e orientada à constituição de um polo industrial, comercial e agropecuário, apto a superar as limitações impostas pelas condições regionais e pela distância dos principais centros consumidores. A partir desse marco, a ZFM deixou de desempenhar uma função meramente alfandegária, passando a operar como instrumento estratégico de fomento ao desenvolvimento regional, com vistas à integração da Amazônia à economia nacional e ao aproveitamento de suas potencialidades, em termos proporcionais (Souza, 2006, p. 120). Posteriormente, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Zona Franca de Manaus passou inclusive a contar com respaldo constitucional, tendo suas características de área de livre comércio preservadas nos termos do art. 40 do ADCT.

No que concerne ao recorte tributário-competitivo deste estudo, a análise tem como exemplo os concentrados utilizados

na fabricação de refrigerantes. O art. 9º do Decreto-Lei nº 288/1967, com a redação dada pela Lei nº 8.387/1991, prevê a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para bens produzidos na Zona Franca de Manaus.

Adicionalmente às distorções concorrenciais ocasionadas pela intervenção fiscal, que serão demonstradas adiante, a realidade fática da ZFM evidencia o esgotamento prático de um modelo pautado unicamente na renúncia fiscal irrestrita.

Apesar de o Polo Industrial de Manaus ostentar um faturamento multibilionário, a acumulação dessa riqueza não se traduziu em desenvolvimento humano efetivo e equitativo para a população local, restando comprovada a grave estagnação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) no Estado do Amazonas a despeito da elevação do Produto Interno Bruto (PIB) regional (Freitas; Magno; Nogueira, 2025, p. 10-11). A recusa do modelo em forçar as empresas a internalizarem seus custos socioambientais resultou em severas externalidades negativas documentadas, desde a manutenção de uma infraestrutura logística precária até a intensa favelização urbana decorrente da explosão demográfica não planejada (Gouvêa *et al.*, 2026, p. 8-9). Esse cenário escancara que a atratividade das empresas ali instaladas advém sobretudo dos estímulos tributários (Gouvêa *et al.*, 2026, p. 11), sem promover a qualificação orgânica da mão de obra ou a formação de um ecossistema produtivo local maduro e autônomo (Freitas; Magno; Nogueira, 2025, p. 15).

#### 4.1 O SETOR DE BEBIDAS NA ZONA FRANCA DE MANAUS

Em decorrência desse incentivo, as principais empresas do setor de bebidas passaram a concentrar a produção desses insumos na região, ainda que tal escolha não se revele eficiente sob a ótica produtiva, especialmente em razão da significativa distância em relação às unidades responsáveis pela etapa final

da produção (Gonçalves, 2012, p. 83). Assim, a decisão quanto à localização produtiva foi orientada primordialmente por vantagens fiscais, e não por critérios econômicos de eficiência (Gonçalves, 2012, p. 83-85).

Além disso, a comercialização desses concentrados entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, situadas fora da ZFM, possibilitou o aproveitamento de créditos tributários, que contribuem para a redução do custo final do produto. Esse arranjo resultou na criação de uma vantagem competitiva artificial, favorecendo tais empresas em relação àquelas que não têm acesso aos mesmos benefícios fiscais, em suma, prejudicando a concorrência.

Em termos mais amplos, esse cenário se insere em um regime de incentivos fiscais estruturado em múltiplas esferas institucionais, envolvendo benefícios federais, estaduais e municipais, como isenções, reduções tributárias e concessão de créditos fiscais (Rodrigues, 2021; Nogueira, 2019). Tais mecanismos contribuíram significativamente para a atração de investimentos, a geração de empregos e o fortalecimento do polo industrial de Manaus, conforme indicaram os dados da Confederação Nacional da Indústria, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e da RAIS (Brasil, 2016; Brasil, 2020).

Dentre outros fatores associados às decisões institucionais relacionadas à política fiscal no seguimento de bebidas frias na Zona Franca de Manaus, está a presença de *lobbies*, ou seja, grupos que pressionam a tomada de decisão dos agentes públicos. Realizado nos bastidores do Congresso Nacional, refere-se ao clientelismo expressado na obra de Penna (1973) supracitada. Segundo a Afrebras (2011) a prática detectada demonstrou a organização tanto pelos produtores de cerveja e refrigerantes quanto pelos grandes grupos, sendo que o segundo grupo possui maior possibilidade de agir em maior extensão e por mais tempo (Rocha Jr.; Gonçalves Júnior, 2011).

A atuação de grupos de interesse contribuiu para a ado-



ção de um modelo de tributação que acaba prejudicando a concorrência. Ao optar por um sistema de cobrança fixa, em vez de proporcional ao volume produzido, cria-se uma distorção: empresas de menor porte passam a arcar, proporcionalmente, com uma carga tributária mais elevada do que aquelas que produzem em grande escala. Isso compromete a competitividade, especialmente das pequenas e médias empresas.

Essas distorções geram impactos econômicos relevantes, afetando diferentes dimensões do negócio, como a necessidade de capital de giro, a capacidade de investimento produtivo, a gestão de recursos humanos e as estratégias de marketing – ou seja, repercutem no funcionamento da empresa como um todo.

De acordo com a Afrebras (Rocha Jr; Gonçalves Junior, 2011, p. 56-57), a adoção de um modelo de tributação variável poderia contribuir para maior equilíbrio competitivo, permitindo que empresas menores tenham melhores condições de atuação em um mercado caracterizado por forte concentração. O setor de bebidas frias apresenta uma estrutura típica em que poucas grandes empresas dominam grande parte do mercado, coexistindo com um número significativo de pequenas e médias empresas que atuam em nichos específicos.

Nesse contexto, o modelo favoreceu as grandes corporações, que acabam pagando proporcionalmente menos tributos, enquanto as menores enfrentam uma carga mais onerosa, o que amplia a desigualdade competitiva. Esse cenário evidencia a necessidade de iniciativas legislativas que corrijam tais distorções, promovendo maior equidade e eficiência no ambiente concorrencial (Rocha Jr.; Gonçalves Júnior, 2011).

Observa-se, portanto, que os incentivos fiscais concedidos à Zona Franca de Manaus, embora tenham sido concebidos para promover o desenvolvimento regional, geraram efeitos indesejados e insustentáveis a longo prazo. Entre esses impactos estão externalidades como distorções na concorrência, alocação ineficiente de recursos e significativa renúncia de arrecadação

por parte do Estado.

Assim, ainda que o modelo da Zona Franca desempenhe um papel relevante na dinamização econômica da região a curto prazo, ele apresenta limitações quando analisado sob a perspectiva da eficiência econômica e da livre concorrência. Isso se torna mais evidente nos casos em que as vantagens competitivas das empresas decorrem predominantemente de benefícios fiscais, e não de ganhos reais de eficiência.

Aprofundando a compreensão sobre como os arranjos institucionais moldam o comportamento dos agentes, o caso empírico da Zona Franca de Manaus (ZFM) ilustra de forma cabal como a perpetuação de incentivos estatais gera uma dependência crônica que, em última análise, empobrece o sistema como um todo. Embora tenham sido concebidas como um estímulo propulsor e transitório, as isenções fiscais tornaram-se uma condição intrínseca para a sobrevivência das indústrias ali alocadas, atestando a falência de um modelo de negócios que se mostra incapaz de manter suas atividades sem o perene auxílio governamental (Gouvêa *et al.*, 2026, p. 15). Essa dependência permanente impõe um elevado custo distributivo e social ao país: os ônus da massiva renúncia fiscal, somados às distorções concorrenciais inter-regionais e às externalidades negativas, superam de forma categórica os supostos benefícios da política pública (Gouvêa *et al.*, 2026, p. 17).

O empobrecimento sistêmico gerado por esse modelo reflete-se cruelmente na realidade local, marcada pelo esvaziamento econômico e populacional das cidades do interior amazense (Gouvêa *et al.*, 2026, p. 10) e pela estagnação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do Estado, que permanece como um dos menores do Brasil a despeito do multibilionário faturamento de seu parque fabril (Freitas; Magno; Nogueira, 2025, p. 10). Em vez de promover a emancipação e a inovação orgânica, o Estado acabou consolidando um ambiente ineficiente que premia o oportunismo fiscal, socializando os prejuízos

e restringindo a concorrência e o verdadeiro desenvolvimento humano.

Como exemplos para uma maior compreensão de externalidades sistêmicas associadas à escolha pública em tela, serão analisados casos submetidos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, relacionados aos efeitos dos incentivos vinculados à política de desenvolvimento regional.

#### 4.2 O SETOR DE TELEVISORES DA ZFM

No âmbito da Consulta nº 08700.002380/2006-35, julgada em 13 de junho de 2007 pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), discutiu-se, sob perspectiva concorrencial, a evolução dos incentivos fiscais concedidos na Zona Franca de Manaus e seus impactos sobre o mercado de televisores.

As empresas consulentes – Philips do Brasil Ltda., Panasonic do Brasil Ltda., Sony Brasil Ltda. e Semp Toshiba S.A. – questionaram se os benefícios fiscais usufruídos pela LG Electronics poderiam configurar infração à ordem econômica, especialmente caso fossem repassados aos consumidores por meio da redução de preços.

O histórico normativo revela a progressiva intensificação da política de incentivos fiscais na região. Inicialmente, a Lei estadual nº 1.939, de 27 de dezembro de 1989, previa a restituição aproximada de 50% do ICMS devido pelos fabricantes de televisores instalados na Zona Franca de Manaus. Posteriormente, com a edição da Lei estadual nº 2.390, de 8 de maio de 1996, foram introduzidos novos mecanismos de incentivo, com o objetivo de expandir e diversificar a produção industrial local, bem como atrair novos entrantes. Nesse contexto, instituiu-se a possibilidade de restituição integral (100%) do ICMS incidente sobre a produção que excedesse determinado patamar mínimo, vinculado à média de produção do setor à época.

Contudo, conforme alegado pelas consulentes, esse parâmetro teria sido fixado com base em critérios equivocados e posteriormente revisto pelo Conselho de Desenvolvimento do Amazonas (CODAM), que, em 2001, reconheceu que a média de produção da empresa líder do setor em 1996 seria de aproximadamente 770 mil unidades. A partir desse marco, empresas que ultrapassassem tal volume poderiam usufruir da restituição integral do imposto sobre o excedente. No caso da LG, cuja produção já alcançava cerca de 1,6 milhão de unidades em 2005, esse regime resultaria em um benefício efetivo significativamente superior ao dos concorrentes, aproximando-se de 75% de restituição do ICMS.

A política de incentivos foi novamente reformulada com a edição da Lei estadual nº 2.860, de 2003, que revogou os regimes anteriores, mas assegurou a manutenção das condições fiscais previamente concedidas a determinadas empresas, incluindo a LG, até o ano de 2013. Esse elemento reforça a dimensão temporal dos incentivos e sua capacidade de produzir efeitos estruturais duradouros no mercado.

Sob a ótica concorrencial, o caso evidencia como a evolução normativa da política fiscal da Zona Franca de Manaus pode impactar diretamente a dinâmica competitiva. A redução significativa dos custos tributários de uma empresa dominante ou já consolidada pode viabilizar estratégias de preços mais agressivas, potencialmente deslocando concorrentes e alterando o equilíbrio de mercado. Ademais, a defasagem dos critérios de acesso aos benefícios – como o patamar mínimo de produção – pode transformar incentivos originalmente concebidos para estimular a entrada em vantagens permanentes, comprometendo a neutralidade concorrencial.

O CADE, reconhecendo que tais incentivos estão inseridos em uma política pública legítima de desenvolvimento regional, optou por cautela na sua análise sob a ótica concorrencial. Assim, a decisão refletiu a tentativa de conciliar objetivos extra-

fiscais – como a promoção do desenvolvimento econômico da região amazônica – sobrepondo-se às externalidades fiscais evidenciadas.

#### 4.3 ATO DE CONCENTRAÇÃO NA PRODUÇÃO DE ESTIRENO MONÔMERO (SM) E POLIESTIRENO NA ZFM

No exame do ato de concentração envolvendo a aquisição da Innova S.A. pela Videolar S.A. (nº 08700.009924/2013-19), o CADE também analisou os efeitos concorrenciais associados à fruição de incentivos fiscais. A operação resultaria em elevada concentração de mercado, com potencial formação de duopólio, o que exigiu análise prospectiva quanto à possibilidade de exercício coordenado de poder de mercado. Nesse contexto, foi avaliado cenário em que a empresa resultante passaria a concentrar sua produção na Zona Franca de Manaus, internalizando os benefícios fiscais disponíveis e, consequentemente, reduzindo seus custos marginais.

As simulações indicaram que essa redução de custos poderia favorecer estratégias de restrição de oferta e elevação de preços, típicas de mercados concentrados com maior propensão à coordenação. Ainda que a única concorrente remanescente pudesse reagir por meio do aumento de produção, tal resposta não seria suficiente para restabelecer o nível competitivo de preços, resultando em um novo equilíbrio de mercado menos eficiente.

Diante desses riscos, foi celebrado Acordo em Controle de Concentrações (ACC), por meio do qual as partes assumiram compromissos destinados a mitigar os efeitos anticompetitivos da operação estimulada pela política da Zona Franca de Manaus. Entre as medidas impostas, destacou-se a vedação à transferência de produção para Manaus, bem como restrições à movimentação de insumos entre plantas industriais pelo prazo de dez anos. Tais obrigações tiveram como finalidade preservar a neutralidade tributária e evitar que a internalização estratégica de

incentivos fiscais gerasse distorções concorrenciais<sup>17</sup>.

Com base nos precedentes mencionados, observa-se a relevância de considerar aspectos tributários na análise de atos de concentração, ficando evidente que tais questões podem, inclusive, resultar em remédios negociados ou impostos pela autoridade. Ainda que o CADE haja timidamente em defesa da concorrência frente às políticas fiscais, não se pode afastar a importância de examinar a dinâmica tributária dos mercados envolvidos, nem a possibilidade de o órgão, de forma fundamentada, estabelecer compromissos relacionados à conduta tributária das partes como condição para a aprovação da operação. Assim, é claro que a interação entre o direito concorrencial e o direito tributário ultrapassa o âmbito repressivo de práticas anticompetitivas, podendo também ser objeto de análise no controle prévio de concentrações. Tal atitude estaria alinhada institucionalmente com os princípios da livre concorrência e neutralidade tributária<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Adicionalmente, pelo mesmo período, assumiram o compromisso de que o monômero de estireno enviado da unidade situada em Triunfo/RS para a unidade de Manaus/AM deveria ser integralmente utilizado por esta última. Conforme ressaltado pelo Conselheiro Relator, o ACC, portanto, contempla “medidas voltadas a assegurar a neutralidade tributária, buscando estabelecer equilíbrio no ambiente concorrencial”. Cabe destacar que a imposição desse remédio ocorreu no primeiro julgamento do caso pelo CADE, em 2014. Posteriormente, em 2021, o processo foi reavaliado pelo Tribunal do CADE, que aprovou a operação mediante a celebração de um novo ACC. Segundo salientado pela Conselheira Lenisa Prado em seu voto condutor, esse segundo ACC prevê, entre outros pontos, o compromisso das Requerentes de não pleitear a adoção de medidas antidumping, nem interferir em solicitações de redução, suspensão ou eliminação de tributos incidentes sobre a importação de poliestireno.

<sup>18</sup> Em 1998, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) reconhecia que a tributação desempenha papel relevante nas decisões de investimento, além de apontar que distorções nos sistemas tributários de diferentes países poderiam impactar o cenário econômico global.

Posteriormente, em 2001, após identificar esse problema, a OCDE divulgou o estudo *Promoting Tax Competition*, com a finalidade de incentivar um ambiente concorrencial mais equilibrado por meio do enfrentamento de práticas fraudulentas viabilizadas por regimes tributários excessivamente permissivos. À época, o principal enfoque da organização era combater estruturas tributárias que favorecessem a evasão fiscal ou condutas ilícitas, como aquelas associadas a paraísos fiscais.

## 5.0 AS FALHAS DE GOVERNO

A política fiscal da Zona Franca de Manaus (ZFM) falhou porque a intensa intervenção estatal no mercado substituiu a busca natural pela eficiência produtiva por uma dependência crônica de benefícios tributários. Essa intervenção do Estado gerou distorções profundas que em quatro eixos principais:

### 5.1 INEFICIÊNCIA ALOCATIVA E DECISÕES ARTIFICIAIS

A intervenção do Estado, por meio da renúncia fiscal indiscriminada, fez com que as empresas decidissem se instalar na região motivadas primariamente pelas vantagens tributárias oferecidas, e não por critérios econômicos reais de eficiência produtiva ou facilidade logística. Em vez de o incentivo atuar como um estímulo temporário (uma ignição) para o desenvolvimento orgânico, o benefício fiscal tornou-se uma condição intrínseca e perpétua para a sobrevivência e operação dessas indústrias, configurando uma grave falha de mercado e uma alocação ineficiente de recursos (Gouvêa *et al.*, 2026, p. 7-8).

### 5.2 CONCORRÊNCIA DESLEAL E CONCENTRAÇÃO DE MERCADO

A política fiscal estatal criou uma concorrência inter-regional assimétrica, prejudicando severamente as empresas que operam fora da ZFM (Gouvêa *et al.*, 2026, p. 11-12). Estudos de casos avaliados pelo CADE (como nos setores de concentrados de refrigerantes e de televisores) evidenciam que as empresas da ZFM acumulam vantagens competitivas artificiais – como a isenção de tributos (IPI) cumulada com a geração de créditos fiscais –, permitindo-lhes operar com custos muito menores.

Esse cenário penaliza as empresas de menor porte e favorece a concentração de mercado, prejudicando o livre mercado financiada pelo próprio Estado.

### 5.3 DEPENDÊNCIA INSTITUCIONAL E COMPORTAMENTO OPORTUNISTA

Apoiando-se nos conceitos da "Psicologia do Subdesenvolvimento" e da Análise Econômica do Direito, argumenta-se que esse desenho institucional de intervenção premia a ineficiência. Ao garantir lucros por meio de subsídios, o Estado moldou a racionalidade dos agentes econômicos para um comportamento oportunista: as empresas passaram a focar no *lobby* político e no clientelismo para manter seus privilégios no Congresso Nacional, em vez de realizarem investimentos reais em inovação de longo prazo. Comprova-se a falência do modelo de intervenção ao constatar que as empresas ali fixadas se tornaram estruturalmente dependentes da proteção do Estado para sobreviver, não conseguindo manter suas atividades sem esse auxílio (Gouvêa *et al.*, 2026, p. 14).

### 5.4 EXTERNALIDADES NEGATIVAS E ESTAGNAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO HUMANO

A atração artificial de indústrias e o consequente fluxo migratório em massa geraram externalidades negativas severas que o Estado falhou em precificar. Essa intervenção resultou em um inchaço populacional desordenado que levou ao colapso das estruturas urbanas e à intensa favelização em Manaus (Gouvêa *et al.*, 2026, p. 7-9), além de causar o esvaziamento econômico e demográfico das cidades do interior amazonense (Gouvêa *et al.*, 2026, p. 10). O fracasso da política é coroado pelo fato de que, apesar de o Polo Industrial ostentar um PIB crescente e um faturamento recorde e multibilionário (Freitas; Magno; No-



gueira, 2025, p. 8-9), o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) da região permanece estagnado como um dos piores do Brasil, demonstrando que a riqueza gerada pela intervenção estatal não se traduziu em desenvolvimento humano (Freitas; Magno; Nogueira, 2025, p. 10).

Têm-se como resultados falhas de governo ao tentar induzir o desenvolvimento valendo-se unicamente de agressivas e perpétuas renúncias fiscais: o Estado bloqueou os mecanismos naturais do mercado, institucionalizou a ineficiência, prejudicou a concorrência e reproduziu as limitações estruturais do subdesenvolvimento.

Em síntese, o desenvolvimento econômico almejado no projeto desenvolvimentista da Zona Franca de Manaus depende da coerência institucional associada aos objetivos declarados e efeitos concretos das políticas públicas: os benefícios fiscais não previamente considerados frente às possibilidades de impactos econômicos e concorrenciais premiaram a ineficiência, haja vista a distorção concorrencial, e o incentivo aos comportamentos oportunistas. Desta forma, observa-se a reprodução das mesmas limitações estruturais que historicamente caracterizam a manutenção do Estado “em desenvolvimento”.

## CONCLUSÃO

A análise desenvolvida ao longo do presente artigo permite afirmar que o subdesenvolvimento brasileiro não pode ser compreendido exclusivamente a partir de variáveis econômicas tradicionais, como escassez de recursos ou insuficiência de capital, mas deve ser interpretado a partir da interação entre fatores institucionais, incentivos jurídicos e padrões comportamentais dos agentes. Ao articular a Psicologia do Subdesenvolvimento com a Análise Econômica do Direito, evidenciou-se que o desenho institucional brasileiro, contribui para a formação de estruturas de incentivos que, muitas vezes, reforçam distorções em

vez de corrigi-las.

A experiência da Zona Franca de Manaus ilustra de forma paradigmática essa dinâmica. Embora concebida como instrumento legítimo de promoção do desenvolvimento regional, sua operacionalização revelou inconsistências relevantes sob a ótica da eficiência econômica e da neutralidade concorrencial. Os incentivos fiscais, ao alterarem artificialmente os custos relativos entre agentes econômicos, influenciam decisões empresariais de forma dissociada da eficiência produtiva, promovendo vantagens competitivas artificiais, concentração de mercado e barreiras à entrada.

Além disso, os casos analisados no âmbito do CADE demonstram que a política fiscal não é neutra do ponto de vista concorrencial, sendo capaz de afetar diretamente a estrutura de mercado e a dinâmica competitiva. Ainda que a autoridade antitruste reconheça a legitimidade dos objetivos extrafiscais, os precedentes indicam a necessidade de maior integração entre política tributária e política concorrencial, sob pena de se perpetuarem falhas de mercado e perdas de bem-estar no longo prazo.

Sob uma perspectiva mais ampla, verifica-se que a persistência de políticas públicas com efeitos distorcivos está associada não apenas a falhas técnicas de desenho normativo, mas também a elementos estruturais da racionalidade institucional brasileira, como o patrimonialismo, o clientelismo e a baixa previsibilidade regulatória. Esses fatores elevam custos de transação, reduzem a confiança institucional e desestimulam comportamentos orientados ao investimento e à inovação.

Nesse sentido, a perpetuação da Zona Franca de Manaus evidencia que o modelo calcado unicamente em renúncias tributárias está defasado e exige reformas estruturais profundas. A necessidade de atuação racional da escolha de política pública torna-se inegável ao se constatar o contraste fático entre o faturamento bilionário das indústrias ali instaladas e a grave estagnação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) local, de-

monstrando que a lucratividade de agentes beneficiados não superou o subdesenvolvimento social (Freitas; Magno; Nogueira, 2025, p. 10)

Dessa forma, a superação do subdesenvolvimento exige mais do que reformas pontuais ou incentivos econômicos isolados. Impõe-se a necessidade de um redesenho institucional que alinhe os incentivos jurídicos à promoção da eficiência, da concorrência e da previsibilidade, reduzindo espaços para distorções e favorecimentos. Isso implica repensar o papel da tributação não apenas como instrumento de arrecadação ou indução regional, mas como elemento estruturante da ordem econômica, cujos efeitos devem ser avaliados à luz de seus impactos concorrenciais e de longo prazo.



## REFERÊNCIAS

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2022.
- ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta. *Tratado de Economia Política*. Recife: Typographia Universal, 1859.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BANCO MUNDIAL. *World development report 2017: governance and the law*. Washington, D.C.: World Bank, 2017. p. 5.
- BANERJEE, Subhabrata. Who Sustains Whose Development? Sustainable Development and the Reinvention of Nature. *Organisation Studies*, n. 24, p. 143-180, 2003.
- BARROS, Gabriel Silva. *50 anos em 5: história e resultados do Plano de Metas do governo Juscelino Kubitschek (1956-*

- 1961). 57 f. Monografia (Graduação em Ciências Econômicas) – Instituto de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal de Ouro Preto, Mariana, 2025.
- BARRUCHO, Luís. Os números por trás do 'milagre econômico' da ditadura no Brasil. *BBC News Brasil*, 13 dez. 2024. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c17d57rqexo>. Acesso em: 22 fev. 2026.
- BRASIL. Presidência da República. Serviço de Documentação. *Programa de Metas do Presidente Juscelino Kubitschek*. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1959.
- BRASIL. Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa. IBGE lança na SUFRAMA coleta das Pesquisas Econômicas 2016. *Gov.br*, 28 abr. 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/suframa/pt-br/assuntos/noticias/ibge-lanca-na-suframa-coleta-das-pesquisas-economicas-2016>. Acesso em: 16 abr. 2026.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e do Emprego. RAIS 2015. *Gov.br*, 16 jan. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/assuntos/estatisticas-trabalho/rais/rais-2015>. Acesso em: 16 abr. 2026.
- CMMAD. *Nuestro Futuro Común*. Madrid: Alianza Editorial, 1988.
- COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, out.1960, p. 1-44. Disponível em: [www.ccer.edu.cn/download/7874-4.pdf](http://www.ccer.edu.cn/download/7874-4.pdf). Acesso em: 12 mar. 2026.
- COOTER, Robert; GILBERT, Michael. *Public law and economics*. New York: Oxford University Press, 2022.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6. ed. Berkeley: Pearson, 2016.
- ESTEVA, Gustavo. Development. In: SACHS, Wolfgang. *The Development Dictionary. A guide to Knowledge as Power*. London: Zed Books, 1992.

- FREITAS, Altobeles Araújo de; MAGNO, Romilson Abel; NOGUEIRA, Hugo. Desafios contemporâneos da Zona Franca de Manaus: uma análise sobre os incentivos fiscais e seus impactos. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação — REASE*, [S. l.], v. 12, n. 6, p. 1-16, 2025. DOI: 10.51891/rease.v12i6.28004.
- FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e Subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
- GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Ed.). *Direito e Economia no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- GOUVÊA, Gabriel Romero et al. *Zona Franca de Manaus: efeitos distorcivos dos incentivos fiscais. Veredas do Direito*, [S. l.], v. 23, e235646, p. 1-20, 2026. DOI: 10.18623/rvd.v23.5646.
- GONÇALVES, Oksandro Osdival. Os incentivos tributários na Zona Franca de Manaus e o desequilíbrio concorrencial no setor de refrigerantes. *Economic Analysis of Law Review*, v. 3, n. 1, p. 72–94, 2012.
- GONÇALVES, Oksandro Osdival; GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Tributação, concorrência e desenvolvimento sustentável. In: FOLMANN, Melissa; GONÇALVES, Oksandro Osdival (Coords.). *Tributação, concorrência e desenvolvimento*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 15-45.
- GONÇALVES, Oksandro Osdival; RIBEIRO, Marcelo Miranda. Tributação e desenvolvimento regional: uma análise econômica dos benefícios fiscais concedidos para empresas instaladas na Zona Franca de Manaus e a Guerra Fiscal entre Estados. *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, v. 20, n. 2, p. 451-504, 2015.
- LESSA, Carlos. *Quinze anos de política econômica*. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- MEADOWS, Donella H.; MEADOWS, Dennis L.; RANDERS,

- Jørgen; BEHRENS III, William W. *The limits to growth: a report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind*. New York: Universe Books, 1972. ISBN 0876631650
- MONTALVO, Hilda Vanessa Zevallos. *Política de desenvolvimento e o setor de mineração: análise de discursos do governo do Peru no período de 1990 a 2009*. Dissertação de mestrado apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2010.
- NOGUEIRA, M. Y. Suframa: *Os efeitos dos benefícios fiscais no desenvolvimento socioeconômico da Zona Franca de Manaus*. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2019.
- OCDE. *Competition assessment toolkit: volume 1: principles*. Paris: OECD Publishing, 2011.
- OLIVEIRA, Carlos Augusto Corrêa Nunes Viana *et al.* *O surgimento das estruturas híbridas de governança na indústria de energia elétrica no Brasil: a abordagem institucional da economia dos custos de transação*. 1998. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/77570/PCNM0002-D.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 abr. 2026.
- PENNA, José Osvaldo de Meira. *Psicologia do subdesenvolvimento*. Campinas, Vide Editorial, 2017.
- PNUD. *Relatório de Desenvolvimento Humano 2007/2008*. New York: PNUD, 2008.
- RAPLEY, John. Development studies and the post-development critique. *Progress in Development Studies*, n. 4, v. 4, p. 350-354, 2004.
- ROCHA JR., Weimar Freire da; GONÇALVES JUNIOR, Carlos Alberto. Ambiente institucional no setor de bebidas frias. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA JR., Weimar Freire da (Coord.). *Concorrência e tributação*

- no setor de bebidas frias*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 56.
- RODRIGUES, P. V. de P. de L. V.; ROSSIGNOLI, M. Zona Franca de Manaus e Protocolo de Nagoya: Uma análise das possibilidades de Desenvolvimento Regional. *Revista Húmus*, v. 11, n. 33, 2021.
- RODRIK, Dani. Institutions for high-quality growth: what they are and how to acquire them. *NBER Working Paper*, n. 7540. Cambridge, MA: National Bureau of Economic Research, 2000.
- SACHS, Wolfgang. *The Development Dictionary. A guide to Knowledge as Power*. London: Zed Books, 1992.
- SEN, Amartya. The concept of development. In: CHENERY, H.; SRINIVASAN, T. *Handbook of development economics*. North Holland: Amsterdam, 1988.
- SEN, Amartya. Trabajo y Derechos. Organización Internacional del Trabajo. *Revista Internacional del Trabajo*, v. 119, 2000.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta, revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. London: W. Strahan and T. Cadell, 1776.
- SOUZA, Nali José de. *Desenvolvimento econômico*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- TRUMAN, Harry. Inaugural address. *Harry Truman Library*, 20 jan. 1949. Disponível em: <https://www.trumanlibrary.gov/library/public-papers/19/inaugural-address>. Acesso em: 18 fev. 2026.
- VILLELA, André. “Dos “anos dourados” de JK à crise não resolvida (1956-1963)”. In: GIAMBIAGI, Fabio; VILLELA, André; CASTRO, Lavinia Barros de; Hermann, Jennifer. *Economia brasileira (1945-2010)*. 2ª edição.

Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.



# CRÍTICA DO PRINCIPIALISMO EM BIOÉTICA

Fernando Araújo \*

Resumo: O presente artigo examina a crítica persistente ao principialismo na bioética contemporânea e sustenta que, embora o quadro dos quatro princípios desenvolvido por Beauchamp e Childress tenha desempenhado um papel histórico e pedagógico indispensável, deixou de fornecer uma base teórica suficiente para enfrentar a crescente complexidade dos problemas bioéticos modernos. A análise começa por distinguir o principialismo bioético das teorias jurídicas dos princípios, reconhecendo, contudo, os paralelismos estruturais entre ambos enquanto quadros normativos intermédios situados entre a teoria moral abstracta e a deliberação prática. Em seguida, reconstrói as principais críticas anti-principialistas, começando pela objecção seminal de Clouser e Gert, segundo a qual o principialismo carece de unidade sistemática, não oferece princípios genuinamente orientadores da acção e substitui uma teoria moral coerente por um conjunto heterogéneo de considerações morais. O artigo examina ainda as críticas subsequentes provenientes da ética das virtudes, da ética narrativa, da casuística, do comunitarismo, da bioética feminista, da autonomia relacional, da bioética global e do equilíbrio reflexivo. Embora reconheça as consideráveis virtudes explicativas e práticas do principialismo — em especial a sua clareza, acessibilidade e ampla aceitação institucional —, o artigo sustenta que a bioética contemporânea exige cada vez mais uma arquitectura teórica mais rica, capaz de integrar dimensões contextuais, relacionais, políticas, institucionais e globais que ultrapassam o âmbito tradicional dos quatro princípios. Em vez de defender a substituição do principialismo, o artigo propõe uma síntese crítica na qual este permanece como a linguagem prática

---

\* Professor Catedrático da FDUL. Membro do CIEDE e do IBERC.

comum da bioética, sendo, todavia, complementado por abordagens metodológicas alternativas mais adequadas aos desafios contemporâneos, como a justiça global, a saúde pública, a medicina genômica, a inteligência artificial e as sociedades culturalmente pluralistas.

**Palavras-Chave:** Principlismo; Anti-principlismo; Bioética; Moralidade comum; Teoria moral; Beauchamp e Childress; Clouser e Gert; Ética clínica; Ética das virtudes; Ética narrativa; Casuística; Bioética global; Autonomia relacional; Equilíbrio reflexivo; Metodologia bioética.

**Abstract:** This article examines the sustained criticism of principlism in contemporary bioethics and argues that, while the four-principle framework developed by Beauchamp and Childress has played an indispensable historical and pedagogical role, it no longer provides a sufficient theoretical basis for addressing the increasing complexity of modern bioethical problems. The analysis begins by distinguishing bioethical principlism from legal theories of principles, while acknowledging their structural parallels as intermediate normative frameworks between abstract moral theory and practical decision-making. It then reconstructs the principal anti-principlist critiques, beginning with Clouser and Gert's seminal objection that principlism lacks systematic unity, fails to offer genuine action-guiding principles, and substitutes a heterogeneous collection of moral considerations for a coherent moral theory. The article further examines subsequent criticisms derived from virtue ethics, narrative ethics, casuistry, communitarianism, feminist bioethics, relational autonomy, global bioethics, and reflective equilibrium. While recognising the considerable explanatory and practical virtues of principlism—particularly its clarity, accessibility, and widespread institutional acceptance—the article contends that contemporary bioethics increasingly requires a richer theoretical ar-

chitecture capable of integrating contextual, relational, political, institutional, and global dimensions that extend beyond the traditional four principles. Rather than advocating the replacement of principlism, the article defends a critical synthesis in which principlism remains the common practical language of bioethics while being complemented by alternative methodological approaches better suited to contemporary challenges such as global justice, public health, genomic medicine, artificial intelligence, and culturally pluralistic societies.

**Keywords:** Principlism; Anti-principlism; Bioethics; Common morality; Moral theory; Beauchamp and Childress; Clouser and Gert; Clinical ethics; Virtue ethics; Narrative ethics; Casuistry; Global bioethics; Relational autonomy; Reflective equilibrium; Bioethical methodology.

**Sumário:** 1. Introdução. Demarcação da “Principiologia” Jurídica. 2. O Principlismo na Bioética. 3. O Anti-Principlismo e Outras Críticas. 4. Uma Síntese? 5. Demarcações. 6. Perspectivas de Colaboração. 7. O Manancial de Casos Difíceis. 8. O Papel da Teoria – E a Navalha de Occam. 9. Entretanto, em Königsberg... 10. Bibliografia.

*“Pode apresentar-se um conjunto considerável de provas de que, na nossa época, em comparação com todas as épocas anteriores, o género humano, considerado no seu conjunto, realizou efectivamente um progresso moral significativo (os retrocessos de curta duração nada podem provar em contrário); e de que o clamor acerca da sua incessantemente crescente depravação resulta precisamente do facto de, tendo o género humano alcançado um nível moral mais elevado, ele ver mais longe, e de o seu juízo acerca daquilo que é, em comparação com aquilo que deve ser, e, por conseguinte, a censura que dirige a si próprio, se tornar tanto mais severo quanto mais numerosos forem os graus de moralidade que já escalou ao longo de todo o curso da*

*história do mundo que chegou ao seu conhecimento*” – Immanuel Kant<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO. DEMARCAÇÃO DA “PRINCIPIOLOGIA” JURÍDICA

**T**odo aquele que começa a estudar Bioética, seja no seu âmbito genérico, seja num dos seus múltiplos subtemas, cedo se depara com a predominância, senão com a hegemonia, de uma grelha analítica / terminológica que tem sido designada por “principlismo” (“*principlism*”), uma tetralogia proposta por Tom L. Beauchamp e James F. Childress na 1.<sup>a</sup> edição do seu manual *Principles of Biomedical Ethics*, que data de 1979<sup>2</sup>.

Antes de prosseguirmos, assinalemos que:

- “principlismo” em Bioética e “principiologia” no Direito não são a mesma coisa;
- existe, contudo, um certo paralelismo entre “principlismo” e “principiologia”.

No Direito, a “principiologia” é a ideia de que existe um nível normativo acima das regras, composto por “princípios” dotados de força vinculativa, e susceptíveis de determinarem relevantemente uma decisão judicial, com um peso próprio distinto do das regras – uma ideia que tem as suas raízes em Josef Esser (*Grundsatz und Norm*, 1956), ganhou notoriedade com a crítica de Ronald Dworkin (em “The Model of Rules”, 1967) à posição de H.L.A. Hart, que centrava o Direito numa concatenação de regras, e, por fim, se estabeleceu filosoficamente com Robert

---

<sup>1</sup> Kant, Immanuel (1793), “Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis” [“Sobre a Expressão Corrente, Isto Pode Estar Correcto em Teoria, mas Não Serve na Prática”], *Berlinische Monatsschrift*, 22, 201-284 (*Kants gesammelte Schriften*, Akademie-Ausgabe, AA 8: 310).

<sup>2</sup> Beauchamp, Tom L. & James F. Childress (2019), *Principles of Biomedical Ethics*, 8.<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford University Press (1979); Beauchamp, Tom & James Childress (2019), “*Principles of Biomedical Ethics*: Marking Its Fortieth Anniversary”, *The American Journal of Bioethics*, 19/11, 9-12.

Alexy (*Theorie der Grundrechte*, 1985), através da tese de que os “princípios” são mandamentos de otimização, cuja aplicação exige ponderação, vencendo impasses gerados, mormente no plano constitucional, pela lógica binária das regras<sup>3</sup>.

Como veremos de seguida, o “principalismo” em Bioética tem pressupostos, significados e objectivos muito distintos.

E, no entanto, como referido, há um paralelismo entre entre “principalismo” e “principiologia”: Beauchamp e Childress notabilizaram-se a partir de 1979, ao mesmo tempo que Dworkin e Alexy aprofundavam a “teoria dos princípios” na Filosofia do Direito; e em ambos os casos, trata-se de sustentar que uma “camada intermédia” de enunciados, superior ao das regras de aplicação directa, é capaz ela própria de funcionar como instrumento central da deliberação prática, e de fazê-lo directamente também.

E não pode deixar de notar-se que a “principiologia” é tanto um mantra no Direito Constitucional (ao menos na versão neojusnaturalista que hoje tomou de assalto aquela área) como o “principalismo” o é nos domínios da Bioética.

Por isso, cingindo-nos a partir daqui ao “principalismo”, cremos que o que se segue também pode constituir uma reflexão relevante para quem se ocupe exclusivamente dos problemas da principiologia no Direito.

## 2. O PRINCIPIALISMO NA BIOÉTICA

---

<sup>3</sup> Esser, Josef (1990), *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4.<sup>a</sup> ed., Tübingen, J.C.B. Mohr / Paul Siebeck (<sup>1</sup>1956); Dworkin, Ronald (1967), “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, 35/1, 14-46; Alexy, Robert (2026), *Theorie der Grundrechte*, 10.<sup>a</sup> ed., Berlin, Suhrkamp Verlag (<sup>1</sup>1985); Dalla-Barba, Rafael Giorgio (org.) (2025), *The Alexy-Poscher Debate on Legal Principles*, London, Hart-Bloomsbury; Grabowski, Andrzej & Isabel Lifante Vidal (2024), “Rules and Principles”, in Burazin, Luka, Kenneth Einar Himma & Giorgio Pino (orgs.) (2024), *Jurisprudence in the Mirror. The Common Law World Meets the Civil Law World*, Oxford, Oxford University Press, 167-189; Ávila, Humberto (2014), *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 15.<sup>a</sup> ed., São Paulo, Malheiros.

Os princípios que compõem a tetralogia de Beauchamp e Childress são:

- autonomia
- não maleficência
- beneficência
- justiça<sup>4</sup>

Sem qualquer hierarquia entre eles, estes princípios constituiriam um conjunto de obrigações *prima facie*<sup>5</sup>, verdades axiológicas primárias, não carecidas, na sua aplicação, de validação ulterior ou superior, susceptíveis de uma aplicação não-axiomática, não-mecânica – resultante, antes, de simples especificação e balanceamento principiológico.

Um domínio tão longo do “principalismo” testemunhará, porventura, da sua adequação para servir de alicerce, ou de ponto referencial, à Bioética – uma disciplina que explora os recantos da crescente susceptibilidade de manipulação tecnológica da vida, multiplicando as possibilidades, as esperanças, mas também os riscos, as perplexidades, as angústias –, convertendo-a num acervo coeso e simplificado de instrumentos de deliberação moral, e, depois desta, de deliberação política e jurídica.

Talvez o “principalismo” tenha, na sua modéstia teórica, quiçá até nas suas omissões “fundacionais” e nos seus latentes equívocos, prestado o inestimável serviço de funcionar como um guia monotónico de deliberação, no seio de uma disciplina que, dando os seus primeiros passos, e convocada pelas urgências da expansão tecnológica por todos os recantos da vida – a ponto de criar novas formas de vida totalmente dependentes da tecnologia –, preferiu sempre manter-se no estado de prontidão da “Ética Aplicada”, sem se aproximar demasiado dos debates filosóficos

---

<sup>4</sup> Arras, John D. (2017), *Methods in Bioethics: The Way We Reason Now* (James Childress & Matthew Adams, eds.), New York, Oxford University Press, 5.

<sup>5</sup> “*Prima facie*” no sentido de que são sempre vinculativas, a menos que se descubra algum conflito com outras obrigações. O conceito remete para: Ross, W.D. (1939), *The Foundations of Ethics*, Oxford, Clarendon Press, 19-36.

e analíticos da Ética, e menos ainda comprometer-se nos labirintos e torres de marfim de “teorias puras”, do “transcendentalismo” e da Axiologia.

Sucedem que, meio século volvido, seria improvável que essa hegemonia não tivesse sido disputada; e, como veremos, foi-o, mais de uma vez, com vigor, por um conjunto díspar de críticas que, por conveniência, agregaremos na designação comum “anti-principialismo” (“*anti-principlism*”), e que, curiosamente, têm em comum não se terem apresentado como tentativas “Khunianas” de usurpação e superação do paradigma dominante – como se em disputa estivesse o embate maniqueísta entre paradigmas bons e maus –, mas, antes, como reflexões sobre rumos de desenvolvimento da Bioética, disputando essencialmente que esta pudesse acoitar-se perenemente na posição de “guia deliberativo”, com a tetralogia “principialista” a servir de “caixa de ferramentas”, ou de “chave-mestra”<sup>6</sup>.

Sucedem também que esse longo reinado causou a erosão que acomete todas as criações humanas (também as do espírito), convertendo a enumeração de Beauchamp e Childress num mantra incessantemente repetido (com nome próprio, de “*Georgetown mantra*”, por alusão à Universidade em que ambos trabalhavam nos anos 70), como se se tratasse de uma fórmula propiciatória, a convocar, em lances faquíricos, respostas aos dilemas mais intratáveis e trágicos que abundam nesta área; ou como se se tratasse, mais superficialmente ainda, de um “santo e senha” cuja invocação permitisse o reconhecimento, entre si, dos neófitos da grande confraria da Bioética.

Ou seja, meio século depois, é tempo de se avaliar o que esse “principialismo” é; o que implica; se ainda serve, aquilo que deve abandonar, o que deve manter, e o que deve acrescentar dos frutos da sua dialéctica com o “anti-principialismo”, e dos seus

---

<sup>6</sup> Para uma panorâmica em português da génese da hegemonia da obra de Beauchamp e Childress, cfr. Martins, Isabel Otília Parreiral Pinheiro de Matos (2013), “A Operacionalização dos Princípios da Bioética no Principialismo de Beauchamp e Childress” (Tese Mestrado NovaFCSH), 3ss..

frutos na sua aplicação constante na investigação biomédica, na ética clínica, nos debates jurídicos e políticos em torno dos pontos mais salientes – normalmente, os mais controversos e “fracturantes” – da Bioética.

Sem perdermos de vista que a serpente da ideologia ronda, com especial avidez, o jardim da Bioética (“*et in arcadia ego*”), pelo que as críticas que possamos subscrever não espelharão, da nossa parte, uma vontade subversiva que veja, no assalto ao “principialismo”, o aríete de outros assaltos mais ambiciosos, contra uma “ordem estabelecida” de que esse “principialismo” seria, alegadamente, um dos bastiões, ou um dos sintomas.

Podemos, por isso, desde já, sem prejuízo do que concederemos às críticas do “anti-principialismo”, reconhecer que o “santo e senha” da tetralogia de Beauchamp e Childress tem, com uma constância aristotélica, exibido qualidades apreciáveis: clareza, esquematismo, aplicabilidade a contextos muito dispares, simplicidade pedagógica, constância, foco.

A hegemonia deve-se também – e não por acaso – a tais qualidades.

Não obstante, há que reconhecer que os quatro princípios são apelos à consciência individual, apelos à ponderação ética no modo como ela convoca a moralidade do agente; e, na sua vocação individualista-universalista, são apelos omnímodos, ou seja, são interpelações que pretendem atingir, sempre com o mesmo grau de transparência e de equilíbrio interno, todas as situações com que a Bioética se depara, ou que a própria Bioética faz nascer – fazendo tábua-rasa de algumas peculiaridades contextuais que podem tornar os problemas refractários, irreduzíveis, rebeldes, a uma pura ponderação individualista: questões, por exemplo, em que o contexto cultural, ou o contexto político, façam ressaltar o carácter colectivo (incindivelmente plural) de um problema, a reclamar uma escolha colectiva por somatório de preferências; ou questões em que a mera deliberação ética



pressuponha já uma “comunidade de valores” que pode não existir – porque não é o mesmo o quadro referencial, não é mesma a cultura, não são as mesmas as capacidades, não é mesma a percepção pragmática das soluções disponíveis, não é o mesmo o grau de florescimento nem o grau de vulnerabilidade.

Mais ainda, a tecnologia das formas de vida e do suporte à vida fez, e faz, ressaltar a condição de dependência de qualquer ser vivo em relação a um contexto que, precisamente com os mesmos meios, pode estender-lhe ou abreviar-lhe a duração individual, pode aumentar ou diminuir a qualidade da sua experiência terrena – o que converte a vida dependente numa disputa desses meios, e numa busca incessante da respectiva instrumentalização, no sentido de uma “optimização” que é, geralmente, interpretada como incremento da duração da vida, e da qualidade dessa duração<sup>7</sup>.

O que significa que, por sua vez, a Bioética, devidamente entendida, perdeu cedo a sua inocência contemplativa e se envolveu na disputa desses recursos colectivos que favorecem as existências individuais – suscitando problemas de acesso e exclusão, de apropriação e racionamento, de saúde pública, de desigualdades estruturais, de conflitos de interesses e de valores, de neutralidade e abertura vs. salvaguarda de “conquistas” (privilégios) e solidariedade no espaço cívico e cultural, de colisões de horizontes e de narrativas sobre o que é a “santidade da vida”, a “qualidade da vida”, e a prioridade a conceder a uma ou outra em face de “escolhas trágicas”<sup>8</sup>.

Numa formulação mais directa, graças aos avanços tecnológicos e ao concomitante recuo da área do fatalismo existencial, hoje a vida discute-se – aquilo que a suporta, aquilo que a abrevia, aquilo que a melhora qualitativamente enquanto dura,

---

<sup>7</sup> Shapiro, Michael H. (1999), “Is Bioethics Broke? On the Idea of Ethics and Law «Catching Up» with Technology”, *Indiana Law Review*, 33/1, 17-162.

<sup>8</sup> A dialéctica entre estes conceitos e valores é objecto do meu livro: Araújo, Fernando (1999), *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina.

tudo dimensões que não dependem, ou deixaram de depender, exclusivamente de decisões do indivíduo vivo: e, portanto, transitando para o debate na ágora, podem reclamar muito mais do que o consenso de uma “*lingua franca*”, como o “principlismo”, que terá cumprido a sua missão de ajudar uma disciplina jovem a pôr-se de pé e a afirmar-se epistemologicamente, mas agora denota as suas fraquezas, mormente a indeterminação do “mantra tetralógico” quando a colisão de valores e interesses reclama, da Bioética, seja respostas mais assertivas e coadunadas com a complexidade de sociedades mais abertas, mais plurais, mais prósperas e mais sofisticadas tecnologicamente, seja a “âncora segura” da Teoria.

### 3. O ANTI-PRINCIPIALISMO E OUTRAS CRÍTICAS

O “anti-principlismo”, como “voz contrária”<sup>9</sup>, inaugura-se com o artigo de 1990 de Clouser e Gert<sup>10</sup>, que desenvolve uma abordagem essencialmente conceptual, ao mesmo tempo que inventa a expressão, e o conceito, de “*principlism*”.

O tom é logo estabelecido no “abstract” do artigo de 1990:

*“Os autores sustentam que estes «princípios» não desempenham a função que lhes é atribuída e que a sua utilização se revela enganadora, tanto do ponto de vista prático como teórico. Na realidade, tais «princípios» não constituem verdadeiros guias para a acção, limitando-se antes a designar um conjunto de aspectos que, embora por vezes apenas superficialmente relacionados entre si, devem ser ponderados na apreciação de um problema moral. Além disso, estes «princípios» carecem de uma relação sistemática entre si, e encontram-se frequentemente em conflito. Tais conflitos não admitem uma*

---

<sup>9</sup> Barcelos, Marta Dias (2020), “Principlismo: Uma Inscrição da Ética no Espaço Público” (Tese Doutoramento NovaFCSH), 123ss..

<sup>10</sup> Clouser, K. Danner & Bernard Gert (1990), “A Critique of Principlism”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, 15, 219-236, depois ampliado em: Gert, Bernard, Charles M. Culver & K. Danner Clouser (1997), *Bioethics: A Return to Fundamentals*, New York, Oxford University Press.

*resolução satisfatória, uma vez que inexiste uma teoria moral unificada da qual todos eles derivem. Em contraste, os autores apresentam, de forma sucinta, as vantagens da adoção de uma teoria moral unificada.”*

E adiante:

*“Para os defensores do princípioalismo, os “princípios” parecem desempenhar primordialmente a função de identificar dimensões relevantes da moralidade, e, nessa qualidade, cada princípio opera essencialmente como uma “checklist” de factores a considerar. Ao ler os capítulos em que os autores analisam um determinado princípio, deparamo-nos com uma exposição das diversas formas pelas quais a beneficência, a autonomia ou a justiça são entendidas como considerações moralmente relevantes; não encontramos, todavia, uma orientação concreta para a acção. Tal explica-se, em parte, pelo facto de cada “princípio” englobar questões morais bastante heterogéneas, sem que entre elas exista uma articulação sistemática”<sup>11</sup>*

Falando da *Ethics* de William Frankena, que eles consideram precursora de Beauchamp e Childress (nas suas virtudes e defeitos, sobretudo nestes), Clouser e Gert acusam:

*“Mas em que consistem, precisamente, os seus princípios da beneficência e da justiça? Que directriz segue o agente moral quando “aplica” um desses princípios? Na realidade, o que encontramos são dois tipos fundamentais de teoria ética - a utilitarista e a deontológica - apresentados como se fossem simplesmente dois princípios de uma única teoria moral. Todavia, não se faz qualquer tentativa de desenvolver essa teoria unitária de modo a integrar efectivamente ambos os tipos de consideração num todo coerente. Não negamos que tanto as consequências (utilitarismo) como as regras (deontologia) constituam elementos essenciais da moralidade. O nosso argumento é, antes, que não basta afirmar que ambas são essenciais; é igualmente necessário demonstrar de que modo se relacionam entre si”<sup>12</sup>*

E concentrando-se especificamente em Beauchamp e

---

<sup>11</sup> Clouser, K. Danner & Bernard Gert (1990), “A Critique of Principlism”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, 15, 222.

<sup>12</sup> Clouser, K. Danner & Bernard Gert (1990), “A Critique of Principlism”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, 15, 224.

## Childress:

*“Na melhor das hipóteses, os “princípios” funcionam como meros suportes conceituais aos quais se associam longas discussões sobre diversos temas, que, por vezes, apenas mantêm entre si uma relação superficial. Quando os autores fazem referência a um princípio, estão, na prática, a dizer: “leia o capítulo sobre a beneficência, a justiça, a autonomia ou a não malficência e tenha em consideração todas essas diversas considerações ao reflectir sobre a situação”. Considerar esse conjunto heterogêneo de considerações como constituindo “um princípio”, e tratá-lo como tal, é, como procurámos demonstrar, uma fonte de equívoco, tanto do ponto de vista prático como teórico.*

*O “princípio da justiça” de Beauchamp e Childress ilustra ainda mais claramente a nossa tese do que os seus restantes “princípios”. Não oferece sequer um vislumbre de um guia de acção utilizável. Apresenta-se uma discussão sobre o conceito de justiça e sobre várias concepções de justiça, bem conhecidas e mutuamente conflitantes, mas não se enuncia qualquer orientação específica para a acção. Apesar disso, os autores referem-se a um princípio da justiça como se este fosse algo que devesse ser aplicado às situações morais. É evidente que não se trata de um guia para a acção, mas antes de uma “checklist” de considerações que devem ser tidas presentes na reflexão sobre problemas morais. Não sendo um princípio no sentido clássico - isto é, um princípio que sintetiza uma teoria e dela faz decorrer orientações concretas para a acção -, é enganador, na medida em que pretende possuir estatuto conceptual e validade sistemática. O seu “princípio” não deriva de qualquer teoria, nem fornece um guia de acção susceptível de aplicação prática.”<sup>13</sup>*

Desenvolvendo, Clouser e Gert acusam o “principialismo” de falta grave de unidade sistemática (“grave” porque essa falta tem consequências práticas), e de padecer de um “síndrome de antologia”, na medida em que, não desconhecendo que os princípios não se sustentam sem uma referência a teorias éticas “fundamentantes”, Beauchamp e Childress, mesmo assim,

---

<sup>13</sup> Clouser, K. Danner & Bernard Gert (1990), “A Critique of Principlism”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, 15, 227.

mantêm-se deliberadamente num plano em que, à revelia de tais suportes teóricos, o raciocínio ético pode dissolver-se em eclectismo e na conjugação de princípios com qualquer grau ou tipo de abstracção e de sistematização, privilegiando, afinal, a solução “*ad hoc*” e o casuismo:

*“Na realidade, o principlismo adopta uma abordagem “antológica”. Os seus defensores afirmam extrair princípios de diversas teorias éticas, nenhuma das quais consideram, isoladamente, satisfatória, e instam depois o estudante, ou o profissional de saúde, a aplicar um ou mais desses princípios concorrentes a um caso concreto. Contudo, não fazem qualquer tentativa de demonstrar como - ou mesmo se - esses diferentes princípios podem ser reconciliados.”*<sup>14</sup>

Apelando para uma visão mais coesa, consistente e imune ao eclectismo, de aplicação directa das teorias éticas sem a intermediação de “princípios” escusadamente fluidos e dúcteis<sup>15</sup>, Clouser e Gert concluem que, na verdade, nem Frankena, nem Beauchamp e Childress, estabelecem verdadeiros “princípios” morais – no caso destes últimos, porque aquilo que eles designam por “princípios” não são mais do que “títulos de capítulos”, arrumações incipientes e superficiais de tópicos e intuições éticas, desacompanhados de um mecanismo adjudicador que estabelecesse uma hierarquia entre eles, em caso de conflito – a vocação, por excelência, das teorias éticas unitárias<sup>16</sup>.

Outras críticas “anti-principlistas” vieram juntar-se a esta reacção pioneira de Clouser e Gert, de diversos pólos e com diferentes ambições; nem todas centradas na questão do principlismo, algumas atingindo-o obliquamente, por diferenças de método, de perspectiva, até de concepção da vocação e missões da Bioética, como a “Ética das Virtudes”, a Ética “narrativa”, a

---

<sup>14</sup> Clouser, K. Danner & Bernard Gert (1990), “A Critique of Principlism”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, 15, 231-232.

<sup>15</sup> Dando como exemplo: Gert, Bernard (1988), *Morality: A New Justification of the Moral Rules*, 5.<sup>a</sup> ed., New York, Oxford University Press.

<sup>16</sup> Clouser, K. Danner & Bernard Gert (1990), “A Critique of Principlism”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, 15, 236.

“Ética Global”, o Feminismo, o Comunitarismo, entre outros. Mas nenhuma tão focada, tão incisiva, como essa primeira reacção.

Referindo-se ao conjunto das críticas, em 1995 Tom Beauchamp replica que muitas delas nascem de sistemas não concebidos especificamente para os domínios da ética biomédica, como o foi o “principlismo”, e só supervenientemente adaptados, o que determina muitas das premissas dessas críticas, e lhes confere uma propensão dedutivista a que o “principlismo”, sustenta Beauchamp, ficou imune<sup>17</sup>.

À acusação de que o “principlismo” consente excessiva flexibilidade e é inadequado para casos difíceis (“*hard cases*”), Beauchamp contrapõe as virtudes da especificação e do “balanceamento” dos princípios, que são responsabilizantes para o agente moral e o afastam do subjectivismo e da actuação intuitiva, ao mesmo tempo que não se afastam tanto dos actos concretos, e das ponderações contextuais, como o fazem as teorias éticas tradicionais.

Os “princípios” não seriam, pois, as “normas” da Ética Aplicada mais tradicional, mas sim puros vectores de julgamento e especificação susceptíveis de vivificar os juízos morais em contextos concretos. Por outro lado, Beauchamp lembra que a flexibilização se justifica na medida em que os domínios da ética biomédica estão sujeitos a uma grande predominância de condicionamentos e proibições absolutas, numa espécie de inércia de resistência social a certas implicações do progresso tecnológico – permitindo a flexibilidade uma paulatina insinuação de soluções inovadoras, cuja aceitação depende de uma adopção discreta, sem suscitar alarme e a reacção imediata da proibição<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Beauchamp, Tom L. (1995), “Principlism and Its Alleged Competitors”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 5/3, 182 [181-198]. Cfr. Beauchamp, Tom L. (1994), “Principles and Other Emerging Paradigms in Bioethics”, *Indiana Law Journal*, 69/4, 955-972.

<sup>18</sup> Beauchamp, Tom L. (1995), “Principlism and Its Alleged Competitors”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 5/3, 185.

Contra Clouser e Gert, Beauchamp aponta para dificuldades que se abrigam nos seus apelos à teoria unificadora, notando que essa teoria é caracterizada como um acervo de regras não-especificadas, tão insusceptíveis de aplicação concreta como os princípios, e que por isso se prestam a uma “arrumação conceptual” que se compatibiliza com a “tetralogia principialista”; além disso, sustenta que a teoria moral subscrita por Clouser e Gert parece assentar num “*neminem laedere*”, numa liberdade “negativa”, e que isso feriria princípios de beneficência activa que compõem a “moralidade comum” – não fosse o caso de se descobrir, no sistema que aqueles autores subscrevem, um conceito de “dever positivo de beneficência” que é em tudo similar, na substância, a um dos quatro pilares do “principialismo”<sup>19</sup>.

Beauchamp destaca ainda outros “anti-principlismos”, como o casuísmo, a tendência a enfrentar casos difíceis através do recurso à analogia com casos paradigmáticos, sem questionar a singularidade dos contextos relevantes nos casos difíceis, atendendo somente à saliência de certos pontos de cada caso – o que dispensaria o recurso aos princípios como pontos de partida do raciocínio moral<sup>20</sup>; ou a “*Virtue Theory*”, que enfatiza as características pessoais do agente moral, a sua sensibilidade e o discernimento dos seus juízos, os seus sentimentos morais, conferindo-lhe uma relevância que resgata o agente de ser encarado como um executor determinístico de “instruções normativas” – ainda que Beauchamp não se esqueça de referir que “princípios” e “virtudes” se sustentam mutuamente, mesmo que possam ser tributários de fundamentações distintas:

*“A teoria das virtudes reveste-se da mais elevada importância no contexto dos cuidados de saúde, porque uma pessoa moralmente boa, dotada de motivações adequadas, terá maior pro-*

---

<sup>19</sup> Beauchamp, Tom L. (1995), “Principlism and Its Alleged Competitors”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 5(3), 187-190.

<sup>20</sup> Beauchamp, Tom L. (1995), “Principlism and Its Alleged Competitors”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 5(3), 190-193.

*habilidade de discernir o que deve ser feito, de se sentir motivada a agir e de efetivamente fazê-lo. A pessoa que se limita a seguir regras, sem ter um carácter moral particularmente desenvolvido, pode não ser moralmente fiável. Frequentemente, a reacção das pessoas perante aqueles que, no passado, prejudicaram doentes - por exemplo, no âmbito da investigação - consiste em considerar que lhes faltava discernimento, compaixão, fiabilidade, e não que deixaram de agir em conformidade com uma regra ou um princípio. O modelo moral que as pessoas recomendam, e apresentam como exemplo, não é o mero cumpridor de regras, mas antes a pessoa cujo carácter a faz ser atenta, generosa, solícita, compassiva, compreensiva, justa e dotada deste tipo de qualidades.*

*Contudo, mais uma vez não há razão para supor que seja necessário rejeitar ou minimizar a importância dos princípios e das regras para acolher essas virtudes. Os dois tipos de teoria colocam a tónica em aspectos distintos, mas são compatíveis entre si”<sup>21</sup>*

Anos volvidos, Childress e Beauchamp voltam à carga contra os “anti-principialismos”<sup>22</sup>, agora escudando-se explicitamente atrás daquilo que eles designam por um “principialismo de moralidade comum” (“*Common Morality Principlism*”), já acolhido e consagrado no seu manual de referência:

*“Chamamos moralidade comum ao conjunto de normas universais partilhadas por todas as pessoas empenhadas na moralidade. Esta moralidade não é meramente uma moralidade, por contraste com outras. É aplicável a todas as pessoas, em todos os lugares, e é pelos seus padrões que julgamos legitimamente toda a conduta humana. As seguintes normas constituem exemplos (longe de uma lista exaustiva) de padrões de acção geralmente vinculativos (isto é, regras de obrigação) presentes na moralidade comum: (1) Não matar; (2) Não causar dor ou sofrimento aos outros; (3) Prevenir a ocorrência do mal ou do dano; (4) Socorrer pessoas em perigo; (5) Dizer a verdade; (6) Cuidar dos jovens e dos dependentes; (7) Cumprir*

<sup>21</sup> Beauchamp, Tom L. (1995), “Principlism and Its Alleged Competitors”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 5/3, 194-195.

<sup>22</sup> Childress, James F. & Tom L. Beauchamp (2022), “Common Morality Principles in Biomedical Ethics: Responses to Critics”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 31/2, 164-176.



*as promessas; (8) Não roubar; (9) Não punir os inocentes; e (10) Obedecer às leis justas.*

*A moralidade comum contém igualmente padrões distintos das regras obrigatórias de conduta. Eis dez exemplos de traços de carácter morais, ou virtudes, reconhecidos na moralidade comum (novamente, sem pretensão de exaustividade): (1) não maleficência (não alimentar a má vontade para com outros); (2) honestidade; (3) integridade; (4) conscienciosidade; (5) confiabilidade; (6) fidelidade; (7) gratidão; (8) veracidade; (9) benevolência; e (10) bondade. Estas virtudes são traços de carácter universalmente admirados”<sup>23</sup>*

No artigo de 2022, Childress e Beauchamp respondem a uma dupla crítica:

- a de que a ética médica tem autonomia (dogmática, supõe-se), e não é tributária de qualquer teoria moral externa, ou “heterónoma” – uma posição que atribuem a Rosamond Rhodes<sup>24</sup> –;

- a de que qualquer tentativa de redução da heterogeneidade e de limitação da mudança dos preceitos éticos, através de generalizações ou universalizações, está votada ao fracasso, e que por isso não há, ou não deve haver, “moralidade comum” – uma posição que atribuem a Robert Baker<sup>25</sup>.

A defesa contra a primeira crítica é a de que nunca se tratou, no “principialismo”, de sustentar que a extrapolação a partir da “moralidade comum” fosse bastante para recobrir todo o tipo de peculiaridades e especificidades sectoriais, reconhecendo-se, pelo contrário, que existe uma larga margem de autonomia na geração de normas e princípios.

A única exigência é a da consistência com a “moralidade comum”, evitando-se a consequência, que seria exótica, de ad-

---

<sup>23</sup> Beauchamp, Tom L. & James F. Childress (2019), *Principles of Biomedical Ethics*, 8.<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford University Press.

<sup>24</sup> Rhodes, Rosamond (2020), *The Trusted Doctor: Medical Ethics and Professionalism*, New York, Oxford University Press.

<sup>25</sup> Baker, Robert (2019), *The Structure of Moral Revolutions: Studies of Changes in the Morality of Abortion, Death, and the Bioethics Revolution*, Cambridge MA, The MIT Press.

mitir-se uma ética “profissional”, um “ponto de vista interno”, vagamente iniciático e esotérico, que, não dialogando com o restante da Ética, pudesse não ser sequer reconhecível, porventura, como “ética”; e uma consequência perigosa, porque sugere a não-sindicabilidade externa de uma profissão e da respectiva deontologia – justamente numa época em que se vai acentuando, pelas mais variadas razões, algumas boas e muitas más, a dimensão pública das escolhas no sector da saúde, o controle externo; não bastando a referência à “confiança do público” num sector, ou numa profissão, para alicerçar, nesse único fundamento, toda uma ética pretensamente “autónoma”, que o público poderá interpretar, com alguma razão e com salutar cepticismo, como um entrincheiramento corporativo.

Na defesa contra a segunda crítica, a de que a “ficção da moralidade comum” não é mais do que uma ameaça à diversidade moral e ao progresso da ética, Childress e Beauchamp rejeitam que tenham pretendido erigir uma teoria “densa” que, convertendo-se num núcleo de postulados e axiomas éticos, promovesse o dedutivismo, o universalismo uniformizador e o missioneísmo refractário que costumam decorrer da auto-suficiência das construções teóricas; pelo contrário, asseveram, “*The principles we identify and develop for biomedical ethics are broad, abstract, and content-thin*”<sup>26</sup> – características que, de resto, lhes asseguraram a primeira vaga das críticas “anti-principalistas”, antes mencionadas.

Por outro lado, lembram que se trata de obrigações “*prima facie*”, sujeitas a revisão e desprovidas do carácter absoluto que a segunda crítica pretende atribuir-lhes – ainda que concedam que a especificação da tetralogia de princípios, por ser finita, pode gerar normas absolutas (isto é, insusceptíveis de ulterior especificação).

---

<sup>26</sup> Childress, James F. & Tom L. Beauchamp (2022), “Common Morality Principles in Biomedical Ethics: Responses to Critics”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 31/2, 171.

E lembram que a congruência com a “moralidade comum”, que é exigida a éticas particulares e “incomuns”, não representa “imperialismo cultural” ou incitamento à intolerância, apenas reclama que todo o acervo de normas e princípios que queira apresentar-se como Ética não procure exonerar-se da congruência com a “moralidade comum” que lhe garante o reconhecimento como Ética – não queira apostar na dissolução entrópica da semântica, escudando-se atrás de um jogo de palavras.

Quanto ao entrave ao progresso moral, ou até a revoluções éticas, os autores contrapõem a Baker que, não constituindo o “princípioalismo” uma dogmática ou axiomática no sentido mais “substantivo” e “denso”, não se pretendendo uma “reificação estática” de valores imersos na sua historicidade, as “*thinner conceptions*” que subjazem à tetralogia principiológica não entram qualquer tipo de progresso ético – sublinhando o quanto alguns dos princípios de 1979 foram sendo reinterpretados de forma por vezes radical – não por impulso teórico abstracto, mas as mais das vezes por reavaliação do estatuto moral dos indivíduos ou grupos, que justificou e impeliu progressos que, não sendo analiticamente ou filosoficamente reclamados, ocorreram por pressão social / ideológica e acabaram por impor-se, sem que isso reclamasse reformulações radicais no “princípioalismo de moralidade comum”<sup>27</sup>.

Há outras críticas ao “princípioalismo” que não se apresentam como “anti-princípioalismos”, porque pretendem ser objecções meramente parcelares ao paradigma dominante – mas que não são menos persuasivas por isso, e merecem atenção.

Entre estas, a formulada por John McMillan, que sustenta que a abordagem de Beauchamp e Childress acaba por inibir uma reflexão realista, na medida em que os métodos centrados em princípios não permitem alcançar aquilo a que chama “con-

---

<sup>27</sup> Childress, James F. & Tom L. Beauchamp (2022), “Common Morality Principles in Biomedical Ethics: Responses to Critics”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 31/2, 173.

vicções fundamentadas” (“*reasoned convictions*”) acerca dos problemas morais; isto porque, segundo ele, os recém-chegados à Bioética tendem a enquadrar qualquer problema moral num dos quatro princípios, e, em sequência, a concluir que o princípio da autonomia deve prevalecer sobre os restantes três – um mecanicismo de enquadramento, e uma violação do nivelamento de princípios obrigatórios *prima facie*, que McMillan reconhece ser o resultado inadvertido da hegemonia teórica, e pedagógica, de Beauchamp e Childress<sup>28</sup>.

Outra das críticas mais notáveis é formulada por John Arras, numa dupla vertente: uma que incide sobre a plausibilidade da concepção “híbrida” adoptada por Beauchamp e Childress, outra que se reporta à escolha da “moralidade comum” como fundamento do “principialismo”<sup>29</sup>.

Arras pergunta porque é que Beauchamp e Childress não preferiram adoptar o conceito de “*considered moral judgments*”, celebrizado por John Rawls, desviando-se para o caminho conceptual, mais vago e aparentemente mais rígido, da “moralidade comum”, que parece nada acrescentar ao “equilíbrio reflexivo” como fundamento, garantia de coerência e força justificativa da ética – insistindo John Arras que nada demonstra que essa “moralidade comum” possa desempenhar as funções de uma esfera moral autónoma, colocada à margem do processo dialéctico próprio do equilíbrio reflexivo, ou, mais ainda, imune à erosão histórica.

Por outro lado, a adopção tardia, por Beauchamp e Childress, do “*wide reflexive equilibrium*” suscita outro tipo de crítica a John Arras: o que que a adopção desse “*equilíbrio reflexivo alargado*”, de matriz Rawlsiana, é, na prática, incompatível com o próprio principialismo, porque aquele nega qualquer

---

<sup>28</sup> McMillan, John (2018), *The Methods of Bioethics: An Essay in Meta-Bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 51-53.

<sup>29</sup> Arras, John D. (2017), *Methods in Bioethics: The Way We Reason Now*, (James Childress & Matthew Adams, eds.), New York, Oxford University Press, 24-26, 182-183.

posição privilegiada a conjuntos específicos de considerações morais, sejam estas as atinentes à aplicação prática de regras a casos, sejam elas teorias de enquadramento como os próprios princípios morais – e isto porque a componente decisiva no processo de revisão próprio do equilíbrio reflexivo é o próprio grau de compromisso que mantemos relativamente a essas diferentes considerações – mantendo-as sempre abertas à revisão –, e não a natureza ou “mérito” das próprias considerações<sup>30</sup>.

#### 4. UMA SÍNTESE?

Temos assim – recapitulando – um quadro teórico dominante, o “princípioalismo”, o qual, não obstante a sua posição privilegiada, assume com facilidade uma atitude defensiva, conciliadora – que alguns tomarão por equilíbrio sofisticado, ou vontade de síntese, mas alguns “anti-princípioalistas”, como referimos, não deixam de interpretar como prova de sincretismo, de insuficiência epistemológica, e de incapacidade de fornecimento de orientação suficiente à prática, não obstante o balanceamento e a especificação dos princípios.

Reconhecendo embora tudo o que essa liderança da tetralogia de Beauchamp e Childress significou para o progresso da Bioética, para a afirmação de uma certa peculiaridade metodológica, para a pedagogia, para a rotina dos profissionais e das comissões de ética, para a geração de consensos nacionais e internacionais, cremos que o embate com o “anti-princípioalistas” deve suscitar uma reflexão ulterior:

- sobre a suficiência de um “ponto focal teórico” que assume plenamente não ser uma teoria ética, plena e robusta – como aquelas que compuseram tradicionalmente a História da Ética como ciência;

---

<sup>30</sup> Scanlon, T.M. (1992), “The Aims and Authority of Moral Theory”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 12/1, 1-23; DePaul, Michael R. (1993), *Balance and Refinement: Beyond Coherence Methods of Moral Inquiry*, London, Routledge, 57.

- sobre a suficiência da especificação e balanceamento de princípios como metodologia, sem o auxílio, fora do âmbito restritivo dessa mecânica “principlista”, de um acervo muito rico de alternativas metodológicas disponíveis na Ética;
- sobre as limitações dessa abordagem, que é reconhecidamente individualista, e foi concebida para lidar com uma prática de actos isolados (ou isoláveis), para lidar com a dimensão socio-política da Bioética, para assegurar a articulação com o Direito, e sobretudo para dar conta das implicações internacionais, planetárias, que a Bioética tem vindo a desenvolver (pense-se, por exemplo, na expansão do direito internacional convencional na área da Biomedicina).

Afigura-se desnecessário, perante o reconhecimento de dificuldades do quadro teórico “incumbente”, propor a sua substituição, até porque não se vislumbra no horizonte um sucessor apto, nem sequer um candidato a sucessor, capaz de respeitar a identidade histórica da disciplina.

Mais do que isso, proclamar a vitória do “anti-principlismo” seria postular a existência de uma frente unitária e homogénea, que vimos já não existir – além de poder corresponder à aceitação de algumas injustiças nas críticas formuladas, quando elas se envolveram em distorções e caricaturas da posição de Beauchamp e Childress.

Em contrapartida, desistir da crítica ao paradigma dominante não é atitude académica ou científica aconselhável, depois de termos detectado algumas boas intuições no “anti-principlismo”, acompanhadas e parcialmente adoptadas aliás por Beauchamp e Childress, sempre louvavelmente generosos nas concessões que fazem às críticas.

Propenderemos, assim, para uma síntese crítica (“crítica” no sentido de “intencionalmente não-conciliatória”), que, constatando as inevitáveis vantagens hegemónicas do “incumbente histórico”:

- reconhece que os tempos não se compadecem,

nem sequer no plano pedagógico, com a exclusividade de um único “foco teórico-prático” com ambições normativas, reclamando-se mais ampla referência aos contextos histórico, cultural, ideológico, político-institucional, internacional, que são, de modo quase indiferenciado, igualmente relevantes para o momento da Bioética – e são manifestamente externos à “mecânica principialista”;

- reconhece também que a estática da tetralogia de princípios, com a sua aparência de acabamento teórico, não capta as nuances dinâmicas dos modelos “relacionais”, que reflectem o tipo de evolução interna que ocorre nos “jogos com aprendizagem” da intersubjectividade, e geram “*bottom-up*” a sua própria disciplina, as suas “normas sociais”, os seus equilíbrios e balanceamentos, tendendo a dispensar o apoio externo das regras éticas e das normas jurídicas;

- reconhece ainda que, como já apontado, as implicações da Bioética se espraíram para um quadro planetário, numa dimensão político-institucional de saúde pública e combate à escassez que disputa abertamente a primazia com puras considerações éticas – a tornar urgente, do lado da Ética, a ponderação das vantagens de uma “âncora teórica” unitária e universalista;

- reconhece, por fim, que o centramento da prática médica num paciente privilegia a ética narrativa, que convoca a empatia, a imaginação, a capacidade interpretativa, com identidades, histórias de vida, protagonismos, relações e projectos “narrados” na sua particularidade, na sua resistência à abstracção, e à universalização, normativas.

O principialismo tem, em suma, a vantagem de ser o mais saliente, e testado, quadro introdutório e identificativo da ética que tem “curso legal” no seio da Bioética, na decisão clínica, nas comissões de ética – pelo que uma síntese crítica fará bem em admitir uma complementação dialéctica, subtil, “*sui generis*”, não-conciliatória, entre “principialistas” e “anti-principialistas”.

## 5. DEMARCAÇÕES

Voltemos a um ponto inicial: o principialismo nasceu com o intuito claro de, baixando o ponto de referência para o nível intermédio dos princípios, esquivar-se aos grandes embates teóricos da Ética, os grandes desacordos da Filosofia – espelhados, com mais trivialidade e mais estridência, nas tensões e “fracturas” da ideologia.

Tratava-se de fornecer, aos estudiosos e aos praticantes, um quadro estável, “resgatado” dessas querelas – algumas aparentemente insolúveis.

Só que esse acantonamento conceptual não podia durar muito: estudiosos e praticantes da deliberação médica, ou biomédica, ou clínica, são constantemente expostos aos produtos, e subprodutos das grandes teorias morais – mesmo quando descaracterizadas, compactadas, estilizadas e servidas nas vestes de “slogans” políticos.

Logo, na vida real não poderia conceber-se que mesmo os mais convictos aplicadores da tetralogia principialista se mantivessem apegados a uma aplicação mecânica e determinista do cerne da teoria, esgotando a sua missão num afã dedutivista e subsuntivo, com deliberada surdez ao “ruído” de outras solicitações.

Não por acaso, Beauchamp e Childress concederam aos aplicadores do “principialismo” a alforria de irem buscar, à “*common morality*”, os ecos desses outros ruídos, dessas solicitações conflituantes, desejavelmente filtrados já pelo consenso e pelo uso (daí serem “comuns”), para enriquecerem semanticamente, quiçá hermeneuticamente, a pura mecânica sintáctica, lexicográfica, das combinações e permutações de princípios<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Metselaar, Suzanne, Guy Widdershoven, Bert Molewijk & Giulia Inguaggiato (2026), “Beyond Principlism: A Pragmatic-Hermeneutic Approach to Clinical Ethics”, *The American Journal of Bioethics*, 26/3, 70-72.



A praticabilidade da tetralogia, nesse esforço de “deflação conciliatória”, poderia ser preservada; a clareza didática poderia subsistir – mas, na especificação e balanceamento dos princípios, rumo à sua aplicação, e prevenindo impasses e indeterminações resultantes de uma simples conjugação principialista, vinha agora insinuar-se um adicional multiprismático de narrativas, de identidades particulares, de considerações sociais e políticas, de relações de poder e de dependência, de desigualdades, de “arquitecturas de escolhas”, e de ponderações internacionais e mundiais<sup>32</sup>.

A “deflação conciliatória” reinflava-se, em suma, com estes novos apoios ao estudo e à deliberação.

E a constatação básica é a de que, não estando morto, o principialismo já não se basta sozinho. E é ao “anti-principialismo” que devemos esta constatação, e a denúncia do empobrecimento, e demais riscos, que decorrem do excesso de simplificação esquemática que ditou o sucesso e proeminência do “principialismo”<sup>33</sup>.

Em “síntese crítica”, dir-se-á que, superadas algumas tensões iniciais, hoje o principialismo dialoga com outros pólos valorativos que o desafiam e o complementam, não tanto no nú-

---

<sup>32</sup> Acusando o “principialismo” de ser uma ética centrada na deontologia profissional e menorizar assim o peso ético do paciente, Aline Albuquerque: “*Não obstante tenha se atualizado em suas edições posteriores, o Principialismo não incorporou o novo paradigma nos cuidados em saúde, ou seja, continuou sendo uma ética que estabelece princípios e regras para guiar o que os profissionais devem fazer a partir do entendimento deles do que sejam problemas e dilemas morais nos cuidados em saúde. O paciente não é protagonista do cuidado no Principialismo, nem agente moral. A visão que o Principialismo traz de bioética é construída com base em questões que são difíceis para os profissionais, mas não para os pacientes. E são difíceis pelo fato do Principialismo situar os direitos dos pacientes como sombras das obrigações dos profissionais, como se essas existissem e fossem legítimas a despeito dos pacientes.*” - Albuquerque, Aline (2022), “Críticas ao Principialismo sob a Ótica do Novo Paradigma Ético nos Cuidados em Saúde: O Protagonismo do Paciente”, *Rev. Redbioética / UNESCO*, 13/1 (25), 23.

<sup>33</sup> Keeling, Michael & Olivier Bellefleur (2016), “«Principlism» and Frameworks in Public Health Ethics” (paper, National Collaborating Centre for Healthy Public Policy, Montréal, Québec).

mero de princípios que trazem à liça, mas na ênfase que colocam no tipo de atenção moral convocado, diferenciadamente, por cada quadro específico de estudo ou deliberação.

São modos diferentes de interpretar a relevância moral – e, desse prisma, o diálogo e a complementaridade são mais viáveis

Assim, por exemplo:

a. a “bioética global” conferirá mais ênfase a estruturas herdadas de injustiça e exclusão, à prevalência e inércia de critérios latentes de domínio, aos benefícios da abertura social e do pluralismo cultural, visando o estabelecimento de uma justiça global através da articulação da ponderação bioética com a consagração internacional dos Direitos Humanos, o que habilita esta abordagem a, afastando-se do individualismo principialista, encarar, frontal e completamente, as implicações globais e locais – e temas realistas e relevantes como a pobreza, a escassez e o racionamento, as falhas de mercado, nacionais e internacionais, no sector da saúde, os bens públicos internacionais e a necessidade de coordenação entre meios culturalmente distintos, senão antagónicos – e com concepções divergentes, ou conflituantes, sobre tópicos como dignidade, vulnerabilidade, solidariedade, responsabilidade social, ou justiça global –; e, em geral, convoca uma reflexão sobre os progressos e regressos causados por interferências político-ideológicas nestes domínios, incluindo aquelas que impulsionam, asseguram, mas depois condicionam e limitam, as Convenções e Declarações Universais sobre Bioética<sup>34</sup>.

b. a ética comunitarista privilegiará a dimensão colectiva das escolhas, o acesso e uso em contextos de escassez e rivalidade de recursos, as ponderações e implicações políticas da saúde pública – enaltecendo valores de bem comum, solidarie-

---

<sup>34</sup> Annoni, Marco (2026), “Toward a Global Bioethics: Principlism and the Problem of Political Legitimacy”, *Bioethics*, 40, 5-11; Garrafa, Volnei, Leandro Brambilla Martorell & Wanderson Flor do Nascimento (2016), “Críticas ao Principialismo em Bioética: Perspectivas desde o Norte e desde o Sul”, *Saúde e Sociedade*, 25/2, 442-451.

dade, reciprocidade, proteção mútua, analisando as condições da sua prevalência sobre interesses individuais, os limites aceitáveis de sacrifício (e os inaceitáveis e “santificados”), e o modo como circunstâncias excepcionais (uma pandemia, por exemplo) podem forçar a revisão de muitos dos equilíbrios distributivos (mas não todos) nas políticas de saúde<sup>35</sup>.

c. a ética da “autonomia relacional” (com subcapítulos no feminismo, ou no animalismo, por exemplo) atribuirá mais relevância aos dados primários, crus, do poder, da vulnerabilidade e da dependência, associados ao gênero, às espécies animais, à organização social assente em estruturas de dominação (paternalismos, androcentrismos, especismos) e em ideologias que servem e perpetuam formas “enviesadas” de domínio<sup>36</sup>; privilegiando, como “*standpoint theory*”, a perspectiva daqueles que ocupam as posições alegadamente mais desfavorecidas da sociedade<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Etzioni, Amitai (2018), “Communitarian Bioethics”, in *Happiness is the Wrong Metric: A Liberal Communitarian Response to Populism*, Cham, Springer, 291-302; Callahan, Daniel (2012), “Individual Good and Common Good: A Communitarian Approach to Bioethics”, in *The Roots of Bioethics: Health, Progress, Technology, Death*, Oxford, Oxford University Press, 50-61; World Health Organization (2022), “COVID-19 and Mandatory Vaccination: Ethical Considerations” (Policy Brief).

<sup>36</sup> Stoljar, Natalie & Catriona Mackenzie (2023), “Relational Autonomy in Feminist Bioethics”, in Rogers, Wendy A., Jackie Leach Scully, Stacy M. Carter, Vikki A. Entwistle & Catherine Mills (orgs.) (2023), *The Routledge Handbook of Feminist Bioethics*, New York, Routledge, 71-83; Marway, Herjeet & Heather Widdows (2015), “Philosophical Feminist Bioethics. Past, Present, and Future”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 24/2, 165-174; Scully, Jackie Leach (2026), “Feminist Bioethics”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

<sup>37</sup> Wolf, Susan M. (1996), “Introduction: Gender and Feminism in Bioethics”, in Wolf, Susan M. (org) (1996), *Feminism and Bioethics: Beyond Reproduction*, New York, Oxford University Press, 3-43; Wolf, Susan M. (1996), “Gender, Feminism, and Death: Physician-Assisted Suicide and Euthanasia”, in Wolf, Susan M. (org) (1996), *Feminism and Bioethics: Beyond Reproduction*, New York, Oxford University Press, 282-317; Little, Margaret Olivia (1996), “Why a Feminist Approach to Bioethics?”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 6/1, 1-18; Sherwin, Susan (1992), *No Longer Patient. Feminist Ethics and Health Care*, Philadelphia, Temple University Press, 363; Bender, Leslie (1992), “A Feminist Analysis of Physician-Assisted Dying and Voluntary Active Euthanasia”, *Tennessee Law Review*, 59/3, 519-546; Held, Virginia (2006), *The Ethics of Care. Personal, Political, and Global*, Oxford,

d. a ética da virtude (ou “das virtudes”) centrar-se-á mais na sedimentação de um carácter pelo hábito, e na expressão constante, estável, íntegra, de características morais; enfatizará a confiabilidade que a percepção colectiva formará desse hábito virtuoso; atenderá à teleologia do julgamento prático do agente, às salvaguardas da sua deontologia, à legitimidade, ou não, das suas convicções e objecções, à dimensão prudencial da reputação, aos elos gerados na relação “médico-paciente”<sup>38</sup>.

e. a ética narrativa privilegiará mais (mais do que as abordagens “*theory-driven*”) o significado da história pessoal, da representação interpretativa, do projecto de vida, apelando para uma abertura empática à vivência efectiva, singular e situada do “paciente”, como ela pode ser reconstruída – recobrando e atendendo a margens de subjectividade e de emotividade que um principialismo mais “institucional” poderia desconsiderar, e no entanto podem ser cruciais na experiência concreta, mesmo com o risco de dissolução em sentimentalismo e subjectividade (pense-se nas escolhas trágicas que envolvem pacientes e famílias, por exemplo em contexto de fim de vida, de futilidade terapêutica, de palição, e que têm particular visibilidade na problemática própria da Bioética)<sup>39</sup>.

---

Oxford University Press.

<sup>38</sup> Pellegrino, Edmund D. & David C. Thomasma (1993), *The Virtues in Medical Practice*, New York, Oxford University Press; Pellegrino, Edmund D. & David C. Thomasma (1996), *The Christian Virtues in Medical Practice*, Washington DC, Georgetown University Press; Gardiner, P. (2003), “A Virtue Ethics Approach to Moral Dilemmas in Medicine”, *Journal of Medical Ethics*, 29/5, 297-302; García, Jorge L.A. (2020), “Virtues and Principles in Biomedical Ethics”, *Journal of Medicine and Philosophy*, 45, 471-503; Shea, Matthew (2020), “Principlism’s Balancing Act: Why the Principles of Biomedical Ethics Need a Theory of the Good”, *Journal of Medicine and Philosophy*, 45, 441-470.

<sup>39</sup> McCarthy, Joan (2003), “Principlism or Narrative Ethics: Must We Choose Between Them?”, *Medical Humanities*, 29/2, 65-71; Jones, Anne Hudson (1999), “Narrative in Medical Ethics”, *British Medical Journal*, 318, 253-256; O’Brien, Daniel C. (2022), “Medical Ethics as Taught and as Practiced: Principlism, Narrative Ethics, and the Case of Living Donor Liver Transplantation”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, 47/1, 95-116; Nelson, Hilde Lindemann (1997), “Introduction: How to Do Things with Stories”, in Nelson, Hilde Lindemann (org.) (1997), *Stories and Their*

f. a casuística, o “*case-based reasoning*”, privilegiará mais as analogias, o raciocínio indutivo não ampliativo, do caso para o caso, ou de extrapolação “*bottom up*” – a reclamar sensibilidade ao contexto concreto, à qualidade (paradigmática ou não) dos precedentes, e renunciando às tentações “ampliativas” ou “teoréticas” das generalizações – tendo por trunfo uma particular aptidão para lidar com “casos difíceis”<sup>40</sup>, e de facilitar o consenso<sup>41</sup>.

Em suma, todos estes modos diversos de conferir relevância moral aos temas da Bioética estão muito longe de se esgotarem numa caracterização como “críticas anti-principlistas”: pois, seja pela negativa, seja pela positiva, procuram desviar o foco da Bioética para outros vectores, e referências, para lá da simples enumeração e aplicação da tetralogia principlista – como a justiça global<sup>42</sup>, os direitos humanos, os valores comu-

---

*Limits: Narrative Approaches to Bioethics*, London, Routledge: vii–xx: viii–ix; Nussbaum, Martha C. (1990), *Love’s Knowledge: Essays on Philosophy and Literature*, New York, Oxford University Press; Nussbaum, Martha C. (1995), *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon Press; Brody, Howard (2003), *Stories of Sickness*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford University Press; Charon, Rita (2006), *Narrative Medicine. Honoring the Stories of Illness*, Oxford, Oxford University Press.

<sup>40</sup> Jonsen, Albert R. (1995), “Casuistry: An Alternative or Complement to Principles?”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 5/3, 237-251; Jonsen, Albert R. & Stephen Toulmin (1988), *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, Berkeley, University of California Press; Kuczewski, Mark (1998), “Casuistry and Principlism: The Convergence of Method in Biomedical Ethics”, *Theoretical Medicine and Bioethics*, 19, 509-524; Arras, John D. (1994), “Principles and Particularity: The Roles of Cases in Bioethics”, *Indiana Law Journal*, 69/4, 983-1014; Strong, Carson (2000), “Specified Principlism: What is it, and Does it Really Resolve Cases Better than Casuistry?”, *Journal of Medicine and Philosophy*, 25/3, 323-341.

<sup>41</sup> Sunstein, Cass R. (2018), *Legal Reasoning and Political Conflict*, 2.<sup>a</sup> ed., New York, Oxford University Press.

<sup>42</sup> Nas palavras de Volnei Garrafa: “Uma crítica surgida nos últimos anos a partir dos países periféricos da metade Sul do planeta é de que a chamada teoria bioética principlista seria insuficiente e/ou impotente para analisar os macroproblemas éticos persistentes (ou cotidianos) verificados na realidade concreta. O processo de globalização econômica mundial, ao invés de amenizar, aprofundou ainda mais as desigualdades verificadas entre as nações ricas do Hemisfério Norte e as pobres do Sul, exigindo, portanto, novas leituras e propostas (...) Assim, a bioética de intervenção

nitários, o carácter moral, as relações ou os casos.

## 6. PERSPECTIVAS DE COLABORAÇÃO

E, no entanto, o principialismo subsiste como a linguagem prática comum da Bioética – pelo que se diria que, perante um problema, o primeiro instinto é o de enquadrar a análise da questão, a reflexão sobre ela, e a eventual aplicação de soluções, a esse quadro principialista – que, como referimos já, tem a força do “incumbente histórico”, no sentido de que a sua longa hegemonia lhe confere uma segurança “institucional”, e uma presunção de consenso teórico, que nenhuma das vias alternativas, a esse nível deliberadamente “intermédio”, consegue revestir – por enquanto.

A complementaridade de prismas analíticos e decisórios vai-se revelando em temas mais ou menos tradicionais – que, nascidos alguns deles de “casos difíceis”, foram encontrando solução com o apoio do principialismo, e mais tarde foram enriquecidas pela cooperação das diversas “sensibilidades” internas

---

*defende como moralmente justificável, entre outros aspectos: a) no campo público e coletivo: a priorização de políticas e tomadas de decisão que privilegiem o maior número de pessoas, pelo maior espaço de tempo e que resultem nas melhores consequências, mesmo que em prejuízo de certas situações individuais, com exceções pontuais a serem discutidas; b) no campo privado e individual: a busca de soluções viáveis e práticas para conflitos identificados com o próprio contexto onde os mesmos acontecem”* – Garrafa, Volnei (2005), “De uma Bioética de Princípios a uma Bioética Interventiva”, *Bioética*, 13/1, 127, 130-131. Cfr. Garrafa, Volnei (2005b), “De uma “Bioética de Princípios” a uma “Bioética Interventiva” – Crítica e Socialmente Comprometida” (paper); Figueiredo, Antônio Macena (2018), “Bioética: Crítica ao Principialismo, Constituição Brasileira e Princípio da Dignidade Humana”, *Revista Bioética*, 26/4, 494-505; Cunha, Thiago & Cláudio Lorenzo (2014), “Bioética Global na Perspectiva da Bioética Crítica”, *Revista de Bioética*, 22/1, 116-125; Possamai, Verônica Ribeiro & Rodrigo Siqueira-Batista (2022), “Bioética da Proteção de Schramm e Kottow: Princípios, Alcances e Conversações”, *Revista de Bioética*, 30/1, 10-18; Serodio, Aluisio (2008), “Revisitando o Principialismo: Aplicações e Insuficiências na Abordagem dos Problemas Bioéticos Nacionais”, *Revista Brasileira de Bioética*, 4/1-2, 69-79; Wetternick, Ernani Miguel Lacerda (2005), “Alcances e Limites do Principialismo em Bioética Clínica” (tese mestrado PUCRS).

da Bioética – sem dever subestimar-se, como é óbvio, o ascendente de uma miríade de factores culturais exteriores à disciplina, e que, sendo exteriores, tendem, nesta como em todas as áreas do pensamento, a ser subestimados.

Assim, por exemplo:

1. casos “clássicos” de decisões de fim de vida e de directivas antecipadas pareciam mobilizar em exclusivo o balanceamento dos quatro princípios, até ao momento em que começou a admitir-se que valores biográficos únicos, nexos familiares, expectativas e representações, entre outros factores, podiam transcender largamente a simples mecânica principiológica<sup>43</sup>;

2. o mesmo se passando com objecções de consciência, ou com recusas de transfusões por convicções religiosas, nos quais começou a ponderar-se se não haverá uma pressão social ou “relacional” por detrás de um aparente exercício de autonomia;

3. sem esquecer os casos de instrumentalização intra-familiar, como o da “gestação de substituição gratuita”, ou a doação de órgãos e tecidos entre vivos, a suscitarem reservas quanto à pressão familiar, à expectativa de sacrifício e ao estatuto relacional do doador<sup>44</sup>;

4. ou a alocação de órgãos para transplante em ambiente de escassez, área na qual diversas representações culturalmente condicionadas de “excesso de procura”, de “mérito”, de “sorte bruta”, de “sorte das escolhas”, e de “triagem por critérios distributivos” se entrecruzam, denunciando a clara insuficiência de uma simples determinação principialista<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Como o reconhece o *Guia sobre o Processo de Decisão Relativo a Tratamentos Médicos em Situações de Fim de Vida*, publicado em 2014 pelo Conselho da Europa.

<sup>44</sup> Martinelli, Valentina, Estella L.L. Lumer, Matteo Chiappedi, Pierluigi Politi, Marilena Gregorini, Teresa Rampino, Andrea Peri, Andrea Pietrabissa & Laura Fusar-Poli (2024), “Ethical Issues in Living Donor Kidney Transplantation: An Update from a Psychosocial Perspective”, *Healthcare*, 12, 1832, 1-15.

<sup>45</sup> Araújo, Fernando (2017), “Alcoolismo e Transplantes Hepáticos - Um Caso de Justiça”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 3/5, 671-726. Cfr. Martinelli, Valentina, Estella L.L. Lumer, Matteo Chiappedi, Pierluigi Politi, Marilena Gregorini, Teresa

5. mais recentemente, questões de racionamento de meios de suporte de vida, de “protocolos de crise” (“*Crisis Standards of Care*”<sup>46</sup>) e de obrigatoriedade de vacinação suscitaram-se no ambiente pandémico, tal como questões de engenharia genómica (com a tecnologia CRISPR-Cas9) e sua aplicação em “*germline gene editing*” foram suscitadas, com escândalo, na China (com o caso das crianças “modificadas” por He Jiankui).

6. e ainda agora se iniciam as ponderações éticas sobre o emprego da Inteligência Artificial no sector da saúde e em todas as áreas da Bioética.

Tudo temas tão recentes que as advertências, as recomendações, a regulação incipiente, de órgãos internacionais (com a OMS / WHO à cabeça), não foram ainda seguidos de uma elaboração doutrinária volumosa.

O sucesso pedagógico do principialismo, que é inegável<sup>47</sup>, não recobre, em suma, as áreas penumbrosas em que a sociedade suspeita que prevalece uma certa coerção “relacional”.

Continuando os exemplos, a pandemia Covid-19 veio, como choque exógeno, demonstrar que a ética clínica centrada em indivíduos e intersubjectividades pode ter de ceder perante uma ética pública centrada em populações; e a tecnologia genómica e o espectacular avanço da IA revelaram que a Bioética contemporânea não pode ficar confiada a uma só instância valorativa e normativa, e reclama crescentemente governança, juridificação / positivação nacional e internacional, e genuínos con-

---

Rampino, Andrea Peri, Andrea Pietrabissa & Laura Fusar-Poli (2024), “Ethical Issues in Living Donor Kidney Transplantation: An Update from a Psychosocial Perspective”, *Healthcare*, 12, 1832, 1-15; O’Brien, Daniel C. (2022), “Medical Ethics as Taught and as Practiced: Principlism, Narrative Ethics, and the Case of Living Donor Liver Transplantation”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, 47/1, 95-116.

<sup>46</sup> Como a SIAARTI italiana, testada de forma trágica: Società Italiana di Anestesia, Analgesia, Rianimazione e Terapia Intensiva (2020), *Raccomandazioni di Etica Clinica per l'Ammissione a Trattamenti Intensivi e per la Loro Sospensione*, in *Condizioni Eccezionali di Squilibrio tra Necessità e Risorse Disponibili*, Milão.

<sup>47</sup> Barcelos, Marta Dias & Paulo Fraga da Silva (2024), “A Bioética Principlista e as Suas Contribuições para a Educação”, *Trama Interdisciplinar*, 15/2, 117-135.



sensos político-ideológicos, sem prejuízo da abertura e da neutralidade das sociedades políticas, e sem prejuízo do pluralismo cultural<sup>48</sup>.

## 7. O MANANCIAL DE CASOS DIFÍCEIS

Desenvolvendo um pouco este último ponto, refiramos os desafios que a “instância principialista” encontra nas águas turbulentas da vanguarda tecnológica e das novas realidades da saúde global – demonstrativos, em nosso entender, e como veremos a final, da necessidade de se regressar a base teóricas mais “fortes” e culturalmente mais consolidadas.

Ensaaiemos uma enumeração compacta mas aberta, deixando de fora, propositadamente, em cada ponto controverso, a carga ideológica que agilmente se abriga em proclamações ideológicas “anti-principialistas”<sup>49</sup>:

A. A redefinição profunda do que é “deficiência”, seja para se criticar, e propor a abolição e superação, de todos os critérios “capacitistas” (“*ableist*”) de “qualidade de vida”, como os onnipresentes QALYs<sup>50</sup>; seja para se discutir as implicações do “planeamento familiar”, do rastreio genético e do rastreio pré-natal, e da indicação médica para aborto “eugénico” ou “se-

---

<sup>48</sup> Veja-se as interessantes reflexões sobre “Responsabilidade e Ética Pública” em Barcelos, Marta Dias (2020), “Princípioalismo: Uma Inscrição da Ética no Espaço Público” (Tese Doutorado NovaFCSH), 160ss.

<sup>49</sup> Um “mantra anti-mantra” que acusa o princípioalismo de ser “excessivamente ocidental”, de ser imperialista ou neocolonialista, de se ter abrigado deliberadamente num “casulo” limitado e insensível, impondo padrões à investigação e à prática que não se compadecem de posições intermédias na “Curva de Kuznets” do desenvolvimento; e ainda o acusa de ser um entrave à promoção da igualdade global, à saúde planetária, ao combate à alterações climática, ao combate ao “racismo estrutural”, à justiça intergeracional – todo um programa ideológico que passa à margem das questões efectivas que o progresso tecnológico concita à investigação e prática nos domínios da Bioética.

<sup>50</sup> Cohen, I. Glenn, Carmel Shachar, Anita Silvers & Michael Ashley Stein (orgs.) (2020), *Disability, Health, Law, and Bioethics*, Cambridge, Cambridge University Press.

lectivo”, no que é “wrongful birth”, “wrongful life”, no estatuto social e médico dos nascidos com deficiência profunda; seja as discriminações a que continuam expostos os “deficientes” em momentos de “escolhas trágicas”, ou face à proliferação de procedimentos de morte assistida associados a standards quantitativos de “qualidade de vida”<sup>51</sup>.

B. A edição genómica e a modificação hereditária, com a criação permanente, e aparentemente irreversível, de traços genéticos hereditáveis<sup>52</sup> (como no “caso He Jiankui”, de 2018, a causar um escândalo mundial e a apontar para a urgência de moratórias e de regulação “forte”)<sup>53</sup>. O tema complica-se por causa da sua proximidade com a edição de linhas não-germinais, como nas terapias genéticas somáticas, que, não suscitando problemas de hereditariedade e de irreversibilidade (pense-se na terapia CRISPR para a anemia das células falciformes<sup>54</sup>), são de acesso limitado, dado o custo, e por isso podem envolver-se em questões de justiça distributiva. Paredes-meias, o tema dos “três progenitores” por “terapia de substituição mitocondrial”, uma terapia cuja aceitação / legalização é sumamente controversa<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Asch, Adrienne (2005), “Recognizing Death While Affirming Life: Can End of Life Reform Uphold a Disabled Person's Interest in Continued Life?”, *Hastings Center Report*, 35/6-Supplement, s31-s36; Reynolds, Joel Michael (2022), *The Life Worth Living. Disability, Pain, and Morality*, Minneapolis, University of Minnesota Press; Barnes, Elizabeth (2023), *Health Problems. Philosophical Puzzles about the Nature of Health*, Oxford, Oxford University Press.

<sup>52</sup> Baylis, Françoise (2019), *Altered Inheritance. CRISPR and the Ethics of Human Genome Editing*, Cambridge MA, Harvard University Press.

<sup>53</sup> Greely, Henry T. (2021), *CRISPR People. The Science and Ethics of Editing Humans*, Cambridge MA, The MIT Press; Greely, Henry T. (2019), “CRISPR'd Babies: Human Germline Genome Editing in the ‘He Jiankui Affair’”, *Journal of Law and the Biosciences*, 6/1, 1-73; Krinsky, Sheldon (2019), “Ten Ways in Which He Jiankui Violated Ethics”, *Nature Biotechnology*, 37/1, 19-20; Zhai, Xiaomei (2023), “Chinese Academic Community Speak Out on He Jiankui Again: Consensus Statement on the Challenges and Responses of Science and Technology Ethics Governance”, *Health Care Science*, 1-3.

<sup>54</sup> Baffoe-Bonnie, Marilyn S. (2019), “A Justice-Based Argument for Including Sickle Cell Disease in CRISPR/Cas9 Clinical Research”, *Bioethics*, 00, 1-8

<sup>55</sup> Holm, Søren (2018), “Mitochondrial Replacement Therapy and Identity. A Comment on an Exchange Between Inmaculada de Melo-Martin and John Harris”, *Cam-*

O tema conjuga-se com os da eugenia (dos “*designer babies*”) e do “*enhancement*” individual, além dos temas da engenharia da longevidade e do desequilíbrio intergeracional<sup>56</sup>.

C. O uso / abuso da Inteligência Artificial na Medicina, desde logo com o problema da eventual reformulação dos nexos de imputação de responsabilidade (quem erra quando a IA erra?), o problema da eventual diminuição / erradicação do erro humano na prática clínica, a concorrência, no diagnóstico e na terapia, dos LLMs (“*large language models*”) com os profissionais de saúde, a colaboração entre ambos (a terapia “mediada” por IA), as falsas representações de antropomorfização, seja na atribuição de “standards” irrealistas de sucesso, seja na ilusão de empatia (com incidências no uso da IA em saúde mental) – seja, ao invés, o terror misoneísta de um paciente face à constatação de emprego de IA. Problema peculiar é o do consentimento informado, dada a possível opacidade algorítmica que conduz aos resultados da IA, e que pode ser tão impenetrável para o médico como para o paciente. E outro problema é o das “alucinações” e “vieses” da IA, na triagem, no diagnóstico, no cálculo do risco e do sucesso da terapia (tendo-se já registado situações embaraçosas, mesmo chocantes, de “falsas pistas” e de preconceitos injustificáveis). Por um prisma prospectivo, as questões mais prementes associam-se com o alinhamento de valores de um “agente clínico autónomo” com a deontologia médica e os padrões do profissionalismo, para garantia de que não se desvirtuam, no sector, critérios distributivos de justiça há muito aceites

---

bridge *Quarterly of Healthcare Ethics*, 27, 487-491.

<sup>56</sup> Knoepfler, Paul (2016), *GMO Sapiens: The Life-Changing Science of Designer Babies*, New Jersey, World Scientific; Jotterand, Fabrice & Marcello Ienca (orgs.) (2024), *The Routledge Handbook of the Ethics of Human Enhancement*, New York, Routledge; Carrigan, Mark & Douglas V. Porpora (orgs.) (2021), *Post-Human Futures. Human Enhancement, Artificial Intelligence and Social Theory*, London, Routledge; Robertson, Isabelle L. (2017), “Designing Methuselah: An Ethical Argument Against Germline Genetic Modification to Prolong Human Longevity”, *Journal of Medical Ethics*, 0, 1-3.

e praticados<sup>57</sup>.

D. A ética pandêmica, a converter, no espaço de poucos dias ou semanas, inócuos debates acadêmicos em urgências de política nacional e internacional: seja a defesa da ciência e da biosegurança face a desconfianças generalizadas de origem “hubrística” da pandemia (a hipótese de fuga laboratorial, os riscos aparentemente excessivos da pesquisa do “*gain-of-function*” em vírus); seja a definição daquilo em que consiste um “estado de emergência” para efeitos de derrogação de princípios gerais, por exemplo no racionamento e na triagem de recursos que de súbito ficam criticamente escassos (os ventiladores, em concreto), tornando praticáveis critérios que, em abstracto, não se tinha percebido que, em casos-limite, pudessem excluir idosos ou deficientes, ou na adopção de padrões mais restritivos, e até civicamente condicionantes, de vigilância epidemiológica; seja o caso da universalidade e obrigatoriedade da vacinação, em contextos de aguda assimetria informativa, de falta de tempo para precauções habituais, e de incompreensão generalizada dos resultados sub-óptimos do “*free-riding*” sobre externalidades positivas e bens públicos; seja o conflito da propriedade intelectual, e suas salvaguardas jurídicas, com os ditames da justiça global no combate às desigualdades de recursos; seja a justificação das quarentenas e dos confinamentos, em termos de justificação, fundamento, proporcionalidade de sacrifícios com benefícios, e até idoneidade político-ideológica da coerção inerente aos confinamentos; seja, por fim, o esclarecimento das razões do abandono do modelo habitual de experimentação, antecipando-se o início dos ensaios clínicos e admitindo-se “*human challenge trials*”, com inoculação de voluntários saudáveis com o patogénico, reabrindo o debate sobre disponibilidade e limites à tomada

---

<sup>57</sup> Boylan, Michael & Wanda Teays (orgs.) (2022), *Ethics in the AI, Technology, and Information Age*, Lanham MD, Rowman & Littlefield; Boddington, Paula (2023), *AI Ethics. A Textbook*, Singapore, Springer; Rubeis, Giovanni (2024), *Ethics of Medical AI*, Cham, Springer.

individual de risco<sup>58</sup>.

E. A expansão de soluções de cuidados terminais e de morte assistida, por exemplo pelo alastramento da “assistência” a casos pediátricos (como se admite no “Protocolo de Groningen”<sup>59</sup>), ou a casos não-terminais com degradação extrema de “qualidade de vida” (como passou a admitir-se, no meio de intensa polêmica, no regime MAID do Canadá, questionando-se se a “qualidade de vida” não poderá confundir-se com “standard de vida”, passando a admitir ponderações sociais, sobre pobreza, exclusão, falta de suporte à pobreza ou à deficiência, ou falta de palição adequada), e abarcando ainda situações de eutanásia passiva associadas à recusa consciente de alimentação e hidratação (VSED, *Voluntary Stopping of Eating and Drinking*)<sup>60</sup>.

F. As intervenções neurológicas, terapêuticas ou “ampliativas”, e suas implicações neuroéticas, seja a implantação de interfaces susceptíveis de impactar na identidade pessoal, na auto-consciência, na privacidade “cerebral”, na autonomia cognitiva, no consentimento<sup>61</sup>; seja a afirmação de redutos de liberdade, ou no emprego do “*enhancement*” cognitivo, ou na sua recusa, ou nas implicações do seu uso discriminado entre populações, ou segmentos populacionais – a questão dos “*neurorights*”, já consagrado nalgumas ordens jurídicas –<sup>62</sup>; sejam os proble-

---

<sup>58</sup> Dennis, Matthew J., Georgy Ishmaev, Steven Umbrello & Jeroen van den Hoven (orgs.) (2022), *Values for a Post-Pandemic Future*, Cham, Springer; Barbosa, Evandro (org.) (2023), *Moral Challenges in a Pandemic Age*, New York, Routledge; Wilkinson, Dominic & Julian Savulescu (orgs.) (2023), *Pandemic Ethics: From COVID-19 to Disease X*, Oxford, Oxford University Press; Gordijn, Bert & Henk ten Have (2021), “COVID-19 and the Ethics of Human Challenge Trials”, *Medicine, Health Care and Philosophy*, 24, 1-2.

<sup>59</sup> Verhagen, A.A. Eduard (2013), “The Groningen Protocol for Newborn Euthanasia; Which Way Did the Slippery Slope Tilt?”, *Journal of Medical Ethics*, 39, 293-295.

<sup>60</sup> Kotalik, Jaro & David W. Shannon (orgs.) (2023), *Medical Assistance in Dying (MAID) in Canada. Key Multidisciplinary Perspectives*, Cham, Springer; Pope, Thaddeus Mason (2019), “Whether, When, and How to Honor Advance VSED Requests for End-Stage Dementia Patients”, *The American Journal of Bioethics*, 19/1, 90-92.

<sup>61</sup> Moreno, Jonathan D. & Jay Schulkin (2020), *The Brain in Context. A Pragmatic Guide to Neuroscience*, New York, Columbia University Press.

<sup>62</sup> Farahany, Nita A. (2023), *The Battle for Your Brain. Defending the Right to Think*

mas de alteração de personalidade, e de autenticidade, e de indução de “memórias falsas”, quer por terapias com esse efeito secundário, quer por estimulação cerebral profunda, ou ainda os problemas de consciência encoberta (“*covert awareness*”) em estados vegetativos ou de percepção mínima, que separam a auto-consciência plena, de um lado, da morte cerebral, de outro<sup>63</sup>; seja, por fim, o recurso a psicadélicos em terapias (da psilocibina, da cetamina, do MDMA, da Lykos), através da ponderação de custos e benefícios relativos à modificação, ou perda, de identidade, de autonomia e de consentimento<sup>64</sup>.

G. Os progressos tecnológicos na assistência à reprodução humana e na investigação em embriões humanos, seja no alargamento dos limites temporais de definição do que são embriões e pré-embriões para efeitos de legitimação do seu emprego na investigação, seja no recurso a estruturas derivadas de células estaminais que podem não chegar a constituir “embriões”, sendo considerados “embriões sintéticos” (SHEEFs, blastóides e modelos embrionários integrados), contornando as limitações à investigação sobre eles; seja o rastreio poligénico pré-

---

*Freely in the Age of Neurotechnology*, New York, St. Martin’s Press; López-Silva, Pablo & Luca Valera (orgs.) (2022), *Protecting the Mind. Challenges in Law, Neuro-protection, and Neurorights*, Cham, Springer; Lighthart, Sjors, Marcello Ienca, Gerben Meynen, Fruzsina Molnar-Gabor, Roberto Andorno, Christoph Bublitz, Paul Catley, Lisa Claydon, Thomas Douglas, Nita Farahany, Joseph J. Fins, Sara Goering, Pim Haselager, Fabrice Jotterand, Andrea Lavazza, Allan McCay, Abel Wajnerman Paz, Stephen Rainey, Jesper Ryberg & Philipp Kellmeyer (2023), “Minding Rights: Mapping Ethical and Legal Foundations of ‘Neurorights’”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 32/4, 461-481.

<sup>63</sup> Graham, Mackenzie (2017), “A Fate Worse Than Death? The Well-Being of Patients Diagnosed as Vegetative With Covert Awareness”, *Ethic Theory and Moral Practice*, 1-16; Taylor, Nicola, Mackenzie Graham, Mark Delargy & Lorina Naci (2020), “Memory During the Presumed Vegetative State: Implications for Patient Quality of Life”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 29, 501-510.

<sup>64</sup> Caso, Irene de (2025), *Psychedelics and Mental Health: Neuroscience and the Power of Psychoactives in Therapy*, Rochester VT, Park Street Press; Hartogsohn, Ido (2018), “The Meaning-Enhancing Properties of Psychedelics and Their Mediator Role in Psychedelic Therapy, Spirituality, and Creativity”, *Frontiers in Neuroscience*, 12/129, 1-5.

implantatório de embriões, reacendendo as chamas da polémica sobre a eugenia, visto que o rastreio se reporta a traços de “qualidade” da prole<sup>65</sup>; seja no inesgotável tema do aborto, em função de constantes avanços e recuos políticos, ideológicos, e sobretudo jurídicos (pense-se nas implicações do acórdão *Dobbs*, de 2022, nos EUA)<sup>66</sup>; sejam ainda as fronteiras da gametogénese in vitro (a produção de gâmetas artificiais a partir de células espermáticas, potencialmente permitindo a reprodução biológica entre pessoas do mesmo sexo, ou mesmo a reprodução individual<sup>67</sup>) ou do transplante de útero, ou futuramente a gravidez extra-uterina, naquilo que implicam de desligamento dos parâmetros conhecidos da reprodução humana, com as suas potencialidades e os seus riscos (novamente, também o da irreversibilidade).

H. Os desenvolvimentos tecnológicos na área dos transplantes, seja nos nunca encerrados debates sobre a morte cerebral (reavivados após a revisão do norte-americano “*Uniform Determination of Death Act*”<sup>68</sup>) e sobre as actuais práticas de “perfusão regional normotérmica” (de restabelecimento de

---

<sup>65</sup> Lázaro-Muñoz, Gabriel, Stacey Pereira, Shai Carmi & Todd Lencz (2020), “Screening Embryos for Polygenic Conditions and traits: Ethical considerations for an Emerging Technology”, *Genetics in Medicine*, 1-3.

<sup>66</sup> Cohen, David S. & Carole Joffe (2025), *After Dobbs: How the Supreme Court Ended Roe but Not Abortion*, Boston MA, Beacon Press; Suter, Sonia M. & Laura Hercher (2023), “Reproductive Genetic Medicine in a Post-Dobbs World: Will it Make Life Harder for People with Genetic Disease?”, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 51, 511-517; Manninen, Bertha Alvarez (2023), “A Critical Analysis of *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* and the Consequences of Fetal Personhood”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 32/3, 357-367; Rigby, Bricann & Xavier Symons (2023), “Abortion, Euthanasia, and the Limits of Principlism”, *Medicine, Health Care and Philosophy*, 26/4, 549-556.

<sup>67</sup> Gyngell, Christopher, Julian Savulescu & Tsutomu Sawai (2026), *Revolutionizing Reproduction. The Ethical Landscape of In Vitro Gametogenesis*, Oxford, Oxford University Press; Notini, Lauren, Christopher Gyngell & Julian Savulescu (2019), “Drawing the Line on In Vitro Gametogenesis”, *Bioethics*, 00, 1-12.

<sup>68</sup> Shewmon, D. Alan (2021), “Statement in Support of Revising the Uniform Determination of Death Act and in Opposition to a Proposed Revision”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, 1-35.

circulação em órgãos sem restabelecimento de circulação cerebral); seja no reforço da disponibilização de órgãos por sistemas de “*opting-out*” e pela constituição de mercados organizados de órgãos – no confronto com a proliferação de tráfico clandestino de órgãos e de “turismo de transplantes” –; seja nas questões de xenotransplantação, a envolverem ética animal por causa da instrumentalização, mas também problemas de compatibilidade, tolerância, consentimento, e até de zoonoses<sup>69</sup>.

I. O apoio da tecnologia ao “aperfeiçoamento estrutural” de indivíduos (o “*human enhancement*”), seja em termos de aperfeiçoamento cognitivo e moral (desigualmente distribuído<sup>70</sup>), seja em alongamento do arco de vida individual (com ensaios com rapamicina e agentes senolíticos), seja ainda no desenvolvimento de soluções de “*crionica*” e de imortalidade digital, rumo ao “transumanismo”, ou “*pós-humanismo*” – tornando pertinente que se questione premissas quiçá sub-analisadas, como a de que o envelhecimento é uma patologia em si mesmo, ou de que o prolongamento da vida (e não da juventude, como a Sibila de Cumas se esqueceu de pedir a Apolo) é desejável, para o indivíduo ou para a sua comunidade<sup>71</sup>.

J. A relação com outras espécies animais, seja no que respeita às xenotransplantações (e às “*quimeras*” de embriões inter-espécie, ou de desenvolvimento de células humanas em tecidos de outros animais); seja no que respeita à produção sintética de carne a partir de tecidos, tornando desnecessário o abate de indivíduos vivos; seja no que respeita aos modelos e sucedâneos susceptíveis de tornarem desnecessário o recurso a indivi-

---

<sup>69</sup> Bobier, Christopher, Adam Omelianchuk & Daniel J. Hurst (2026), *Exploring the Ethics of Clinical Xenotransplantation*, New York, Routledge.

<sup>70</sup> Persson, Ingmar & Julian Savulescu (2012), *Unfit for the Future. The Need for Moral Enhancement*, Oxford, Oxford University Press.

<sup>71</sup> Jorion, Paul (org.) (2022), *Humanism and Its Discontents. The Rise of Transhumanism and Posthumanism*, Cham, Palgrave Macmillan; Goundrey-Smith, Stephen (2023), *Transhumanism, Ethics and the Therapeutic Revolution: Agents of Change*, London, Routledge; Sherbert, Michael G. (2026), *Deconstructing Transhumanism. A Religion Without Religion*, London, Routledge.



duos como cobaias; seja ainda na definição inter-espécies do que seja “animal”, ou “animal senciente”, na medida em que sínteses laboratoriais permitam provocar actividade neuronal organizada em “organóides cerebrais”, organóides cujo estatuto moral começa a ser problematizado<sup>72</sup>.

K. Os temas dos biobancos, da privacidade e dos dados – seja no contexto da “genómica de consumo” quando há fuga de informação (os casos *23andMe* e *Golden State Killer*)<sup>73</sup>; seja no uso inadvertido de dados de saúde pela IA; seja nos temas de propriedade de material genético, e de partilha de benefícios associados a essa propriedade, como no caso paradigmático da linhagem HeLa, as células cancerosas imortais de Henrietta Lacks<sup>74</sup>.

Aqui está, muito sinteticamente enumerado, um conjunto (incompleto) de problemas crescentes, ou recorrentes, que desafiam o protagonismo exclusivo, hegemónico, do “princípalismo”, convocando, na sua complexidade, até nalguma intratabilidade, uma aliança de perspectivas internas da Bioética – e todo o tipo de ajudas externas, da ciência e da Ética.

Bastará uma amostra, mais directa e provocatória, de algumas das questões suscitadas para percebermos a extensão e complexidade das dúvidas que têm vindo a instalar-se e a adensar-se ao mesmo ritmo do progresso tecnológico:

- O envelhecimento constitui, em si mesmo, um problema ético que a Medicina deva procurar eliminar?
- O aperfeiçoamento cognitivo pode comprometer a identidade pessoal?

---

<sup>72</sup> Evans, John H. (2024), *Disembodied Brains. Understanding Our Intuitions on Neuro-Chimeras and Human-Brain Organoids*, Oxford, Oxford University Press.

<sup>73</sup> Hayden, Erika Check (2017), “The Rise, Fall and Rise Again of 23andMe. How Anne Wojcicki Took the Start-Up Firm from the Brink of Failure to Scientific Pre-eminence”, *Nature*, 550 (12/10/2017), 174-177; Rae-Venter, Barbara (2023), *I Know Who You Are. How an Amateur DNA Sleuth Unmasked the Golden State Killer and Changed Crime Fighting Forever*, New York, Ballantine Books.

<sup>74</sup> Skloot, Rebecca (2010), *The Immortal Life of Henrietta Lacks*, New York, Crown Publishing.

- Deve alguma forma de aperfeiçoamento hereditário da linha germinal ser permitida?
- Podemos atribuir, às gerações futuras, direitos que sejam oponíveis às gerações presentes?
- Pode um organóide cerebral possuir estatuto moral?
- Que grau de evidência de sciência bastará para justificar protecção moral?
- Pode a inteligência artificial ser encarada pela Medicina como mais do que um instrumento?

A questões podem prolongar-se, numa sequência infinita.

Todos estes problemas são reais, relevantes, conquanto uns sejam mais salientes do que os outros: mas todos reclamam solução efectiva, solução “forte”, que não se compadece de simples “mantras”, ou de mecânicas esquemáticas de especificação e balanceamento da tetralogia – porque a Bioética tem de continuar a sair do seu casulo pedagógico, e travar combates que reclamam, para serem travados, não as armas originais, não as armas de instrução, mas todas as armas disponíveis, de todas as proveniências.

Como observava pragmaticamente um estratega na transição do século XX para o século XXI, vai-se para a guerra não com o que se desejaria ter, mas com o que se tem.

## 8. O PAPEL DA TEORIA – E A NAVALHA DE OCCAM

Não questionámos o pendor teórico da Bioética quando colocámos em confronto as ideias que querem apoderar-se da respectiva identidade – mas seria inteiramente legítimo questioná-lo, e reconhecer que, em todas as criações humanas, como esta, a teoria ocupa um lugar contingente e variável, um pouco ao sabor de uma miríade de vectores que compõem uma época e lhe fornecem, e validam, e depois invalidam, os artefactos cul-

turais.

A ideia de que a Bioética tem direito a uma identidade teórica própria é, também ela, problemática:

- seja porque, como mencionámos no início, há quem entenda que não há mais do que uma prática cristalizada num “ponto de vista interno” que convoca alicerces mais remotos por uma questão de prestígio e de fundamentação, mas poderia (e nalguns casos deveria) pragmaticamente dispensar tais alicerces;
- seja porque há quem entenda que, na ética aplicada, se dispensa toda a “mediação sectorial”, e os princípios teóricos da Ética (da “*high moral theory*”) podem, e devem, ser aplicados imediatamente, sempre que sejam convocados – e precisamente pela razão que são eles, e não “patamares intermédios”, que são convocados.

Uma interposição de “*mid-level approaches*” apenas criaria, ou agravaria, assim, a clivagem entre os planos teórico e prático.

E depois, ainda nos domínios filosóficos, há uma velha tradição céptica que recusa, à teoria, a presidência dos factos que para ela reclamam... os teóricos (aqueles que pretendem, através da teoria, presidir aos factos).

É salutar não perdermos totalmente de vista essa visão céptica, ou anti-teórica.

Uma teoria será um acervo de conhecimentos, e um método de expansão criteriosa desse acervo, assente em crenças revisíveis, e regras e princípios de organização, sistematização, ampliação e eliminação dessas crenças, formulados explicita e transparentemente, com um modo de argumentação próprio, ambicionando a universalização indutiva das suas crenças através da adopção de um determinado grau de generalidade e abstracção.

No domínio da bioética académica ou de investigação, é possível uma congruência liberta dos constrangimentos práticos

inerentes à tomada de decisões clínicas, ou à elaboração de políticas públicas.

E, mesmo assim, cabe a interrogação acerca do que vale a congruência no contexto de uma “ética aplicada”, que pretensamente consiste na tradução prática de uma teoria que é, em si mesma, compacta, internamente congruente, e portanto não reclama uma ulterior congruência, esta do contacto com uma prática – um ideal inatingível na medida em que se reconheça que a simples subsunção a princípios se esbarra, desde logo, com a falta de consenso na definição do que seja a questão moral que reclama a “aplicação” da teoria<sup>75</sup>, além de que desconsidera o contributo vital que uma prática profissional, com a sua própria deontologia, pode dar, por feedback, ao enriquecimento das teorias éticas – pressupondo erradamente, em suma, que existe um fluxo unidirecional de influência, exclusivamente da teoria para a prática.

Na verdade, descontada a soberba da *turris eburnea* da Ética auto-descrita como “pura”, o praticante da “Ética aplicada” faz aquilo que faz qualquer outro eticista ou filósofo: manipula e analisa conceitos e testa-os no confronto com os factos, porque é com estes que se alimenta e expande o acervo de conhecimentos em que consiste qualquer teoria, até a pretensamente mais abstracta<sup>76</sup>.

Por um outro prisma, há que reconhecer que a ética aplicada regista, com frequência, um menor grau de desacordo do

---

<sup>75</sup> Caplan, Arthur L. (1980), “Ethical Engineers Need Not Apply: The State of Applied Ethics Today”, *Science, Technology, & Human Values*, 6/33, 24-32; Caplan, Arthur L. (1989), “Moral Experts and Moral Expertise: *Do Either Exist?*”, in Hoffmaster, Barry, Benjamin Freedman & Gwen Fraser (orgs.) (1989), *Clinical Ethics: Theory and Practice*, Clifton NJ, Humana Press, 59-87; Agich, George J. (2001), “The Question of Method in Ethics Consultation”, *American Journal of Bioethics*, 1/4, 31-41; Magelssen, Morten, Reidar Pedersen & Reidun Førde (2016), “Four Roles of Ethical Theory in Clinical Ethics Consultation”, *The American Journal of Bioethics*, 16/9, 26-33.

<sup>76</sup> Beauchamp, Tom L. (1984), “On Eliminating the Distinction Between Applied Ethics and Ethical Theory”, *Monist*, 67/4, 514-531.

que a ética das regras morais – o que prova, para lá da circunscrição de as regras não existirem independentemente da sua aplicação, que esta “aplicação de regras” não é unilateral nem linear, e que é frequentemente a prática que, impondo-se, impede a eternização ou reacendimento das querelas abstractas<sup>77</sup>, naquilo que já se designou por “*ethics of discretion*”, o corte lógico que permite consenso relativamente a problemas práticos entre pensadores cujas posições teóricas são radicalmente distintas<sup>78</sup> – o que também já tem sido atribuído a um “*reflective equilibrium*” que reflui da prática para os princípios, fechando, por feedback da prática para a teoria, o círculo iniciado pela intenção “aplicativa de regras morais”<sup>79</sup>.

A Bioética está longe de estar cingida às teses da ética aplicada e às ambições comedidas do “*mid-level theorizing*”; pelo contrário, as grandes teorias morais fizeram frequente irrupção no desenho da Bioética, ditando opções influentes, clarificando posições e implicações, resgatando alguns entendimentos da penumbra do sincretismo.

Mais concretamente, quando a Bioética começou a afirmar-se como disciplina, nos anos 70 do século XX, tudo parecia apontar para uma proeminência de teorias morais e de filósofos morais – uma esperança que ainda hoje se reflecte em textos introdutórios, que fazem preceder a referência a especificidades temáticas de uma alusão detalhada à “*high theory*” da Ética.

E sem dúvida que alguma dessa “alta teoria” deixou marca na evolução até hoje: a abordagem utilitarista de Joseph Fletcher a muitas das questões políticas suscitadas pela Bioética<sup>80</sup>, a preferência pelo contratualismo e o centramento no con-

---

<sup>77</sup> MacIntyre, Alasdair (1984), “Does Applied Ethics Rest on a Mistake?”, *Monist*, 67/4, 498–513.

<sup>78</sup> Toulmin, Stephen (1981), “The Tyranny of Principles”, *The Hastings Center Report*, 11/6, 31–39.

<sup>79</sup> Arras, John D. (2007), “The Way We Reason Now: Reflective Equilibrium in Bioethics”, in Steinbock, Bonnie (org.) (2007), *Oxford Handbook of Bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 46–71.

<sup>80</sup> Fletcher, Joseph F. (1974), *The Ethics of Genetic Control: Ending Reproductive*

sentimento informado que nasceram do Kantianismo de Alan Donagan<sup>81</sup>, o contraponto à predisposição regulatória e distributivista que se contém na crítica libertária de Tristram Engelhardt<sup>82</sup>, entre muitos outros.

Compreende-se: a Ética empresta estruturação e sistematização às nossas orientações e deliberações morais, e fornece justificação aos nossos actos já consumados: ou seja, representa a última instância de apoio ao que pretendamos fazer, e de defesa daquilo que já tenhamos feito.

A nossa aceitação dessas grandes teorias morais dispensa até qualquer conciliação ou ponderação, como a que é admitida, ou até reclamada, pelo nível intermédio do “principalismo”: podemos aderir incondicionalmente a uma delas, e agir em estrita coerência com aquela a que tenhamos aderido, confiantes de que ela nos fornecerá um padrão normativo que permita ponderar regras a jusante da teoria, e adjudicar “*top-down*” entre essas regras<sup>83</sup>.

Além de que a coesão lógica interna que postulamos nas teorias gerais conforta-nos e educa-nos, faz transparecer, mesmo que através de uma margem de artificialidade e de convenção, os benefícios da sistematicidade e coerência da nossa própria conduta – o que pode ser particularmente relevante na área da Bioética, que não se furta a encarar, e problematizar, situações que desafiam ao extremo a solidez das nossas convicções, e não somente as convicções éticas<sup>84</sup>.

---

Roulette, New York, Anchor Books.

<sup>81</sup> Donagan, Alan (1977), “Informed Consent in Therapy and Experimentation”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, 2/4, 307-329.

<sup>82</sup> Engelhardt Jr., H. Tristram (1996), *The Foundations of Bioethics*, 2.<sup>a</sup> ed., New York, Oxford University Press.

<sup>83</sup> Nussbaum, Martha C. (2000), “Why Practice Needs Ethical Theory: Particularism, Principle, and Bad Behaviour”, in Hooker, Brad & Margaret Olivia Little (orgs.) (2000), *Moral Particularism*, Oxford, Clarendon, 227-255; Flynn, Jennifer (2020), “Theory and Bioethics”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

<sup>84</sup> Gert, Bernard, Charles M. Culver & K. Danner Clouser (2006), *Bioethics: A Systematic Approach*, 2.<sup>a</sup> ed., New York, Oxford University Press.

O “principlismo” entendeu que, a aceitar-se que a Bioética pudesse desenvolver-se sob a presidência de teorias morais, isso poderia conduzir, a breve trecho, a um impasse, ditado pela existência de teorias concorrentes<sup>85</sup>; mesmo que só houvesse que optar entre consequencialismo e deontologismo, e escamoteássemos as demais “grandes teorias” que podem entrar em jogo, cedo reconheceríamos que é possível desferir ataques sérios a uma das teorias a partir de outra, e reciprocamente, especialmente no momento de confrontar cada uma delas com situações difíceis ou dilemáticas; cedo constataríamos que nenhuma das grandes teorias se notabiliza pela coesão interna que pode aparentar quando vista de fora; e seríamos forçados a reconhecer que, no mundo real, as decisões, sobretudo as colectivas, não reclamam que todos disponham do mesmo grau de sofisticação cultural filosófica, e menos reclamam ainda quem entre possuidores do mesmo grau de sofisticação, exista um consenso teórico.

E o “principlismo” assinalou que, no espaço público de sociedades abertas, toda a justificação (logo, também a da Bioética) deve ser democrática, ou seja, deve descer da “alta teoria” para o nível de “impressão do destinatário” correspondente ao cidadão comum, com o objectivo de que ele esteja adequadamente informado no momento de consentir<sup>86</sup>. Assim sendo, e por mais que pudéssemos lamentar a trivialização, e a simplificação mutiladora, que a ideologia geralmente representa em relação às bases da “alta teoria”, impunha-se reconhecer que a prática moral não requer, nem deve requerer, uma formação filosófica efectiva – e que a sofisticação filosófica pode, pelo contrário, representar um entrave à deliberação moral, em especial à

---

<sup>85</sup> Magelssen, Morten, Reidar Pedersen & Reidun Førde (2016), “Four Roles of Ethical Theory in Clinical Ethics Consultation”, *The American Journal of Bioethics*, 16/9, 27.

<sup>86</sup> Bertram, Christopher (1997), “Political Justification, Theoretical Complexity, and Democratic Community”, *Ethics*, 107/4, 563-583; London, Alex John (2001), “The Independence of Practical Ethics”, *Theoretical Medicine*, 22/2, 87-105.

deliberação colectiva.

Poderíamos nós, em contrapartida a estas intuições “principialistas”, apelar à nossa racionalidade, à faculdade de julgarmos, para estabelecer, e defender em “tempos difíceis”, essa ponte entre teoria e prática, sem confiá-la aos edificadores de “estratos normativos intermédios”?

Veremos que podíamos, e podemos. Mas o “principialismo” não confiou nessa solução.

Pelo contrário, o “principialismo” enfatizou que o recurso directo às grandes teorias morais pressupõe, naquilo que poderíamos designar por “ilusão axiomática”, que elas estão aptas a um “desdobramento dedutivo” de que resultaria a cobertura plena, sem lacunas, e sistemática, sem contradições, de todo o universo de problemas que convocam a nossa moralidade – sendo que o facto é que normalmente se regista o contrário, ou seja, incompletudes e incongruências nas respostas, muito particularmente quando estão em causa deliberações colectivas, como no caso da formulação de políticas públicas num contexto democrático<sup>87</sup>.

Foi a representação de dificuldades destas, experimentadas ou meramente antecipadas, conjugada com um velado “pessimismo antropológico” que não confiou na racionalidade individual, que criaram o espaço que veio a ser ocupado pelo “principialismo”, como a mais bem sucedida das abordagens normativas de nível intermédio, de “*mid-level theorizing*”.

Incidentalmente, poderá acrescentar-se que os próprios autores, Beauchamp e Childress, representam um compromisso pragmático entre visões teóricas distintas, que só se compatibilizam ao nível intermédio dos “princípios”, sem “contaminarem”, a montante, as referências teóricas iniciais: Beauchamp

---

<sup>87</sup> Gutmann, Amy & Dennis Thompson (1996), *Democracy and Disagreement*, Cambridge MA, Belknap Press; Daniels, Norman (1996), *Justice and Justification: Reflective Equilibrium in Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 144-175; Daniels, Norman (2008), *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*, Cambridge, Cambridge University Press, 103-139.



um utilitarista, Childress um deontologista, ambos preocupados em resgatar a Bioética de uma influência teórica inicial que era muito tributária da teologia moral cristã (Joseph Fletcher, Paul Ramsey), e portanto menos susceptível de concitar consensos em sociedades pluralistas e seculares (senão mesmo militantemente secularistas)<sup>88</sup>.

O “*mid-level theorizing*” pretendia, portanto, evitar que uma única teoria moral ficasse privilegiada em detrimento de todas as restantes, evitando que a sua adoção exigisse a aceitação prévia de qualquer compromisso teórico ou metafísico específico<sup>89</sup>.

Como referimos, o “principlismo” é susceptível de formulações crescentemente sofisticadas, que foram também sendo adoptadas, por sua vez, nas sucessivas edições do manual de Beauchamp e Childress: desde a unilateralidade “*top-down*” que faz, dos princípios, emanções da teoria, e por sua vez justificações das regras morais que são aplicadas aos casos particulares, passando pelo “(*wide*) *reflective equilibrium*” que admite que as nossas respostas ponderadas a casos reais influenciem os princípios morais que adoptamos, estabelecendo uma relação recíproca, e uma dialéctica, entre as respostas aos casos concretos e os princípios morais, e terminando numa teoria híbrida de justificação moral que combina *coerentismo* (o resultado do “*reflective equilibrium*”) e *fundacionalismo* (através da referência à “moralidade comum”, um quadro normativo a que alegadamente adeririam espontaneamente – como se se tratasse de uma “evidência” – todas as pessoas genuinamente comprometidas com a moralidade<sup>90</sup>).

Nenhuma da sofisticação crescente desmente a vocação pluralista do “principlismo”, vocação que foi preservada e me-

---

<sup>88</sup> Jonsen, Albert R. (1998), *The Birth of Bioethics*, Oxford, Oxford University Press.

<sup>89</sup> Lee, Marvin J.H. (2010), “The Problem of ‘Thick in Status, Thin in Content’ in Beauchamp and Childress’ Principlism”, *Journal of Medical Ethics*, 36, 525-528.

<sup>90</sup> Arras, John D. (2017), *Methods in Bioethics: The Way We Reason Now*, (James Childress & Matthew Adams, eds.), New York, Oxford University Press, 21–23.

receu ao “principlismo”, por isso, as críticas de ausência de sistematicidade<sup>91</sup>.

Em contrapartida, é o “principlismo” que reina ainda, incontestado, na ética clínica, nos modelos de consenso, autoritário ou de facilitação<sup>92</sup>; e isto porque, como frisámos anteriormente, a invocação directa da “alta” teoria moral pode constituir um entrave ao consenso e à prática ética, pelo que a adopção de uma tetralogia esquemática, didáctica e intermédia, pode facilitar a prática ética que seja pragmaticamente satisfatória<sup>93</sup>, ainda que se preste, no plano mais abstracto, às críticas que mencionámos – o que, por sua vez, parece aconselhar que, alcançados consensos, eles não devem dispensar um esforço de contínuo aprofundamento e refinamento dos conhecimentos éticos em todas as áreas relevantes para a Bioética<sup>94</sup>.

Redesenhada, como o faz o “principlismo”, como um conjunto de pressupostos substantivos destinados a organizar a reflexão ética e como um compromisso com um determinado modo de raciocínio, a teoria moral recobra a sua essencialidade para a Bioética, devendo tomar-se como o seu elemento mais indispensável e central.

Mas a mais simples reflexão – de uma “vida (bioética) examinada” – denota a falta de um fundamento a essa “interposição normativa *mid-level*”, autorizando que se lhe aplique a “navalha de Occam”, para restituir, à nossa faculdade de julgar, toda a amplitude (desimpedida) na articulação entre a “alta teo-

---

<sup>91</sup> Gert, Bernard, Charles M. Culver & K. Danner Clouser (2006), *Bioethics: A Systematic Approach*, 2.<sup>a</sup> ed., New York, Oxford University Press.

<sup>92</sup> O “*pure consensus model*”, o “*authoritarian model*” e o “*ethics facilitation approach*”, tal como caracterizados pela *American Society for Bioethics and Humanities* (ASBH).

<sup>93</sup> Silva, Ana, Hernâni Caniço, Susana Rosa Lopes & Margarida Silvestre (2021), “Principlism in the Daily Practice of Family Medicine”, *Revista Portuguesa de Medicina Geral e Familiar*, 37, 214-221.

<sup>94</sup> Omelianchuk, Adam, Joanna Smolenski, Holland Kaplan, Matthew Shea, Jared N. Smith, Trevor Bibler, Claire Horner & Janet Malek (2026), “Reflecting on Principlism: Explaining, But Not Guiding, Clinical Ethics Analysis”, *The American Journal of Bioethics*, 26/3, 19-25.

ria” e a deliberação moral concreta.

É que a “vida examinada” de um agente moral não exige menos do que uma tal liberdade.

## 9. ENTRETANTO, EM KÖNIGSBERG...

Herdeiros que somos da cultura iluminista, que dita ainda aquilo que formalmente se admite que seja uma fundamentação ética – até para efeitos da sua aceitação pelo Direito e pela Política –, importa procedermos a uma ponderação do “principialismo” junto dessa matriz histórica, no topo da qual pontificou, e pontifica, a ética kantiana.

Immanuel Kant não se preocupa verdadeiramente com a génese da nossa conduta, com os processos psicológicos e consuetudinários de que emergem, no seu contexto concreto e na sua historicidade, as regras dessa conduta.

O seu foco é estritamente normativo e “transcendental”, ou seja, diz respeito a condições de validação e optimização que sejam ditadas pela razão, sem estarem condicionadas ou “contaminadas” pelas considerações de ordem prática – que, sendo reais, efectivas, operantes, contudo não se auto-validam, e, portanto, requerem uma instância judicativa que lhes seja superior, e seja independente delas.

É neste sentido preciso que floresceram, no seio dos movimentos neokantianos, diversas “teorias puras”.

Nesse sentido, Kant nada teria a objectar, no plano “psicologista”, à interposição, entre a “lei moral” e a prática, de um “bordão principialista”, destinado a apoiar a decisão de pessoas cujas sondagens interiores não lhes tivessem franqueado a porta da linguagem racional dos imperativos.

Decerto, o “mago de Königsberg” não defenderia um “dedutivismo mecânico” a partir de imperativos, no sentido de aplicação, tão directa quanto possível, da lei moral aos casos concretos – desconsiderando o papel que a prudência desempe-

nha na formação efectiva da nossa conduta.

Na verdade, em 1797, na segunda parte da *Metafísica dos Costumes*, os *Primeiros Fundamentos Metafísicos da Doutrina da Virtude*, abreviadamente *Doutrina da Virtude*<sup>95</sup>, Kant reconhece o papel da casuística (pontuando a sua exposição com questões, *Kasuistische Fragen*<sup>96</sup>) e da faculdade de julgar (*Urteilskraft*) na génese das regras que efectivamente adoptamos na nossa conduta.

Especificamente, a casuística é um bom “campo de treino” para o exercício das faculdades judicativas, para aumentar a nitidez da nossa percepção da relevância ética e para aperfeiçoar a aplicação da lei<sup>97</sup> – mas dela não nascem máximas novas, e dela não nasce, e nela não morre, a lei moral<sup>98</sup>.

O decisivo, contudo, é que ele nega autoridade moral própria, no sentido de legitimação e de fundamentação, a qualquer outra sede que não seja a lei moral fundamental, cuja ex-

---

<sup>95</sup> Kant, Immanuel (1797), *Die Metaphysik der Sitten. Zweyter Theil. Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*, Königsberg, Nicolovius (Kants gesammelte Schriften, Akademie-Ausgabe, AA 6: 373–493).; Thomas E. Hill Jr. (2012), “Kant’s Tugendlehre as Normative Ethics”, em *Virtue, Rules, and Justice* (2012)

<sup>96</sup> AA 6, 423–424, 426, 428, 431, 434, 437, 454, 458.

<sup>97</sup> “Neste ensino moral de carácter catequético, seria extremamente útil ao desenvolvimento moral do discípulo suscitar algumas questões casuísticas na análise de cada dever, e fazer com que as crianças reunidas pusessem à prova o seu entendimento, convidando cada uma a dizer como resolveria o problema delicado que lhe fosse apresentado. A vantagem deste método reside não apenas no facto de constituir um cultivo da razão particularmente adequado às capacidades dos espíritos ainda não desenvolvidos (pois as questões relativas ao que é o dever podem ser decididas muito mais facilmente do que as questões especulativas), sendo, por isso mesmo, o meio mais apropriado para aguçar, em geral, o entendimento dos jovens. A sua principal vantagem consiste, sobretudo, em que é natural ao ser humano estimar uma matéria que, pelo seu próprio exercício, transformou numa ciência (na qual se tornou agora competente); e, assim, por meio deste género de prática, o discípulo é levado, quase sem se aperceber, a adquirir um interesse pela moralidade” - Immanuel Kant, *Doutrina da Virtude*, AA 6, 483.

<sup>98</sup> Ramsauer, Laurenz (2026), “Kant’s Casuistical Questions”, *Journal of Modern Philosophy*, 8, 1–19; Vaccarino Bremner, Sabina (2023), “Practical Judgment as Reflective Judgment: On Moral Salience and Kantian Particularist Universalism”, *European Journal of Philosophy*, 31/3, 600–621.

pressão rematada é o imperativo categórico, pelo que, ou os “princípios intermédios”, como aqueles de que temos vindo a considerar, são meros corolários, “explicações”, da lei moral fundamental, ou são, pelo contrário, tentativas (vãs) de destruir a universalidade da Ética e a unidade da razão prática.

Nesta segunda possibilidade, o “principlismo” seria um misto de ruído e ambiguidade, aditado à função policiadora da nossa conduta que é cometida à Ética; tentando permitir, contra ela, uma “dissolução contextualizadora”, uma concorrência interna entre fundamentos, o impasse judicativo ou a multiplicação de exceções.

Se a Ética reclama a unidade da razão prática, então a especificação e o “balanceamento” que o “principlismo” propõe são exercícios desnecessários e perigosos, seja na medida em que admitem conflitos entre simples corolários de uma única lei moral, seja na medida em que deixam subentendido que é possível concluir-se que uma “obrigação moral” é mais forte do que outra, arredando a mais “fraca”, ou dispensando dela o agente.

A própria “faculdade de julgar” é, para Kant, uma espécie de juiz que interpreta normas, mas não as cria – determina decisivamente se a lei universal é aplicável, ou não, ao caso concreto, mas não cria uma nova lei quando a lei universal não seja aplicável, como se houvesse uma multiplicidade de éticas, ou de princípios, susceptíveis de ponderação, vencendo – sempre de forma contingente – aquele que, na avaliação do aplicador, momentaneamente se revelasse o mais adequado.

De resto, já na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, em 1785<sup>99</sup>, Kant sustentara que está presente na consciência moral ordinária, disponível na intuição prática, aquilo que permite reconhecer racionalmente o imperativo categórico, e que, portanto, não é preciso doutrina filosófica alguma, ou a in-

---

<sup>99</sup> Kant, Immanuel (1785), *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Riga, Hartknoch (*Kants gesammelte Schriften*, Akademie-Ausgabe, AA 4: 385–463).

terposição de “estratos normativos”, a mediar entre o agente moral e as solicitações morais mais básicas, que nada têm de particularmente sofisticado, obscuro, esotérico ou iniciático – o que aliás se coaduna perfeitamente com o republicanismo, o contratualismo e o Rousseauianismo de Immanuel Kant<sup>100</sup>.

Não havendo nenhum “fosso” a transpor, para quê os apoios em instâncias intermédias?

Kant explicitara o seu entendimento do procedimento de aplicação da lei moral universal aos casos concretos da experiência no Capítulo “Da Tipologia da Faculdade de Julgar Pura Prática” da *Crítica da Razão Prática*, de 1788<sup>101</sup>, desenhando um procedimento de mediação entre o universal e o particular que tem paralelismo com a “doutrina do esquematismo” da *Crítica da Razão Pura*, procedimento no qual fica claro que é dispensável qualquer subconjunto de princípios de nível médio com conteúdo normativo próprio, visto que o procedimento se esgota em puro formalismo “policiador” (sobre as condições de compatibilidade *formal* com as formulações do imperativo categórico). Nas palavras de Kant:

*“Só o racionalismo da faculdade de julgar é adequado ao uso dos conceitos morais, pois nada retira da natureza sensível além daquilo que a própria razão pura também pode pensar por si mesma, isto é, a conformidade com a lei; e nada transfere para o supracensível senão aquilo que, inversamente,*

---

<sup>100</sup> “Assim, à questão de saber como é possível um imperativo categórico pode, efetivamente, responder-se na medida em que se pode indicar o único pressuposto sob o qual ele é possível, a saber, a ideia de liberdade, e igualmente na medida em que também se pode reconhecer a necessidade desse pressuposto, o que basta para o uso prático da razão, isto é, para a convicção da validade deste imperativo e, por conseguinte, também da lei moral. Mas como este próprio pressuposto é possível nunca poderá ser compreendido por qualquer razão humana. Todavia, sob o pressuposto da liberdade da vontade de um ser inteligente, a sua autonomia - enquanto condição formal sob a qual, e apenas sob a qual, essa vontade pode ser determinada - é uma consequência necessária.” - Immanuel Kant, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, AA 4: 461.

<sup>101</sup> “Von der Typik der reinen praktischen Urteilkraft”, in Kant, Immanuel (1788), *Kritik der praktischen Vernunft*, Riga, Hartknoch (*Kants gesammelte Schriften*, Akademie-Ausgabe, AA 5: 68ss. [1-163]).

*pode ser efectivamente manifestado pelas acções no mundo sensível, de acordo com a regra formal de uma lei da natureza em geral. É, porém, muito mais importante e aconselhável prevenir-se contra o empirismo da razão prática, pois o misticismismo ainda é compatível com a pureza e a sublimidade da lei moral (...)*

*O empirismo, pelo contrário, destrói pela raiz a moralidade das disposições de vontade (na qual, e não apenas nas acções, consiste o elevado valor que a humanidade pode e deve conquistar para si mesma por meio da moralidade) e substitui-a por algo inteiramente diverso, a saber, em vez do dever, por um interesse empírico, com o qual as inclinações, em geral, se encontram secretamente aliadas. Além disso, precisamente por essa razão, o empirismo apoia todas as inclinações, as quais (qualquer que seja o disfarce que assumam) degradam a humanidade quando são elevadas à dignidade de princípio prático supremo, e que, não obstante, são tão favoráveis ao modo comum de sentir de cada um que, por esse motivo, são muito mais perigosas do que qualquer entusiasmo, o qual jamais pode constituir uma condição duradoura para um grande número de pessoas”<sup>102</sup>.*

Pelo contrário, e como sabemos de uma das formulações do imperativo categórico, a questão a colocar, perante uma acção a reclamar validação, é formal: “pode a acção ser universalizada?” Não é, enfaticamente: “qual o princípio com mais peso para legitimar a conduta num determinado caso, já que, não havendo hierarquia entre princípios, estes se equivalem *prima facie*?”

O “princípioalista” soçobriria, pois, na “heteronomia” da prudência, entregue à fidelidade a princípios que serviriam de imperfeitos sucedâneos ao exercício pleno da sua razão prática – a razão “legisladora” capitularia perante o “*ersatz*” de uma prudência meramente convencional, a dos imperativos *hipotéticos*.

Ou seja, perante a manifesta distância entre a lei moral e o caso, o “princípioalismo”, fornecendo-nos um bordão psicoló-

---

<sup>102</sup> Immanuel Kant, *Crítica da Razão Prática*, AA 5:71.

gico, pretende dispensar a mediação da faculdade de julgar – descrente, porventura, de que a nossa razão prática seja capaz de percorrer, desapojada numa “heteronomia prudencial”, o caminho inteiro.

O “principalismo”, se não se resignasse a ser uma simples “heurística da faculdade de julgar”, seria, pois, um enfraquecimento desnecessário, e não-solicitado, da mesma unidade sistemática que solidifica, na nossa consciência, a validação e fundamentação ética da nossa conduta – fornecendo-nos deveres incontrovertidos e razões indisputadas (e “imponderadas”) para a acção.

Insistamos: a “mediação” não é desconhecida na construção kantiana, começando pela própria Ética como teoria – que seria desnecessária se as sondagens da nossa consciência nos fornecessem, a todo o momento, o imperativo categórico como uma evidência –. Pelo contrário, às solicitações do caso concreto a faculdade de julgar pode responder com uma referência intermédia, a uma teoria dos deveres, perfeitos e imperfeitos, que aliás dita a colaboração da Ética com o Direito.

Só que, ao contrário do que está subjacente ao “principalismo”, no edifício kantiano os níveis intermédios não acrescentam fundamentos morais novos, nem fragmentam os fundamentos existentes – apenas auxiliam, por explicitação e desenvolvimento de corolários lógicos, acrescentando sofisticação ao movimento dedutivista, resgatando-o de ser simples mecânica.

Só assim se preservaria, em suma, a autonomia do agente moral e o universalismo que o mesmo agente reclama como alicerce inabalado da fundamentação e validação da sua conduta.

Logo, quando Beauchamp e Childress, para evitarem a passagem directa da teoria moral para a prática (o que eles consideraram só estar ao alcance, porventura, de um filósofo moral muito sofisticado), estabeleceram a tetralogia principialista num ponto intermédio entre os fundamentos supremos da Ética e as simples regras práticas, transgrediram um pressuposto crucial da



ética kantiana, para a qual a mediação entre a lei moral e o caso é assegurada por uma faculdade racional – o juízo –, e não por um novo conjunto de normas.

Os resultantes embaraços foram-se manifestando ao longo do tempo: adoptado um “inventário normativo intermédio”, com que critério é ele demarcado, e, sobretudo, qual a autoridade moral que dele emana?

Beauchamp e Childress viram-se, por isso, forçados a uma “ancoragem *ad hoc*” na “*common morality*” (num somatório de experiência moral acumulada e de consenso), repetindo, dois séculos volvidos, o movimento que leva de Kant a Hegel, da “*Moralität*” à “*Sittlichkeit*”, no sentido de uma entronização dos “costumes” que, satisfazendo requisitos de “historicidade” e de “contingência”, no entanto dissolve a autonomia da razão e esbate as fronteiras entre “moralidade” e “prudência”, com consequências mortais para a Ética como instância “pura” ou “transcendental” de validação da nossa conduta<sup>103</sup>.

De algum modo, há uma ironia ínsita nessa fraqueza referencial do “princípioalismo”, porque Kant tinha pressentido a dificuldade ao aceitar o desafio pirronista de David Hume, e procedendo a uma meticulosa demarcação entre os planos do “ser” e do “dever-ser” para efeitos de fundamentação e de legitimação: para ele, qualquer princípio que dependa de conteúdo empírico ou de consenso histórico-cultural já não pode fundamentar a necessidade e a universalidade reclamadas pela Ética, porque só a razão pura prática o pode fazer: pelo que inserir princípios intermédios seria sempre reintroduzir “heteronomia” no coração da

---

<sup>103</sup> García Mills, Nicolás (2018), “Realizing the Good: Hegel's Critique of Kantian Morality”, *European Journal of Philosophy*, 26/1, 195–212. Claro que também se poderá argumentar que o kantiano “*Faktum der Vernunft*” é já um pré-Hegelianismo, na medida em que toma por ponto focal as práticas consuetudinárias de uma comunidade – o que aliás não deixa de aproximar-se do posterior expediente, em Beauchamp e Childress, de apelo à “moralidade comum”. Cfr. Beyleveld, Deryck & Marcus Düwell (2020), *The Sole Fact of Pure Reason. Kant's Quasi-Ontological Argument for the Categorical Imperative*, Berlin, De Gruyter; Lukow, Pawel (1993), “The Fact of Reason: Kant's Passage to Ordinary Moral Knowledge”, *Kant-Studien*, 84/2, 204–221.

deliberação moral – numa referência apócrifa, seria incorrer em “falácia naturalística”<sup>104</sup>.

É precisamente para tentar “ancorar solidamente” a Ética (numa única âncora), e ao mesmo tempo respeitar as advertências cépticas de Hume, que Kant prescinde de qualquer atribuição substantiva aos imperativos da moral, configurando o imperativo categórico como um mero procedimento de policiamento das condições de “universalização” de máximas de conduta, admitindo no seio da moralidade todas as que passem nesse teste de validação, remetendo para o sub-domínio da “prudência” as que o não consigam – e tudo sem qualquer referência, nesse plano de validação, a seja que conteúdo empírico for – certamente não, nunca, à “moralidade comum”, por mais tradicional, cumulativa e consensual que ela seja.

Aliás, reflectindo sobre a distância que vai da teoria à prática, já em artigo de 1793, em refutação das teorias de Christian Garve, Thomas Hobbes e Moses Mendelssohn, Immanuel Kant afastava intermediações, correcções, ajustamentos (ou “pontes principialistas”, acrescentemos) na aplicação de uma teoria à prática, sustentando que uma teoria ética racional reclama apenas a aplicação através da faculdade de julgamento, sem que contradições ou lacunas possam ser atribuídas à teoria, mas somente à inabilidade do aplicador (ou à sua contaminação pela “prudência”) – pelo que, em suma, a distância entre teoria e prática deve resolver-se pelo aprimoramento da “faculdade de julgar”, não pela adição, e multiplicação, de “entes intermédios”<sup>105</sup>.

Devemos a esse artigo de 1793 um dos argumentos mais fortes de toda a História da Filosofia a favor da aplicação directa da teoria fundamental à prática, censurando as tentativas de trivialização que pretendem reduzir a Ética a colecções de regras

---

<sup>104</sup> Sinclair, Neil (org.) (2019), *The Naturalistic Fallacy*, Cambridge, Cambridge University Press.

<sup>105</sup> Kant, Immanuel (1793), “Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis”, *Berlinische Monatsschrift*, 22, 201-284 (*Kants gesammelte Schriften*, Akademie-Ausgabe, AA 8: 273-313).

empíricas e de compromissos pragmáticos – frágeis, reversíveis, em perene tensão interna, e susceptíveis de abandono quando as circunstâncias se tornam difíceis: logo, complacentes com a inconsistência ética, se não mesmo indutores dela.

A elaboração posterior da *Metafísica dos Costumes*, em 1797, é totalmente congruente com esta linha argumentativa.

Sigamos o Immanuel Kant de 1793:

*“É evidente que, entre a teoria e a prática, é ainda necessário um termo intermédio que as ligue e estabeleça a transição de uma para a outra, por mais completa que seja a teoria. Com efeito, ao conceito do entendimento, que contém uma regra, deve acrescentar-se um acto de juízo pelo qual quem actua determine se um dado caso se encontra, ou não, abrangido por essa regra; e, visto que ao juízo nem sempre pode ser fornecida uma nova regra que oriente a sua subsunção (pois isso conduziria a uma regressão ao infinito), podem existir teóricos que jamais, em toda a sua vida, se tornem homens práticos, por lhes faltar precisamente a faculdade de julgar; é o caso, por exemplo, de médicos ou juristas que obtiveram excelentes resultados durante os seus estudos, mas que se mostram incapazes quando têm de emitir um parecer especializado. (...) Tudo o que, na filosofia moral, é correcto para a teoria deve igualmente valer para a prática. Cada pessoa, enquanto ser humano, isto é, enquanto ser submetido pela sua própria razão a determinados deveres, é, por conseguinte, um homem de acção; e, porque, enquanto pessoa, nunca deixa de frequentar a escola da sabedoria, não pode, com desdém arrogante, como se estivesse supostamente mais bem instruído pela experiência acerca do que é o ser humano e do que dele pode ser exigido, remeter o defensor da teoria de volta à escola. Com efeito, toda essa experiência em nada o ajuda a escapar ao preceito da teoria; quando muito, apenas lhe permite aprender de que modo a teoria pode ser aplicada de forma mais adequada e mais geral, depois de a ter adoptado como princípio orientador da sua conduta. Não se trata aqui, porém, dessa habilidade pragmática, mas apenas de princípios”<sup>106</sup>.*

Por outro lado, no contexto de pluralismo normativo

---

<sup>106</sup> Immanuel Kant, “Sobre a Expressão Corrente, Isto Pode Estar Correcto em Teoria, mas Não Serve na Prática”, AA 8: 275, 288-289.

adoptado por Beauchamp e Childress, o próprio conceito de “autonomia” ganha uma conotação diferente: aqui, a ausência de constrangimentos indevidos na formação de um consentimento informado, ou, se quisermos, a expressão irrestrita de uma competência contextual e pragmática; mas, em Kant, a própria legislação racional da lei moral por uma vontade incondicionada e bem formada, o que não implica a aceitação liminar de qualquer expressão contextual de competência decisória – que pode ter soçobrado em mera prudência e não encontrar fundamento nos imperativos da razão<sup>107</sup>. Pelo que, dada uma semântica tão divergente, não é legítimo encontrar “laivos de kantianismo” em Beauchamp e Childress, só pelo mero destaque que eles concedem ao conceito de “autonomia”<sup>108</sup>.

Em suma, para Kant a interposição de princípios intermédios pressupõe que a lei moral pura é insuficiente, ou inaplicável em bruto, mas essa insuficiência é ilusória, e resulta de se tomar as falhas do julgamento prático por faltas de bases teóricas – sendo que uma tal ilusão abre, ironicamente, espaço para a ponderação e para a admissão de exceções, potenciando a dissolução do carácter categórico e incondicionado do dever moral.

Num exercício contra-factual, com toda a inerente imprecisão, diríamos que o “principlismo” não seria completamente reprovado no exame em Königsberg: talvez lhe fosse reconhecida a capacidade de identificação adequada de problemas morais, mormente os conexos com a prática clínica, e até de triagem por classes de problemas, a convocar a mediação da “faculdade do juízo”. Mas ser-lhe-ia recusado o estatuto normativo de verdadeira fonte de normas morais, com força própria, e por isso a tetralogia dos princípios seria despromovida, como sugerimos já, a mera heurística formadora da deliberação prática, sem qualquer possibilidade de interferência com os fundamentos

---

<sup>107</sup> Campbell, L. (2017), “Kant, Autonomy and Bioethics”, *Ethics, Medicine and Public Health*, 3/3, 381-392.

<sup>108</sup> Revon, Gabriel & Michael J. Reiss (2025), “Principlism in Bioethics: How to Consolidate Autonomy? A Scoping Review”, *Bioethics Open Research*, 3, 1-18.

racionais, unitários, e universais, da Ética.

Em suma, o “principlismo” confronta a Ética, desta perspectiva kantiana, com um problema de indeterminação normativa.

Esse mesmo problema agitaria várias consciências filosóficas, em particular no século XX, ocupadas em resolver o problema do aparente fosso entre norma universal e acção situada – um dos problemas mais candentes da Bioética, mas, evidentemente, um tema que transcende amplamente as fronteiras desta disciplina<sup>109</sup>.

Numa amostra de nomes que se destacaram, cabe uma referência a:

- Paul Ricoeur, preocupado em inserir a sabedoria prática (a *phronesis* aristotélica) entre os pólos teórico e prático, por forma a estabelecer uma ponte a nível “prudencial” – especificamente delineada pela relação do médico com o paciente, na sua singularidade clínica contextual –, esquivando-se dos baixos tanto do casuísmo sem norma, como da norma sem sensibilidade às particularidades do encontro no qual se consumará o trânsito reflexivo entre os níveis teórico e prático.

- Hans Jonas, ocupado a sondar as implicações da era tecnológica para uma ética concebida sobre a “autenticidade” de seres pré-tecnológicos, e por isso subvertida pelo cenário de vulnerabilização ecológica e geracional propiciada pelo progresso tecnológico, gerando novos imperativos morais (e depois políticos e jurídicos), como o da “precaução”.

- Jürgen Habermas, com a sua reformulação do imperativo moral num contexto de participação num discurso prático racional, perdendo a sua unilateralidade “monológica” a favor de uma configuração pragmática, intersubjectiva e discursiva.

---

<sup>109</sup> Madani, Mansure, AbouAli Vedadhir, Bagher Larijani, Zahra Khazaei & Ahad Faramarz Gharamaleki (2020), “Bridging the Gap Between Ethical Theory and Practice in Medicine: A Constructivist Grounded Theory Study”, *Science and Engineering Ethics*, 1-21

siva, de mediação teoria / prática, mas mantendo a sua vocação legitimadora, de validação “transcendental”, sem concessões ao psicologismo.

- Karl-Otto Apel, retomando a “ética do discurso”, concebendo a “comunidade ideal de comunicação” e aferindo, por esta, as assimetrias epistémicas que afectam as comunidades reais, como aquelas que se coenvolvem na área biomédica<sup>110</sup>.

Dois séculos mais tarde, Onora O’Neill vai retomar a abordagem kantiana para tentar resolver o dito problema de indeterminação, através da formulação de uma objecção técnica interna ao “principialismo”<sup>111</sup>.

O’Neill argumenta que a tetralogia de princípios de Beauchamp e Childress não tem a estrutura lógica de um princípio kantiano de obrigação, já que não aponta para qualquer critério da sua própria aplicação nem comporta qualquer fórmula (como a da universalização) de legitimação formal – e constitui, antes, um conjunto de considerações demasiado abstractas e desprovidas de regras procedimentais, pelo que os mecanismos de “especificação” e “balanceamento”, preconizados pelos seus autores, são abandonados ao juízo intuitivo do agente moral; sendo, pois, que o “principialismo”, ao contrário do que proclama, fornece apenas uma ilusão de mediação racional entre teoria e prática, quando na verdade delega a decisão a uma intuição não-fundamentada, muito aquém dos ditames formais, balizados, de uma verdadeira faculdade racional de julgar.

Escreve Onora O’Neill:

---

<sup>110</sup> Coyne, Lewis (2021), *Hans Jonas: Life, Technology and the Horizons of Responsibility*, London, Bloomsbury; Marin, Claire & Nathalie Zaccaï-Reyners (2018), *Souffrance et Douleur. Autour de Paul Ricoeur*, Paris, Presses Universitaires de France; Outhwaite, William & Larry Ray (orgs.) (2025), *The Elgar Companion to Jürgen Habermas*, Cheltenham, Elgar; Ricoeur, Paul (1992), *Oneself as Another* (trad. p/ Kathleen Blarney), Chicago, The University of Chicago Press; Verovšek, Peter J. (2026), *Jürgen Habermas. Public Intellectual and Engaged Critical Theorist*, New York, Columbia University Press.

<sup>111</sup> Cfr. Beauchamp, Tom L. & James F. Childress (2019), *Principles of Biomedical Ethics*, 8.ª ed., Oxford, Oxford University Press, Cap. 4, 119ss..

*“Algumas pessoas consideram existir uma dificuldade teórica fatal na própria ideia de passar de princípios indeterminados para estruturas e actos determinados. Perguntam: como podem princípios indeterminados alguma vez orientar a acção, se todo o acto é particular e determinado? Esta preocupação parece-me deslocada. É verdade que não podemos esperar que quaisquer princípios práticos - sejam eles éticos ou jurídicos, sociais ou técnicos - forneçam um algoritmo para a vida. Mas o facto de os princípios subdeterminarem a acção significa apenas que devem ser sempre complementados e concretizados pelo exercício do juízo; e o juízo prático, incluindo o juízo ético, não é uma questão de escolha arbitrária. Será mais adequado concebê-lo por analogia com a resolução de um problema de concepção sujeito a múltiplas restrições: neste caso, as restrições impostas pela necessidade de respeitar numerosos princípios distintos. Na medicina, na ciência e na biotecnologia, como em qualquer outro domínio, o raciocínio ético constitui apenas uma entre várias restrições relevantes. Todavia, de forma talvez surpreendente, o juízo é facilitado, e não dificultado, pelo facto comum de haver múltiplas exigências a satisfazer. Em geral, não hesitamos indefinidamente quanto a saber qual, entre muitos actos possíveis que não envolvem engano, o que devemos praticar, porque grande parte da indeterminação é resolvida pelo facto de estarmos sempre, ao mesmo tempo, a prosseguir uma pluralidade de fins e a satisfazer numerosas outras restrições. O juízo prático, tal como a resolução de sistemas de equações, pode ser orientado, e não inviabilizado, pela existência de múltiplas restrições”<sup>112</sup>.*

E ainda,

*“Também o juízo prático consiste em encontrar um acto, um padrão de acção ou uma política que satisfaçam uma pluralidade de exigências e recomendações de natureza diversa. Não é mais adequado concebê-lo como uma questão de “ponderar” diferentes princípios ou diferentes obrigações, seja lá o que isso possa significar. Muitas vezes, um grande êxito no cumprimento de uma determinada exigência não compensa, de modo algum, o incumprimento de outra. Um elevado grau de sucesso na obtenção do consentimento informado dos doentes*

---

<sup>112</sup> O'Neill, Onora (2002), *Autonomy and Trust in Bioethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 123-124.

*para o tratamento não compensa a prestação de cuidados de qualidade inferior. Elevadas taxas de sucesso cirúrgico não compensam a falta de obtenção do consentimento dos doentes. A dificuldade do juízo prático, quando este tem de satisfazer uma pluralidade de exigências que entram em conflito numa determinada situação, não se resolve imaginando que exista alguma métrica que permita ponderar e estabelecer contrabalços entre diferentes tipos de exigências. O juízo prático consiste em corresponder a múltiplas exigências, e não em descartá-las. Embora não exista um algoritmo para o juízo prático, este pode ser exercido de forma melhor ou pior, podendo igualmente aperfeiçoar-se ou degradar-se. Os agentes que não respeitam essas exigências, ou que não conseguem identificar linhas de acção evidentes que permitam respeitar todas elas, não demonstram possuir um bom juízo prático”<sup>113</sup>.*

Como boa kantiana, Onora O’Neill insistirá na aplicação directa apoiada no uso da razão prática – na autonomia como “agência racional” –, e objectivamente confrontada com o teste formal da universalizabilidade, recusando a intermediação de categorias com conteúdo substantivo próprio, e com pretensões normativas; denunciando como falso e ilusório o principialista “respeito pela autonomia”, que faz com que a agência racional seja confrontada com as “especificações” e “balanceamentos” que as circunstâncias específicas possam convocar, caso a caso.

Ou seja, a conclusão é a de que o vocabulário dos “quatro princípios” é uma retórica de rigor metodológico que, não tornando segura e coesa a mediação entre teoria e prática, não consegue superar o problema da indeterminação normativa<sup>114</sup>.

Rematando Onora O’Neill:

*“A exigência de que actuemos apenas segundo princípios que possamos considerar como princípios válidos para todos constitui o fundamento de uma concepção rica e robusta das exigências éticas. Kant desenvolve essas exigências examinando*

---

<sup>113</sup> O’Neill, Onora (2001), “Practical Principles & Practical Judgment”, *Hastings Center Report*, 31/4, 21-22.

<sup>114</sup> Como o nome do seu livro de 2002 indica, O’Neill não se limita à crítica kantiana, e avança o tópico da “confiança” (“trust”) como correctivo directo de algumas das fragilidades do principialismo.



*quais os princípios que não podem ser queridos como princípios para todos, e cuja rejeição, por conseguinte, será obrigatória para todos. Isto seria trivial se todos os princípios que os agentes podem querer ou adoptar pudessem ser queridos para todos. Todavia, Kant insiste em que o querer não é um mero desejar, pelo que querer uma máxima como lei universal não consiste simplesmente em formular um princípio universalizado com o mesmo conteúdo da proposta individual de acção. Ao querer um princípio de acção, comprometemo-nos a adoptar todos os meios necessários e alguns meios suficientes, tendo em conta os resultados razoavelmente previsíveis da acção. Em consequência, uma vasta gama de princípios tentadores não pode ser “querida como lei universal”; a sua rejeição por princípio permite identificar as obrigações éticas fundamentais, incluindo as obrigações centrais da bioética”<sup>115</sup>.*

Esta formulação, abstracta embora, do modo de funcionamento da nossa racionalidade prática ilustra, no meu entender, a superioridade de um sistema ético fundamental, como o kantiano, face a alternativas menos seguras e mais complexas – e que, nos seus esforços de “intermediação catequística”, demonstram a sua básica desconfiança relativamente às capacidades de diálogo, individual ou colectivo, entre aqueles que deliberam e os princípios que permitem, de forma coesa, universalizável, racionalmente partilhável, fundamentar e legitimar as suas decisões<sup>116</sup>.

Como se perceberá do que precede, não acompanho integralmente Onora O’Neill na afirmação de que a “mediação principialista” é ilusória, e, logo, descartável.

Entendo, antes, que há dois planos distintos: um plano pedagógico-prático, no qual a hegemonia principialista deixou o seu sulco indelével, e portanto seria inútil e desproporcionado tentar removê-la, com risco de descaracterização de toda a disciplina da Bioética, operando aí a complementaridade dialéctica

---

<sup>115</sup> O’Neill, Onora (2002), *Autonomy and Trust in Bioethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 86.

<sup>116</sup> Assumindo os riscos de “incomensurabilidade cultural” e de “etnocentrismo” que há muito são associados às preferências racionalistas e pró-iluministas.

na qual foi tentada, atrás no texto, uma “síntese crítica”; e o plano da fundamentação e da validação, no qual concordo que deve prevalecer, indisputada, a exigência kantiana de unidade, devolvendo a plena liberdade, e amplitude descomprometida, à razão prática.

No plano fundamentante, nenhuma suspeita de “subdeterminação do imperativo categórico” se sobreporá à constatação lógica de que a autonomia emerge da indeterminação, do absoluto incondicionado da vontade bem formada – e que, portanto, essa frustração do intérprete que esperaria, do agente moral, que ele fosse “denso” e “oracular”, nada vale perante o espaço devolvido à autonomia através da confiança depositada na racionalidade humana<sup>117</sup>.

Fico do lado de Königsberg.

Entre o “principalismo” e o “anti-principalismo”, fico no “pré-principalismo”, ou talvez no “pós-principalismo”, convicto de que é a um diálogo não-mediado, não-dirigido, não-tutelado, entre teoria e prática, que toda a Ética, passados os momentos de crise e de desânimo, e por respeito à liberdade, pode e deve regressar.

*“Pela minha parte, continuo, não obstante, a confiar na teoria, que assenta no princípio do direito para determinar como devem ser as relações entre os seres humanos e os Estados, e que recomenda aos deuses da Terra*

---

<sup>117</sup> É sabido como, desde Hegel, é recorrente a acusação de que o imperativo categórico é uma “fórmula vazia”, a reclamar “mediação substantiva”. Allen W. Wood e Barbara Herman destacaram-se em ponderações (relativamente) recentes sobre o tópico: o primeiro a sustentar que a “Fórmula da Lei Universal” é insuficiente sem apelo à “Fórmula da Humanidade e a premissas materiais sobre fins” (Wood, Allen W. (1999), *Kant's Ethical Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 76-110; Wood, Allen W. (2008), *Kantian Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 43-65), a segunda a sustentar que existem “regras de saliência moral” que determinariam que o juízo kantiano exigisse mediação substantiva prévia à aplicação do imperativo (Herman, Barbara (1993), *The Practice of Moral Judgment*, Cambridge MA, Harvard University Press, 73-93, 132-158; Herman, Barbara (2007), *Moral Literacy*, Cambridge MA, Harvard University Press).

*a máxima de se comportarem sempre, nos seus conflitos, de tal modo que, por esse meio, seja introduzido um estado universal dos povos, assumindo, por conseguinte, que tal é possível (in praxi) e que pode efectivamente realizar-se; mas, ao mesmo tempo, confio também (in subsidium) na natureza das coisas, que constrange os homens a seguirem mesmo os caminhos que não querem seguir (fata volentem ducunt, nolentem trahunt). Neste último aspecto, toma-se igualmente em consideração a natureza humana, na medida em que nela permanece ainda vivo o respeito pelo direito e pelo dever; por isso, não posso nem quero considerá-la tão profundamente mergulhada no mal que a razão prática moral não venha, depois de muitas tentativas fracassadas, a triunfar finalmente sobre ele e a mostrar, apesar de tudo, que a natureza humana é digna de estima. Assim, também no plano cosmopolita, se pode sustentar: o que vale racionalmente para a teoria vale igualmente para a prática.” – Immanuel Kant<sup>118</sup>*



## 10. BIBLIOGRAFIA

- Agich, George J. (2001), “The Question of Method in Ethics Consultation”, *American Journal of Bioethics*, 1/4, 31-41
- Albuquerque, Aline (2022), “Críticas ao Principlismo sob a Ótica do Novo Paradigma Ético nos Cuidados em Saúde: O Protagonismo do Paciente”, *Rev. Redbioética / UNESCO*, 13/1 (25), 12-25
- Annoni, Marco (2026), “Toward a Global Bioethics: Principlism and the Problem of Political Legitimacy”, *Bioethics*, 40, 5-11

---

<sup>118</sup> Immanuel Kant, “Sobre a Expressão Corrente, Isto Pode Estar Correcto em Teoria, mas Não Serve na Prática”, AA 8: 313.

- Arras, John D. (1994), "Principles and Particularity: The Roles of Cases in Bioethics", *Indiana Law Journal*, 69/4, 983-1014
- Arras, John D. (2007), "The Way We Reason Now: Reflective Equilibrium in Bioethics", in Steinbock, Bonnie (org.) (2007), *Oxford Handbook of Bioethics*, Oxford, Oxford University Press, 46-71
- Arras, John D. (2017), *Methods in Bioethics: The Way We Reason Now*, (James Childress & Matthew Adams, eds.), New York, Oxford University Press
- Asch, Adrienne (2005), "Recognizing Death While Affirming Life: Can End of Life Reform Uphold a Disabled Person's Interest in Continued Life?", *Hastings Center Report*, 35/6-Supplement, s31-s36
- Baffoe-Bonnie, Marilyn S. (2019), "A Justice-Based Argument for Including Sickle Cell Disease in CRISPR/Cas9 Clinical Research", *Bioethics*, 00, 1-8
- Baker, Robert (2019), *The Structure of Moral Revolutions: Studies of Changes in the Morality of Abortion, Death, and the Bioethics Revolution*, Cambridge MA, The MIT Press
- Barbosa, Evandro (org.) (2023), *Moral Challenges in a Pandemic Age*, New York, Routledge
- Barcelos, Marta Dias & Paulo Fraga da Silva (2024), "A Bioética Principlista e as Suas Contribuições para a Educação", *Trama Interdisciplinar*, 15/2, 117-135
- Barcelos, Marta Dias (2020), "Principlismo: Uma Inscrição da Ética no Espaço Público" (Tese Doutorado NovaFCSH)
- Barnes, Elizabeth (2023), *Health Problems. Philosophical Puzzles about the Nature of Health*, Oxford, Oxford University Press
- Baylis, Françoise (2019), *Altered Inheritance. CRISPR and the Ethics of Human Genome Editing*, Cambridge MA, Har-

- vard University Press
- Beauchamp, Tom & James Childress (2019), “*Principles of Biomedical Ethics: Marking Its Fortieth Anniversary*”, *The American Journal of Bioethics*, 19/11, 9-12
- Beauchamp, Tom L. & James F. Childress (2019), *Principles of Biomedical Ethics*, 8.<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford University Press (1979)
- Beauchamp, Tom L. (1984), “On Eliminating the Distinction Between Applied Ethics and Ethical Theory”, *Monist*, 67/4, 514-531
- Beauchamp, Tom L. (1994), "Principles and Other Emerging Paradigms in Bioethics", *Indiana Law Journal*, 69/4, 955-972
- Beauchamp, Tom L. (1995), “Principlism and Its Alleged Competitors”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 5/3, 181-198
- Beckwith, Francis & Allison Krile Thornton (2020), “Moral Status and the Architects of Principlism”, *Journal of Medicine and Philosophy*, 45, 504-520
- Bender, Leslie (1992), “A Feminist Analysis of Physician-Assisted Dying and Voluntary Active Euthanasia”, *Tennessee Law Review*, 59/3, 519-546
- Bertram, Christopher (1997), “Political Justification, Theoretical Complexity, and Democratic Community”, *Ethics*, 107/4, 563-583
- Beyleveld, Deryck & Marcus Düwell (2020), *The Sole Fact of Pure Reason. Kant's Quasi-Ontological Argument for the Categorical Imperative*, Berlin, De Gruyter
- Bobier, Christopher, Adam Omelianchuk & Daniel J. Hurst (2026), *Exploring the Ethics of Clinical Xenotransplantation*, New York, Routledge
- Boddington, Paula (2023), *AI Ethics. A Textbook*, Singapore, Springer
- Boylan, Michael & Wanda Teays (orgs.) (2022), *Ethics in the*

- AI, Technology, and Information Age*, Lanham MD, Rowman & Littlefield
- Braus, Adam J. (2025), "Compassionate Principlism: Towards a Novel Alternative to Standard Principlism in Bioethics", *Bioethical Inquiry*, 22, 279–291
- Brody, Howard (2003), *Stories of Sickness*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford University Press
- Callahan, Daniel (2012), *The Roots of Bioethics: Health, Progress, Technology, Death*, Oxford, Oxford University Press
- Campbell, L. (2017), "Kant, Autonomy and Bioethics", *Ethics, Medicine and Public Health*, 3/3, 381–392
- Caplan, Arthur L. (1980), "Ethical Engineers Need Not Apply: The State of Applied Ethics Today", *Science, Technology, & Human Values*, 6/33, 24–32
- Caplan, Arthur L. (1989), "Moral Experts and Moral Expertise: Do Either Exist?", in Hoffmaster, Barry, Benjamin Freedman & Gwen Fraser (orgs.) (1989), *Clinical Ethics: Theory and Practice*, Clifton NJ, Humana Press, 59–87
- Carrigan, Mark & Douglas V. Porpora (orgs.) (2021), *Post-Human Futures. Human Enhancement, Artificial Intelligence and Social Theory*, London, Routledge
- Caso, Irene de (2025), *Psychedelics and Mental Health: Neuroscience and the Power of Psychoactives in Therapy*, Rochester VT, Park Street Press
- Charon, Rita (2006), *Narrative Medicine. Honoring the Stories of Illness*, Oxford, Oxford University Press
- Childress, James F. & Tom L. Beauchamp (2022), "Common Morality Principles in Biomedical Ethics: Responses to Critics", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 31/2, 164–176
- Clouser, K. Danner & Bernard Gert (1990), "A Critique of Principlism", *The Journal of Medicine and Philosophy*, 15,

219-236

- Cohen, David S. & Carole Joffe (2025), *After Dobbs: How the Supreme Court Ended Roe but Not Abortion*, Boston MA, Beacon Press
- Cohen, I. Glenn, Carmel Shachar, Anita Silvers & Michael Ashley Stein (orgs.) (2020), *Disability, Health, Law, and Bioethics*, Cambridge, Cambridge University Press
- Coyne, Lewis (2021), *Hans Jonas: Life, Technology and the Horizons of Responsibility*, London, Bloomsbury
- Cudney, Paul (2014), "What Really Separates Casuistry from Principlism in Biomedical Ethics", *Theoretical Medicine and Bioethics*, 35/3, 205-229
- Cunha, Thiago & Cláudio Lorenzo (2014), "Bioética Global na Perspectiva da Bioética Crítica", *Revista de Bioética*, 22/1, 116-125
- Daniels, Norman (1996), *Justice and Justification: Reflective Equilibrium in Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press
- Daniels, Norman (2008), *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*, Cambridge, Cambridge University Press
- Davis, Richard B. (1995), "The Principlism Debate: A Critical Overview", *The Journal of Medicine and Philosophy*, 20, 85-105
- Dennis, Matthew J., Georgy Ishmaev, Steven Umbrello & Jeroen van den Hoven (orgs.) (2022), *Values for a Post-Pandemic Future*, Cham, Springer
- DePaul, Michael R. (1993), *Balance and Refinement: Beyond Coherence Methods of Moral Inquiry*, London, Routledge
- Donagan, Alan (1977), "Informed Consent in Therapy and Experimentation", *The Journal of Medicine and Philosophy*, 2/4, 307-329
- Engelhardt Jr., H. Tristram (1996), *The Foundations of Bioethics*, 2.<sup>a</sup> ed., New York, Oxford University Press

- Etzioni, Amitai (2018), *Happiness is the Wrong Metric: A Liberal Communitarian Response to Populism*, Cham, Springer
- Evans, John H. (2024), *Disembodied Brains. Understanding Our Intuitions on Neuro-Chimeras and Human-Brain Organoids*, Oxford, Oxford University Press
- Farahany, Nita A. (2023), *The Battle for Your Brain. Defending the Right to Think Freely in the Age of Neurotechnology*, New York, St. Martin's Press
- Figueiredo, Antônio Macena (2018), "Bioética: Crítica ao Princípio da Dignidade Humana", *Revista Bioética*, 26/4, 494-505
- Fletcher, Joseph F. (1974), *The Ethics of Genetic Control: Ending Reproductive Roulette*, New York, Anchor Books
- Flynn, Jennifer (2020), "Theory and Bioethics", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*
- García Mills, Nicolás (2018), "Realizing the Good: Hegel's Critique of Kantian Morality", *European Journal of Philosophy*, 26/1, 195–212
- García, Jorge L.A. (2020), "Virtues and Principles in Biomedical Ethics", *Journal of Medicine and Philosophy*, 45, 471-503
- Gardiner, P. (2003), "A Virtue Ethics Approach to Moral Dilemmas in Medicine", *Journal of Medical Ethics*, 29/5, 297-302
- Garrafa, Volnei (2005), "De uma Bioética de Princípios a uma Bioética Interventiva", *Bioética*, 13/1, 125-134
- Garrafa, Volnei (2005b), "De uma "Bioética de Princípios" a uma "Bioética Interventiva" – Crítica e Socialmente Comprometida" (paper)
- Garrafa, Volnei, Leandro Brambilla Martorell & Wanderson Flor do Nascimento (2016), "Críticas ao Princípio da Dignidade em Bioética: Perspectivas desde o Norte e desde o Sul", *Saúde e Sociedade*, 25/2, 442-451



- Gert, Bernard (1988), *Morality: A New Justification of the Moral Rules*, 5.<sup>a</sup> ed., New York, Oxford University Press
- Gert, Bernard, Charles M. Culver & K. Danner Clouser (1997), *Bioethics: A Return to Fundamentals*, New York, Oxford University Press
- Gert, Bernard, Charles M. Culver & K. Danner Clouser (2006), *Bioethics: A Systematic Approach*, 2.<sup>a</sup> ed., New York, Oxford University Press
- Gordijn, Bert & Henk ten Have (2021), “COVID-19 and the Ethics of Human Challenge Trials”, *Medicine, Health Care and Philosophy*, 24, 1-2
- Goundrey-Smith, Stephen (2023), *Transhumanism, Ethics and the Therapeutic Revolution: Agents of Change*, London, Routledge
- Graham, Mackenzie (2017), “A Fate Worse Than Death? The Well-Being of Patients Diagnosed as Vegetative With Covert Awareness”, *Ethic Theory and Moral Practice*, 1-16
- Greely, Henry T. (2019), “CRISPR’d Babies: Human Germline Genome Editing in the ‘He Jiankui Affair’”, *Journal of Law and the Biosciences*, 6/1, 1-73
- Greely, Henry T. (2021), *CRISPR People. The Science and Ethics of Editing Humans*, Cambridge MA, The MIT Press
- Gutmann, Amy & Dennis Thompson (1996), *Democracy and Disagreement*, Cambridge MA, Belknap Press
- Gyngell, Christopher, Julian Savulescu & Tsutomu Sawai (2026), *Revolutionizing Reproduction. The Ethical Landscape of In Vitro Gametogenesis*, Oxford, Oxford University Press
- Hartogsohn, Ido (2018), “The Meaning-Enhancing Properties of Psychedelics and Their Mediator Role in Psychedelic Therapy, Spirituality, and Creativity”, *Frontiers in Neuroscience*, 12/129, 1-5
- Hayden, Erika Check (2017), “The Rise, Fall and Rise Again of

- 23andMe. How Anne Wojcicki Took the Start-Up Firm from the Brink of Failure to Scientific Pre-Eminence”, *Nature*, 550 (12/10/2017), 174-177
- Held, Virginia (2006), *The Ethics of Care. Personal, Political, and Global*, Oxford, Oxford University Press
- Herman, Barbara (1993), *The Practice of Moral Judgment*, Cambridge MA, Harvard University Press, 73-93, 132-158
- Herman, Barbara (2007), *Moral Literacy*, Cambridge MA, Harvard University Press
- Hine, Kristen (2011), “What is the Outcome of Applying Principlism?”, *Theoretical Medicine and Bioethics*, 32, 375-388
- Hoffmaster, Barry, Benjamin Freedman & Gwen Fraser (orgs.) (1989), *Clinical Ethics: Theory and Practice*, Clifton NJ, Humana Press
- Holm, Søren (2018), “Mitochondrial Replacement Therapy and Identity. A Comment on an Exchange Between Inmaculada de Melo-Martin and John Harris”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 27, 487-491
- Holm, Søren (2026), “Has Something Gone Wrong in the Reception of Beauchamp and Childress’ Principles of Bio-medical Ethics?”, *The American Journal of Bioethics*, 26/3, 36-37
- Hooker, Brad & Margaret Olivia Little (orgs.) (2000), *Moral Particularism*, Oxford, Clarendon
- Johnson, Sandra H. (1994), "The Changing Nature of the Bioethics Movement", *Maryland Law Review*, 53/4, 1051-1063
- Jones, Anne Hudson (1999), “Narrative in Medical Ethics”, *British Medical Journal*, 318, 253-256
- Jonsen, Albert R. & Stephen Toulmin (1988), *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, Berkeley, University of California Press

- Jonsen, Albert R. (1995), “Casuistry: An Alternative or Complement to Principles?”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 5/3, 237-251
- Jonsen, Albert R. (1998), *The Birth of Bioethics*, Oxford, Oxford University Press
- Jorion, Paul (org.) (2022), *Humanism and Its Discontents. The Rise of Transhumanism and Posthumanism*, Cham, Palgrave Macmillan
- Jotterand, Fabrice & Marcello Ienca (orgs.) (2024), *The Routledge Handbook of the Ethics of Human Enhancement*, New York, Routledge
- Kant, Immanuel (1996), *The Metaphysics of Morals* (trad. p/ Mary Gregor), Cambridge, Cambridge University Press
- Kant, Immanuel (1996b), *Practical Philosophy* (trad. p/ Mary Gregor), Cambridge, Cambridge University Press
- Kant, Immanuel (2011), *Groundwork of the Metaphysics of Morals* (trad. p/ Mary Gregor), Cambridge, Cambridge University Press
- Kant, Immanuel (2015), *Critique of Practical Reason* (trad. p/ Mary Gregor), Cambridge, Cambridge University Press
- Keeling, Michael & Olivier Bellefleur (2016), “«Principlism» and Frameworks in Public Health Ethics” (paper, National Collaborating Centre for Healthy Public Policy, Montréal, Québec)
- Knoepfler, Paul (2016), *GMO Sapiens: The Life-Changing Science of Designer Babies*, New Jersey, World Scientific
- Kotalik, Jaro & David W. Shannon (orgs.) (2023), *Medical Assistance in Dying (MAID) in Canada. Key Multidisciplinary Perspectives*, Cham, Springer
- Krimsky, Sheldon (2019), “Ten Ways in Which He Jiankui Violated Ethics”, *Nature Biotechnology*, 37/1, 19-20
- Kuczewski, Mark (1998), “Casuistry and Principlism: The Convergence of Method in Biomedical Ethics”, *Theoretical Medicine and Bioethics*, 19, 509-524

- Lázaro-Muñoz, Gabriel, Stacey Pereira, Shai Carmi & Todd Lencz (2020), "Screening Embryos for Polygenic Conditions and traits: Ethical considerations for an Emerging Technology", *Genetics in Medicine*, 1-3
- Lee, Marvin J.H. (2010), "The Problem of 'Thick in Status, Thin in Content' in Beauchamp and Childress' Principlism", *Journal of Medical Ethics*, 36, 525-528
- Ligthart, Sjors, Marcello Ienca, Gerben Meynen, Fruzsina Molnar-Gabor, Roberto Andorno, Christoph Bublitz, Paul Catley, Lisa Claydon, Thomas Douglas, Nita Farahany, Joseph J. Fins, Sara Goering, Pim Haselager, Fabrice Jotterand, Andrea Lavazza, Allan McCay, Abel Wajnerman Paz, Stephen Rainey, Jesper Ryberg & Philipp Kellmeyer (2023), "Minding Rights: Mapping Ethical and Legal Foundations of 'Neurorights'", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 32/4, 461-481
- Little, Margaret Olivia (1996), "Why a Feminist Approach to Bioethics?", *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 6/1, 1-18
- London, Alex John (2001), "The Independence of Practical Ethics", *Theoretical Medicine*, 22/2, 87-105
- López-Silva, Pablo & Luca Valera (orgs.) (2022), *Protecting the Mind. Challenges in Law, Neuroprotection, and Neurorights*, Cham, Springer
- Lukow, Pawel (1993), "The Fact of Reason: Kant's Passage to Ordinary Moral Knowledge", *Kant-Studien*, 84/2, 204-221
- MacIntyre, Alasdair (1984), "Does Applied Ethics Rest on a Mistake?", *Monist*, 67/4, 498-513
- Madani, Mansure, AbouAli Vedadhir, Bagher Larijani, Zahra Khazaei & Ahad Faramarz Gharamaleki (2020), "Bridging the Gap Between Ethical Theory and Practice in Medicine: A Constructivist Grounded Theory Study", *Science and Engineering Ethics*, 1-21

- Magelssen, Morten, Reidar Pedersen & Reidun Førde (2016), “Four Roles of Ethical Theory in Clinical Ethics Consultation”, *The American Journal of Bioethics*, 16/9, 26-33
- Manninen, Bertha Alvarez (2023), “A Critical Analysis of *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization* and the Consequences of Fetal Personhood”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 32/3, 357-367
- Marin, Claire & Nathalie Zaccà-Reyners (2018), *Souffrance et Douleur. Autour de Paul Ricoeur*, Paris, Presses Universitaires de France
- Martinelli, Valentina, Estella L.L. Lumer, Matteo Chiappedi, Pierluigi Politi, Marilena Gregorini, Teresa Rampino, Andrea Peri, Andrea Pietrabissa & Laura Fusar-Poli (2024), “Ethical Issues in Living Donor Kidney Transplantation: An Update from a Psychosocial Perspective”, *Healthcare*, 12, 1832, 1-15
- Martins, Isabel Otilia Parreiral Pinheiro de Matos (2013), “A Operacionalização dos Princípios da Bioética no Principlismo de Beauchamp e Childress” (Tese Mestrado NovaFCSH)
- Marway, Herjeet & Heather Widdows (2015), “Philosophical Feminist Bioethics. Past, Present, and Future”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 24/2, 165-174
- McCarthy, Joan (2003), “Principlism or Narrative Ethics: Must We Choose Between Them?”, *Medical Humanities*, 29/2, 65-71
- Metselaar, Suzanne, Guy Widdershoven, Bert Molewijk & Giulia Inguaggiato (2026), “Beyond Principlism: A Pragmatic-Hermeneutic Approach to Clinical Ethics”, *The American Journal of Bioethics*, 26/3, 70-72
- Moreno, Jonathan D. & Jay Schulkin (2020), *The Brain in Context. A Pragmatic Guide to Neuroscience*, New York, Columbia University Press
- Nelson, Hilde Lindemann (org.) (1997), *Stories and Their Lim-*

- its: Narrative Approaches to Bioethics*, London, Routledge
- Notini, Lauren, Christopher Gyngell & Julian Savulescu (2019), "Drawing the Line on In Vitro Gametogenesis", *Bioethics*, 00, 1-12
- Nussbaum, Martha C. (1990), *Love's Knowledge: Essays on Philosophy and Literature*, New York, Oxford University Press
- Nussbaum, Martha C. (1995), *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon Press
- Nussbaum, Martha C. (2000), "Why Practice Needs Ethical Theory: Particularism, Principle, and Bad Behaviour", in Hooker, Brad & Margaret Olivia Little (orgs.) (2000), *Moral Particularism*, Oxford, Clarendon, 227-255
- O'Brien, Daniel C. (2022), "Medical Ethics as Taught and as Practiced: Principlism, Narrative Ethics, and the Case of Living Donor Liver Transplantation", *The Journal of Medicine and Philosophy*, 47/1, 95-116
- Omelianchuk, Adam, Joanna Smolenski, Holland Kaplan, Matthew Shea, Jared N. Smith, Trevor Bibler, Claire Horner & Janet Malek (2026), "Reflecting on Principlism: Explaining, But Not Guiding, Clinical Ethics Analysis", *The American Journal of Bioethics*, 26/3, 19-25
- O'Neill, Onora (2001), "Practical Principles & Practical Judgment", *Hastings Center Report*, 31/4, 15-23
- O'Neill, Onora (2002), *Autonomy and Trust in Bioethics*, Cambridge, Cambridge University Press
- Outhwaite, William & Larry Ray (orgs.) (2025), *The Elgar Companion to Jürgen Habermas*, Cheltenham, Elgar
- Pellegrino, Edmund D. & David C. Thomasma (1993), *The Virtues in Medical Practice*, New York, Oxford University Press
- Pellegrino, Edmund D. & David C. Thomasma (1996), *The Christian Virtues in Medical Practice*, Washington DC,

- Georgetown University Press
- Persson, Ingmar & Julian Savulescu (2012), *Unfit for the Future. The Need for Moral Enhancement*, Oxford, Oxford University Press
- Pope, Thaddeus Mason (2019), "Whether, When, and How to Honor Advance VSED Requests for End-Stage Dementia Patients", *The American Journal of Bioethics*, 19/1, 90-92
- Possamai, Verônica Ribeiro & Rodrigo Siqueira-Batista (2022), "Bioética da Proteção de Schramm e Kottow: Princípios, Alcances e Conversações", *Revista de Bioética*, 30/1, 10-18
- Rae-Venter, Barbara (2023), *I Know Who You Are. How an Amateur DNA Sleuth Unmasked the Golden State Killer and Changed Crime Fighting Forever*, New York, Ballantine Books
- Ramsauer, Laurenz (2026), "Kant's Casuistical Questions", *Journal of Modern Philosophy*, 8, 1-19
- Revon, Gabriel & Michael J. Reiss (2025), "Principlism in Bioethics: How to Consolidate Autonomy? A Scoping Review", *Bioethics Open Research*, 3, 1-18
- Reynolds, Joel Michael (2022), *The Life Worth Living. Disability, Pain, and Morality*, Minneapolis, University of Minnesota Press
- Rhodes, Rosamond (2020), *The Trusted Doctor: Medical Ethics and Professionalism*, New York, Oxford University Press
- Richardson, Henry S. (2018), *Articulating the Moral Community. Toward a Constructive Ethical Pragmatism*, New York, Oxford University Press
- Ricoeur, Paul (1992), *Oneself as Another* (trad. p/ Kathleen Blarney), Chicago, The University of Chicago Press
- Rigby, Briann & Xavier Symons (2023), "Abortion, Euthanasia, and the Limits of Principlism", *Medicine, Health*

- Care and Philosophy*, 26/4, 549-556
- Robertson, Isabelle L. (2017), "Designing Methuselah: An Ethical Argument Against Germline Genetic Modification to Prolong Human Longevity", *Journal of Medical Ethics*, 0, 1-3
- Rogers, Wendy A., Jackie Leach Scully, Stacy M. Carter, Vikki A. Entwistle & Catherine Mills (orgs.) (2023), *The Routledge Handbook of Feminist Bioethics*, New York, Routledge
- Rubeis, Giovanni (2024), *Ethics of Medical AI*, Cham, Springer
- Scanlon, T.M. (1992), "The Aims and Authority of Moral Theory", *Oxford Journal of Legal Studies*, 12/1, 1-23
- Scully, Jackie Leach (2026), "Feminist Bioethics", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*
- Serodio, Aluisio (2008), "Revisitando o Princípalismo: Aplicações e Insuficiências na Abordagem dos Problemas Bioéticos Nacionais", *Revista Brasileira de Bioética*, 4/1-2, 69-79
- Shapiro, Michael H. (1999), "Is Bioethics Broke? On the Idea of Ethics and Law «Catching Up» with Technology", *Indiana Law Review*, 33/1, 17-162
- Shea, Matthew (2020), "Principlism's Balancing Act: Why the Principles of Biomedical Ethics Need a Theory of the Good", *Journal of Medicine and Philosophy*, 45, 441-470
- Sherbert, Michael G. (2026), *Deconstructing Transhumanism. A Religion Without Religion*, London, Routledge
- Sherwin, Susan (1992), *No Longer Patient. Feminist Ethics and Health Care*, Philadelphia, Temple University Press
- Shewmon, D. Alan (2021), "Statement in Support of Revising the Uniform Determination of Death Act and in Opposition to a Proposed Revision", *The Journal of Medicine and Philosophy*, 1-35
- Silva, Ana, Hernâni Caniço, Susana Rosa Lopes & Margarida



- Silvestre (2021), "Principlism in the Daily Practice of Family Medicine", *Revista Portuguesa de Medicina Geral e Familiar*, 37, 214-221
- Sinclair, Neil (org.) (2019), *The Naturalistic Fallacy*, Cambridge, Cambridge University Press
- Skloot, Rebecca (2010), *The Immortal Life of Henrietta Lacks*, New York, Crown Publishing
- Smith II, George P. (2013), "Applying Bioethics in the 21st Century: Principlism or Situationism", *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 30/1, 37-58
- Steinbock, Bonnie (org.) (2007), *Oxford Handbook of Bioethics*, Oxford, Oxford University Press
- Strong, Carson (2000), "Specified Principlism: What is it, and Does it Really Resolve Cases Better than Casuistry?", *Journal of Medicine and Philosophy*, 25/3, 323-341
- Sunstein, Cass R. (2018), *Legal Reasoning and Political Conflict*, 2.<sup>a</sup> ed., New York, Oxford University Press
- Suter, Sonia M. & Laura Hercher (2023), "Reproductive Genetic Medicine in a Post-Dobbs World: Will it Make Life Harder for People with Genetic Disease?", *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 51, 511-517
- Taylor, Nicola, Mackenzie Graham, Mark Delargy & Lorina Naci (2020), "Memory During the Presumed Vegetative State: Implications for Patient Quality of Life", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 29, 501-510
- Tong, Rosemarie (2007), *New Perspectives in Health Care Ethics. An Interdisciplinary and Crosscultural Approach*, Upper Saddle River NJ, Pearson / Prentice Hall
- Toulmin, Stephen (1981), "The Tyranny of Principles", *The Hastings Center Report*, 11/6, 31-39
- Tremblay, Paul R. (1999), "The New Casuistry", *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 12/3, 489-542
- Verhagen, A.A. Eduard (2013), "The Groningen Protocol for Newborn Euthanasia; Which Way Did the Slippery

- Slope Tilt?”, *Journal of Medical Ethics*, 39, 293-295
- Verovšek, Peter J. (2026), *Jürgen Habermas. Public Intellectual and Engaged Critical Theorist*, New York, Columbia University Press
- Walker, Tom (2009), “What Principlism Misses”, *Journal of Medical Ethics*, 35/4, 229-231
- Wetternick, Ernani Miguel Lacerda (2005), “Alcances e Limites do Principlismo em Bioética Clínica” (tese mestrado PUCRS)
- Wilkinson, Dominic & Julian Savulescu (orgs.) (2023), *Pandemic Ethics: From COVID-19 to Disease X*, Oxford, Oxford University Press
- Wolf, Susan M. (1994), "Shifting Paradigms in Bioethics and Health Law: The Rise of a New Pragmatism", *American Journal of Law & Medicine*, 20/4, 395-416
- Wolf, Susan M. (org) (1996), *Feminism and Bioethics: Beyond Reproduction*, New York, Oxford University Press
- Wood, Allen W. (1999), *Kant's Ethical Thought*, Cambridge , Cambridge University Press, 76-110
- Wood, Allen W. (2008), *Kantian Ethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 43-65
- Zhai, Xiaomei (2023), “Chinese Academic Community Speak Out on He Jiankui Again: Consensus Statement on the Challenges and Responses of Science and Technology Ethics Governance”, *Health Care Science*, 1-3

# FRATERNIDADE E JUSTIÇA RELACIONAL COMO FUNDAMENTOS DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS LABORAIS

Luciane Cardoso Barzotto\*

**Resumo:** O presente artigo examina a justiça relacional e a fraternidade como fundamentos teóricos e práticos dos métodos adequados de solução de conflitos, com especial atenção às controvérsias trabalhistas. Parte-se da compreensão de que o contrato de trabalho possui natureza relacional — de longa duração, permeado de pessoalidade, confiança e reciprocidade —, exigindo análise que considere não apenas os aspectos normativos, mas os vínculos subjetivos e sociais que o constituem. A partir da teoria de Antonio Márquez Prieto, sustenta-se que a justiça relacional opera por três dimensões interdependentes: institucionalidade, reciprocidade e socialidade. A fraternidade, nesse contexto, não aparece como simples ideal moral, mas como princípio jurídico-político capaz de orientar práticas de reconhecimento, corresponsabilidade e restauração do vínculo social. O estudo analisa casos paradigmáticos (Coleman e Cédric Herrou) e examina a atuação da Justiça do Trabalho e dos CEJUSCs em contextos de crise — pandemia de COVID-19 e enchentes no Rio Grande do Sul (2024) —, demonstrando que os métodos autocompositivos podem garantir acesso à justiça, cooperação judicial e pacificação social mesmo em cenários de excepcionalidade.

**Palavras-Chave:** justiça relacional; fraternidade; contrato de trabalho; cultura da paz; mediação; conciliação trabalhista; CE-

---

\* Professora Titular da UFRGS. Pós-Doutoranda do Instituto Universitario Sophia. Desembargadora do TRT4.

JUSCs; acesso à justiça.

**Abstract:** This article analyzes relational justice and fraternity as theoretical and practical foundations for adequate dispute resolution methods, with particular emphasis on labor conflicts. The employment contract is understood as a relational contract — long-term, personal, trust-based and reciprocal — requiring analysis beyond mere normative dimensions. Drawing on Antonio Márquez Prieto's theory, relational justice is examined through three interdependent dimensions: institutionality, reciprocity and sociality. Fraternity, in this framework, is not merely a moral aspiration but a legal and political principle capable of guiding recognition, co-responsibility and restoration of social bonds. The article analyzes paradigmatic cases (Coleman and Cédric Herrou) and examines the role of Labor Courts and judicial mediation centers in critical contexts — the COVID-19 pandemic and the 2024 floods in Rio Grande do Sul —, showing that adequate dispute resolution methods may ensure access to justice, judicial cooperation and social pacification even under exceptional circumstances.

**Keywords:** relational justice; fraternity; employment contract; culture of peace; mediation; labor conciliation; access to justice.

**Sumário:** 1. Introdução — 2. O contrato de trabalho como relação jurídica viva — 3. A teoria da justiça relacional: institucionalidade, reciprocidade e socialidade — 4. Fraternidade como princípio jurídico — 5. Casos paradigmáticos: Coleman, Cédric Herrou e o julgamento de Salomão — 6. Métodos adequados de solução de conflitos laborais — 7. Mediação e conciliação trabalhista como espaços de justiça relacional — 8. Conciliação em situações de crise: pandemia e enchentes — 9. A justiça itinerante e o acesso à justiça para populações vulneráveis — 10. Autocomposição trabalhista fraterna e relacional (Conclusão) —

## Referências.

*“A justiça é uma relação, pois toda justiça se refere a outrem.”*  
São Tomás de Aquino — *Comentário à Ética a Nicômaco*,  
VIII, L.IX, 1180.

## 1. INTRODUÇÃO

O debate contemporâneo sobre o acesso à justiça não pode mais ser reduzido à ideia de ingresso formal em juízo. A experiência jurídica demonstra que, muitas vezes, a simples entrega de uma decisão estatal não é suficiente para pacificar uma controvérsia, especialmente quando o conflito nasce de uma relação continuada, pessoal e socialmente significativa. No campo laboral, essa constatação é ainda mais evidente: empregado e empregador não se vinculam apenas por cláusulas, mas por uma convivência que envolve expectativas, assimetrias, confiança, reconhecimento e dependência econômica.

Os métodos adequados de resolução de conflitos (MASCs) — procedimentos hetero e autocompositivos — desempenham papel central na construção de uma sociedade mais justa e fraterna. No âmbito das relações de trabalho, a negociação, a mediação e a conciliação são amplamente utilizadas para tratar conflitos de forma eficiente, prevenindo disputas judiciais prolongadas e minimizando seus impactos negativos. Sua função é mais profunda do que a mera redução do acervo processual: permitir que determinadas controvérsias sejam tratadas a partir de sua estrutura relacional, considerando o modo como os sujeitos se percebem, se comunicam, se responsabilizam e projetam os efeitos da solução para além do processo.

O ponto de partida teórico deste artigo é a teoria da justiça relacional de Antonio Márquez Prieto,<sup>1</sup> que institui um cri-

---

<sup>1</sup> MÁRQUEZ PRIETO, Antonio. Justicia Relacional: enfoque, línea y método. In: \_\_\_\_\_ (coord.). Justicia relacional y principio de fraternidad. Cizur Menor: Thomson

tério de orientação e um método de análise: a busca da justiça na própria relação jurídica, avaliada segundo seu grau de equidade. A fraternidade, por sua vez, fornece o elemento ético-jurídico que permite harmonizar liberdade e igualdade, introduzindo uma lógica de corresponsabilidade, reconhecimento e cuidado recíproco. O ordenamento constitucional brasileiro é propício a essa abordagem: o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 consagra a "sociedade fraterna" como objetivo nacional, ao lado do compromisso com a solução pacífica das controvérsias.

## 2. O CONTRATO DE TRABALHO COMO RELAÇÃO JURÍDICA VIVA

A teoria dos contratos relacionais, desenvolvida por Ian Macneil,<sup>23</sup> propõe ruptura com a visão formalista dos contratos ao distinguir os contratos descontínuos (transacionais) dos contratos contínuos ou relacionais. Nestes últimos, as interações formam um *continuum* de cooperação no qual expectativas de comportamento, ajustes mútuos e vínculos sociais assumem papel central. Gándara<sup>4</sup> explica que a teoria contratual clássica — embasada na autonomia da vontade liberal — é insuficiente para regular relações que exigem cooperação, confiança e adaptação contínua.

O contrato de trabalho é exemplo paradigmático de contrato relacional. Suas marcas essenciais — pessoalidade, continuidade, subordinação e onerosidade<sup>5</sup> — revelam que o vínculo

---

Reuters Aranzadi, 2017, p. 145-218.

<sup>2</sup> MACNEIL, Ian R. O novo contrato social. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

<sup>3</sup> MACNEIL, Ian R. Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law. *Northwestern University Law Review*, v. 72, 1978, p. 854-905.

<sup>4</sup> GÁNDARA, Rocio Caro. A justiça relacional do contrato. In: COSSEDU, Adriana (org.). Os caminhos do jurista sob os passos da fraternidade. Manaus: Imprensa Oficial, 2021, p. 321-346.

<sup>5</sup> CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São

empregatício não se reduz a uma troca formal de prestações, mas constitui uma relação viva, construída no cotidiano laboral. O trabalhador não é uma peça substituível em uma troca econômica abstrata, mas pessoa concreta, titular de dignidade, expectativas profissionais e vínculos sociais. A afirmação de que o trabalho não é mercadoria significa, precisamente, que a prestação laboral envolve a personalidade do trabalhador e produz efeitos sobre sua vida material, moral e comunitária.

A *Fides* (confiança romana), na concepção de Cícero,<sup>6</sup> é o fundamento da justiça: a verdade e a constância nas palavras e nas convenções. Rudolf von Ihering<sup>7</sup> observa que a própria paz (*pax*) deriva de um pacto (*pactum*): o direito tem natureza fundamentalmente relacional e pactual. O "conflito como crise" (*krisis*) é concepção própria dos contratos relacionais: não a ruptura definitiva, mas o momento que exige discernimento para reconfigurar a relação e restaurar a *Fides*.

### 3. A TEORIA DA JUSTIÇA RELACIONAL: INSTITUCIONALIDADE, RECIPROCIDADE E SOCIALIDADE

A justiça relacional de Márquez Prieto<sup>8</sup> emerge como superação da crise da concepção moderna de justiça ante o pluralismo axiológico e a crescente complexidade das sociedades contemporâneas. O paradigma vai além da racionalidade procedimental (Rawls, Habermas): compreende a justiça como produto emergente da própria relação jurídica — não um *input* do direito, mas resultado dinâmico que se manifesta na interação entre os agentes jurídicos. A pergunta central deixa de ser apenas

---

Paulo: LTr, 2012.

<sup>6</sup> VALENTE, Milton. A ética estoica em Cícero. Caxias do Sul: [s.n.], 1984, p. 180. Cícero: "Fundamentum autem est iustitia fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas."

<sup>7</sup> IHERING, Rudolf von. El espíritu del derecho romano. México: [s.n.], 2001, I, 2, 18, p. 150: "A própria paz (*pax*) resulta de um *pactum*."

"qual regra se aplica?" e passa a incluir: "em que medida esta relação, em sua forma concreta, é justa?".

As três dimensões da justiça relacional são interdependentes e formam um círculo virtuoso:<sup>9</sup>

(i) *Institucionalidade*: estrutura normativa das relações — normas, contratos, direitos, obrigações e instituições. No Direito do Trabalho, expressa-se pela Constituição Federal, pela CLT, pelas normas de proteção e pelas políticas judiciais de tratamento adequado dos conflitos. Deve ser "aberta" à reciprocidade, constituindo uma "relacionalidade jurídica".

(ii) *Reciprocidade*: dimensão dinâmica e comportamental. Não significa igualdade material absoluta entre empregado e empregador — a relação laboral é estruturalmente assimétrica —, mas a exigência de que cada parte reconheça a outra como sujeito de direitos, expectativas e responsabilidades. A reciprocidade atua como antídoto contra a objetificação do trabalhador e contra a redução do empregador a inimigo processual.

(iii) *Socialidade*: ambiente cultural e impacto da relação jurídica no ambiente social. Toda solução de conflito produz efeitos que ultrapassam as partes: influencia práticas empresariais, cultura institucional, confiança na Justiça e qualidade da convivência comunitária.

Como refere Cossedu,<sup>10</sup> há um horizonte em que o direito se faz instrumento de correlação entre seres humanos, num paradigma de responsabilidade que ultrapassa o relacionamento baseado apenas em normas. É nesse ponto que mediação e con-

---

<sup>9</sup> MÁRQUEZ PRIETO, Antonio. La justicia relacional como círculo virtuoso. *Revista de Pensament i Anàlisi*, n. 14, p. 117-134, 2014.

<sup>10</sup> COSSEDU, Adriana. *Ripensare la giustizia: un laboratorio per l'umanità dell'uomo*. In: *Diritto in Cerca de Giustizia. Il método Lionello Bonfanti*. Palermo: Torri del Vento Edizione, 2015, p. 29.



ciliação deixam de ser técnicas periféricas e se tornam instrumentos de justiça relacional.

#### 4. FRATERNIDADE COMO PRINCÍPIO JURÍDICO

A fraternidade, proclamada na Revolução Francesa junto à liberdade e à igualdade,<sup>11</sup> é princípio jurídico reconhecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (preâmbulo — "sociedade fraterna"), na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 1.º — "agir uns para com os outros em espírito de fraternidade") e em diversas constituições contemporâneas. No plano jurídico-político, a fraternidade não deve ser reduzida a sentimento privado ou virtude individual: ela possui densidade normativa quando orienta instituições, políticas públicas e práticas interpretativas voltadas à promoção de uma sociedade menos indiferente às vulnerabilidades.

A fraternidade é especialmente relevante porque equilibra liberdade e igualdade. A liberdade, isolada, pode justificar relações contratuais formalmente voluntárias, mas materialmente opressivas. A igualdade, isolada, pode produzir respostas abstratas que não percebem as diferenças concretas entre os sujeitos. A fraternidade permite que ambas sejam compreendidas em uma comunidade de responsabilidade, na qual a dignidade do outro importa para a configuração da própria justiça.

Na teoria relacional, a fraternidade é um princípio relacional<sup>12</sup>: coordena liberdade e igualdade ao coexistir, no âmbito institucional, com aspectos de reciprocidade (doação, *fides*, gratuidade, amizade) e de socialidade (cultura, universalidade, pertencimento, interdependência, confiança). Não é mero valor moral ou retórico: pode ter consequências jurídicas. O Direito não

---

<sup>11</sup> BAGGIO, Antonio Maria (org.). O princípio esquecido. v. 1. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

<sup>12</sup> MÁRQUEZ PRIETO, Antonio. Il perché della giustizia relazionale. In: COSSEDU, Adriana (cura). I sentieri del giurista sulle tracce della fraternità. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016, p. 214.

obriga alguém a ser fraterno no plano interno da consciência, mas pode criar incentivos, procedimentos e estruturas que favoreçam comportamentos fraternos: escuta, diálogo, cooperação, não humilhação, reconhecimento de vulnerabilidades e prevenção de novas violações.

Alain Supiot<sup>13</sup> identifica três sentidos de fraternidade nas relações de trabalho: (i) de conciliação — Doutrina Social da Igreja; (ii) de combate — solidariedade sindical; e (iii) de exclusão — preferências nacionais. A este diagnóstico acrescenta-se um quarto sentido: a *fraternidade de inclusão protetiva* — abrir direitos a trabalhadores excluídos de regulamentação adequada (plataformas digitais, trabalho infantil, trabalho escravo), em que a ausência de proteção revela grave déficit fraternal.

## 5. CASOS PARADIGMÁTICOS: COLEMAN, CÉDRIC HERROU E O JULGAMENTO DE SALOMÃO

### 5.1 CASO COLEMAN V ATTRIDGE LAW (TJUE, 2008)

Sharon Coleman, secretária portadora de filho com deficiência, foi forçada a sair do emprego após retornar da licença maternidade, em razão de tratamento discriminatório ligado à condição do filho. O TJUE expandiu o princípio da igualdade de tratamento para alcançar a "discriminação por associação", protegendo trabalhadores que sofrem tratamento prejudicial em razão da condição de familiar. A importância relacional do caso está no deslocamento do foco: a justiça não se limita à identificação formal de quem possui a deficiência, mas alcança a rede de relações em que a vulnerabilidade se manifesta.

Sob a tríade relacional: a institucionalidade manifesta-se na expansão da Diretiva 2000/78/CE; a reciprocidade constatou a quebra da confiança e do respeito devidos no ambiente de tra-

---

<sup>13</sup> SUPIOT, Alain. *Crítica do Direito do Trabalho*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 169.

balho — uma crise da Fides; a socialidade ressoa no efeito pedagógico na cultura jurídica, tornando o Direito mais apto a proteger a dignidade em sua dimensão concreta.

## 5.2 CASO CÉDRIC HERROU (CONSELHO CONSTITUCIONAL FRANCÊS, 2018)

Em 2018, o Conselho Constitucional francês<sup>14</sup> aplicou diretamente o princípio da fraternidade para descriminalizar o auxílio humanitário a imigrantes irregulares. Cédric Herrou, agricultor que acolhia migrantes na fronteira franco-italiana, foi absolvido com base no princípio constitucional da fraternidade. O caso demonstra que a fraternidade pode operar como princípio hermenêutico: ela exige que a interpretação jurídica considere a finalidade humana do Direito. Sob a socialidade, a decisão possui forte efeito pedagógico — a solidariedade passa a ser reconhecida não apenas como valor moral, mas como direito e dever constitucional com força normativa. Quando a conduta solidária é tratada como ameaça, o sistema jurídico precisa perguntar se está protegendo a ordem ou punindo a humanidade mínima de quem socorre.

## 5.3 O JULGAMENTO DO REI SALOMÃO E A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO RELACIONAL

O julgamento do rei Salomão (1 Reis 3,16-28) é rico em significados jurídicos, éticos e antropológicos. Quando Salomão ordena dividir o bebê ao meio, a mãe verdadeira renuncia ao seu direito para salvar a vida do filho — ato de entrega que revela o vínculo relacional mais profundo. Salomão passa do papel de juiz para o de mediador, fazendo emergir a verdade por meio da

---

<sup>14</sup> BARZOTTO, Luciane Cardoso. A justiça constitucional francesa e o princípio da fraternidade no caso Cedric Herrou. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 204/2019, p. 109-118, ago. 2019.

reação emocional das partes. A lição é decisiva para os métodos autocompositivos: muitas vezes, a solução justa não está apenas em dividir valores ou fixar responsabilidades, mas em compreender o que as partes realmente protegem.

Jon Elster<sup>15</sup> aponta que as partes, diante das limitações probatórias e da imprevisibilidade das decisões judiciais, preferem negociar: o acordo não representa fraqueza, mas estratégia racional frente à álea. Ricoeur<sup>16</sup> acrescenta que o processo é o "espaço da justa distância" — transfere os conflitos do nível da violência para o nível da linguagem e do discurso. Na relação laboral, o conflito pode envolver salário e verbas rescisórias, mas também reconhecimento, confiança, humilhação, medo, pertencimento e expectativa de futuro — a justiça relacional permite que esses elementos apareçam.

## 6. MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS LABORAIS

A cultura da paz,<sup>17</sup> na formulação de Johan Galtung, pressupõe paz negativa (ausência de violência direta), paz positiva (estruturas sociais justas) e paz cultural (respeito à diversidade e promoção do diálogo). A ideia de "justiça multiportas" (Sander, 1976) deu origem ao que hoje se denomina Métodos Adequados de Solução de Conflitos (MASCs). O Brasil regulamentou esses métodos pela Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), Resolução CNJ 125/2010,<sup>18</sup> Código de Processo Civil (Lei

---

<sup>15</sup> ELSTER, Jon. *Solomonic Judgements: Studies in the Limitations of Rationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

<sup>16</sup> RICOEUR, Paul. *O justo*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 255.

<sup>17</sup> GALTUNG, Johan. *Peace by Peaceful Means*. London: SAGE Publications, 1996. ONU. Resolução A/RES/52/13. Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz. 15 jan. 1998.

<sup>18</sup> WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICH, Morgana de Almeida (coord.). *Conciliação e mediação*. Rio de Janeiro: Forense,

13.105/2015) e Lei de Mediação (Lei 13.140/2015). No âmbito trabalhista, a Resolução CSJT 174/2016 e a Resolução CSJT 415/2025 consolidaram a política de tratamento adequado dos conflitos.

Principais métodos utilizados na Justiça do Trabalho brasileira:

- **Negociação:** diálogo direto entre as partes, com ou sem intervenção de terceiros. O Método Harvard propõe: separar pessoas do problema; focar em interesses (não posições); criar opções de ganhos mútuos; usar critérios objetivos. O conceito de BATNA (melhor alternativa a um acordo negociado) permite que os negociantes avaliem seus limites sem entrar em acordos injustos.
- **Mediação:** processo estruturado conduzido por mediador imparcial que facilita o diálogo sem impor decisões. Na Justiça do Trabalho, mediadores dos CEJUSCs aplicam o modelo linear de Harvard, o circular-narrativo (Sara Cobb) e o transformativo (Bush e Folger). A mediação possui efeito transformador: visa não apenas ao acordo, mas ao fortalecimento das partes e à humanização da relação conflituosa.
- **Conciliação:** conduzida por conciliador que pode propor soluções, adequada para conflitos objetivos e pontuais. Segundo o CNJ,<sup>19</sup> em 2024 a Justiça do Trabalho foi o ramo que mais homologou acordos (20,2% dos processos), movimentando mais de R\$ 7 bilhões.
- **Arbitragem:** método heterocompositivo com decisão vinculante. O art. 507-A da CLT (Reforma Trabalhista de 2017) permite a cláusula compromissória em contratos de trabalhadores hipersuficientes.
- **ODR (Online Dispute Resolution):** uso de tecnologias digitais para facilitar a resolução de disputas sem compareci-

---

2011, p. 3-10.

<sup>19</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2024. Brasília: CNJ, 2024, p. 255.

mento físico. A pandemia acelerou sua adoção; o Programa Justiça 4.0 e o ChatJT incorporam inteligência artificial nos processos conciliatórios — com a cautela de que a supervisão humana deve ser preservada como garantia dos direitos fundamentais dos litigantes.

- Justiça Restaurativa: modelo que visa restaurar relações sociais afetadas, envolvendo vítima, ofensor e comunidade em processos de diálogo. A Resolução CSJT 288/2021 tornou-a aplicável a conflitos trabalhistas, sendo amplamente utilizada no combate ao assédio laboral e sexual.

O sistema multiportas, sob o prisma da justiça relacional, não é um simples "menu" de técnicas: deve aportar socialidade e relacionalidade ínsitas ao direito. No Direito do Trabalho, a adequação do método exige cuidado especial: a assimetria entre empregado e empregador impede uma visão ingênua da auto-composição. Um acordo só será legítimo se respeitar direitos indisponíveis, proteger a parte vulnerável e evitar pressões indevidas. A conciliação trabalhista não pode ser mero espaço de renúncia; deve ser ambiente de equilíbrio, informação e proteção.

## 7. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO TRABALHISTA COMO ESPAÇOS DE JUSTIÇA RELACIONAL

A conciliação possui longa tradição na Justiça do Trabalho brasileira,<sup>20</sup> concebida desde sua origem com vocação conciliatória. Os CEJUSCs trabalhistas representam um avanço institucional importante porque oferecem espaço próprio para o tratamento adequado das disputas, deslocando a autocomposição de um momento ocasional do processo para uma política permanente de diálogo.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> RODRIGUES, Adroaldo Junior Vidal. Conciliação como instituição na Justiça do Trabalho: da Junta de Conciliação e Julgamento de São Leopoldo-RS (1946-1966) ao e-CEJUSC. 2025. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2025.

<sup>21</sup> ALMEIDA, Tania. Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos.

A mediação trabalhista,<sup>22</sup> especialmente nos conflitos individuais, deve considerar que o conflito nem sempre se limita ao valor econômico pedido. Em muitos casos, a controvérsia envolve assédio moral, ruptura de confiança, acidente, discriminação, atraso salarial, dispensa traumática, ausência de reconhecimento ou falha de comunicação. A escuta mediada permite identificar interesses e necessidades que a petição inicial nem sempre expressa adequadamente.

A diferença entre uma conciliação meramente estatística e uma conciliação relacional está no modo de tratar as pessoas. A primeira busca encerrar processos. A segunda busca compreender a controvérsia, preservar dignidade, assegurar direitos mínimos e produzir pacificação social. A primeira mede êxito por número de acordos. A segunda mede também a qualidade da solução e seus efeitos sobre a confiança no sistema de justiça. Um acordo rápido, mas injusto, pode gerar ressentimento, novas demandas e descrédito institucional. Um acordo construído com escuta, informação e equilíbrio tende a produzir maior cumprimento espontâneo, menor litigiosidade futura e maior legitimação da Justiça.

## 8. CONCILIAÇÃO EM SITUAÇÕES DE CRISE: PANDEMIA E ENCHENTES

### 8.1 A CONCILIAÇÃO NA PANDEMIA DE COVID-19 (2020-2021)

A pandemia impôs o fechamento dos prédios físicos do Judiciário e exigiu soluções de acesso à justiça em ambiente virtual. O CSJT editou a Recomendação GVP n.º 01/2020, adaptando diretrizes para mediação e conciliação eletrônicas. Dados

---

7. ed. Rio de Janeiro: Dash, 2020.

<sup>22</sup> MARTINS, Marcelo Gouvêa Almeida. A mediação para o dissídio individual trabalhista: uma pesquisa empírica sobre as suas (in)viabilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

do CNJ indicam<sup>23</sup> que 78% dos Tribunais adotaram medidas especiais e 53% realizavam audiências por videoconferência já no primeiro semestre de 2020. Entre janeiro e julho daquele ano, foram realizadas 270,8 mil conciliações com o pagamento de cerca de R\$ 6 bilhões em acordos.

A pandemia reforçou a dimensão institucional da justiça relacional, pois exigiu que o Judiciário trabalhista reorganizasse seus procedimentos para manter o acesso à justiça. Também reforçou a reciprocidade, uma vez que muitas soluções dependeram da compreensão de dificuldades mútuas. Revelou ainda a socialidade, pois cada acordo individual poderia contribuir para preservar renda, atividade econômica, confiança e paz social. A excepcionalidade, contudo, não autoriza a flexibilização ilimitada de direitos: em momentos de crise, a institucionalidade protetiva torna-se ainda mais necessária.

## 8.2 A CONCILIAÇÃO APÓS AS ENCHENTES DO RIO GRANDE DO SUL (2024)

Em maio de 2024, as enchentes devastaram o Rio Grande do Sul, afetando 2,4 milhões de pessoas e mais de 45 mil atividades econômicas, gerando a perda de 23,8 mil empregos formais até setembro daquele ano.<sup>24</sup> A cooperação judicial emergiu como resposta urgente e fraterna. A iniciativa "Conciliando, Recomeçamos" mobilizou mais de 100 conciliadores voluntários de todo o país, operando virtualmente. A "Semana Gaúcha de Conciliação" (1 a 10 de julho de 2024) resultou em R\$ 65.169.673,64 homologados em mais de 1.000 audiências, ga-

---

<sup>23</sup> BARZOTTO, Luciane Cardoso; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; RECKZIEGEL, Tânia Regina Silva. Conciliação judicial e fraternidade. In: TURATTI, D. et al. (org.). Estudos de direito e fraternidade na fronteira da paz. Brasília: AMB, 2021, p. 55-74.

<sup>24</sup> BARZOTTO, Luciane Cardoso; PEREZ, Maria Cristina Santos. Cooperação Judicial, Mediação e Conciliação como formas de enfrentamento à crise climática do Rio Grande do Sul. Revista da ASDRT, v. 6, p. 78-94, 2024.



rantindo pagamento imediato de salários a trabalhadores que tudo haviam perdido.

O TRT4 tornou-se *leading case* de cooperação judiciária, irradiando para outros ramos: o TJRJ disponibilizou 61 juízes voluntários e 13 desembargadores para o TJRS. A Resolução CNJ 646/2025 instituiu o Protocolo de Crise Socioambiental do Poder Judiciário, consolidando a experiência como política pública permanente. As enchentes demonstram que a cultura da paz é também uma cultura de reconstrução: o método autocompositivo, quando guiado pela fraternidade, atua como instrumento de recomposição de laços sociais em um ambiente de perda coletiva.

## 9. A JUSTIÇA ITINERANTE E O ACESSO À JUSTIÇA PARA POPULAÇÕES VULNERÁVEIS

Registra-se uma tendência contemporânea que merece especial destaque: a realização de conciliações e mediações fora das sedes físicas do Poder Judiciário, levando os MASCs diretamente às populações carentes e distantes dos grandes centros urbanos. A Justiça itinerante, ao promover sessões em localidades remotas — comunidades ribeirinhas, municípios do interior, periferias urbanas —, expressa, na prática, os valores de solidariedade e reciprocidade que fundamentam a teoria da justiça relacional. A conciliação itinerante não é apenas estratégia de eficiência institucional: é expressão concreta do princípio da fraternidade, ao reconhecer que a dignidade humana não admite barreiras geográficas ou econômicas no acesso à justiça.

A ausência de uma política pública efetiva de informação jurídica compromete o acesso a procedimentos básicos, especialmente entre grupos vulneráveis.<sup>25</sup> O fortalecimento da conciliação itinerante e das sessões de mediação pré-processual nas

---

<sup>25</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

comunidades atende tanto às exigências de eficiência institucional quanto ao princípio da fraternidade. A ODR amplia esse alcance ao permitir sessões virtuais em regiões remotas — como ocorreu durante as enchentes do RS, em que audiências telepresenciais garantiram acesso à justiça a jurisdicionados impossibilitados de se deslocar. A tecnologia, quando combinada à supervisão humana e à sensibilidade relacional, é aliada da fraternidade.

## 10. AUTOCOMPOSIÇÃO TRABALHISTA FRATERNA E RELACIONAL

### *(CONCLUSÃO)*

A justiça relacional e a fraternidade oferecem uma contribuição decisiva para a compreensão dos métodos adequados de solução de conflitos trabalhistas. Elas permitem superar duas reduções frequentes: a redução do conflito a um problema exclusivamente normativo e a redução da autocomposição a uma técnica de diminuição de acervo processual. O contrato de trabalho, por sua natureza relacional, exige tratamento compatível com sua complexidade. Seus conflitos são crises de uma relação marcada por pessoalidade, continuidade, subordinação e onerosidade — sua solução demanda mais do que cálculo de parcelas.

A partir dos elementos desenvolvidos, é possível formular parâmetros para orientar a prática da mediação e da conciliação trabalhista sob o enfoque da justiça relacional e da fraternidade:

- Controle de institucionalidade: todo acordo deve respeitar direitos indisponíveis, garantias mínimas do trabalhador, informação adequada e ausência de coação.
- Escuta qualificada: o método deve permitir que as partes expressem não apenas pedidos econômicos, mas também expectativas, danos, necessidades e possibilidades reais de

cumprimento.

- Equilíbrio de poder: a atuação do mediador ou conciliador deve compensar assimetrias, impedindo que a vulnerabilidade econômica se converta em renúncia injusta.
- Reciprocidade possível: a autocomposição deve promover reconhecimento mútuo, ainda que não haja restauração plena do vínculo laboral.
- Socialidade da solução: o acordo deve considerar seus efeitos sobre a comunidade de trabalho, sobre a confiança no sistema de justiça e sobre a prevenção de novas violações.
- Boa-fé e transparência: as partes devem negociar com informações suficientes e expectativas realistas, evitando acordos inexequíveis.
- Humanização da resposta: a solução deve tratar o conflito como crise de uma relação humana, e não apenas como cálculo de risco processual.

Esses parâmetros reforçam que a fraternidade não substitui a técnica jurídica — ao contrário, exige técnica mais rigorosa. Uma autocomposição fraterna não pode ser improvisada, paternalista ou meramente emocional: ela depende de preparação, método, estrutura institucional e compromisso com a dignidade concreta das partes.

Os casos Coleman e Cédric Herrou demonstram que a dimensão relacional do direito pode transformar a cultura jurídica. O julgamento de Salomão antecipa, em chave simbólica, a sabedoria mediacional: quem está disposto a reconhecer o outro como sujeito encontra a verdade relacional. Em situações de crise extrema — pandemia ou catástrofe climática —, a conciliação revelou-se não apenas eficiente, mas ética e solidária: expressão concreta do princípio da fraternidade na administração da justiça. A justiça itinerante, ao levar a conciliação às comunidades vulneráveis e distantes, materializa o princípio de que a dignidade humana não admite barreiras geográficas ou econômicas no acesso à justiça.

Conclui-se que a fraternidade não é elemento externo ao jurídico. Ela é critério de humanização da institucionalidade, de qualificação da reciprocidade e de promoção da socialidade. A teoria da justiça relacional, ancorada na tríade institucionalidade-reciprocidade-socialidade e no princípio da fraternidade, oferece referencial teórico robusto e aplicável às relações laborais contemporâneas, contribuindo para o aperfeiçoamento dos métodos adequados de solução de conflitos e para a promoção duradoura da paz social. Nos conflitos laborais, sua presença permite que a solução não seja apenas legal, mas também relacionalmente justa.



## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Tania. Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos. 7. ed. Rio de Janeiro: Dash, 2020.
- AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de mediação judicial. 7. ed. Brasília: GT RAD, 2018.
- BAGGIO, Antonio Maria (Org.). O princípio esquecido. v. 1. São Paulo: Cidade Nova, 2008.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso. Acesso à Justiça e fraternidade: o exemplo da conciliação. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso et al. (org.). Direito e Fraternidade: em busca de respostas. Porto Alegre: Sapiens, 2016.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso. A justiça constitucional francesa e o princípio da fraternidade no caso Cedric Herrou. Revista de Direito do Trabalho, v. 204, p. 109-118, ago. 2019.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso; PEREZ, Maria Cristina Santos. Cooperação Judicial, Mediação e Conciliação como formas de enfrentamento à crise climática do Estado do Rio

- Grande do Sul. Revista da ASDRT, v. 6, p. 78-94, 2024.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho; RECKZIEGEL, Tânia Regina Silva. Conciliação judicial e fraternidade: desafios do acesso à justiça laboral em tempos de pandemia. In: TURATTI, D. et al. (Org.). Estudos de direito e fraternidade na fronteira da paz. Brasília: AMB, 2021. p. 55-74.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2024. Brasília: CNJ, 2024.
- BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph. The promise of mediation: responding to conflict through empowerment and recognition. San Francisco: Jossey-Bass, 1994.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CATHARINO, José Martins. Compêndio de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.
- COSSÉDU, Adriana. Ripensare la giustizia: un laboratorio per l'umanità dell'uomo. In: Diritto in Cerca de Giustizia: il método Lionello Bonfanti. Palermo: Torri del Vento Edizione, 2015.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2012.
- ELSTER, Jon. Solomonic Judgements: Studies in the Limitations of Rationality. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Como chegar ao sim: negociação de acordos sem ceder. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2011.
- GALTUNG, Johan. Peace by peaceful means: peace and con-

- flict, development, and civilization. London: Sage Publications, 1996.
- GÁNDARA, Rocio Caro. A justiça relacional do contrato. In: COSSEDU, Adriana (org.). Os caminhos do jurista sob os passos da fraternidade. Manaus: Imprensa Oficial, 2021. p. 321-346.
- IHERING, Rudolf von. El espíritu del derecho romano. México: [s.n.], 2001.
- MACEIL, Ian R. O novo contrato social. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- MACNEIL, Ian R. Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law. *Northwestern University Law Review*, v. 72, 1978, p. 854-905.
- MÁRQUEZ PRIETO, Antonio. Justicia relacional y fraternidad. In: BAGGIO, Antonio Maria; COSSEDDU, Adriana. Fraternidad y justicia. Granada: Comares, 2012.
- MÁRQUEZ PRIETO, Antonio. La justicia relacional como círculo virtuoso. *Recerca: Revista de Pensament i Anàlisi*, n. 14, p. 117-134, 2014.
- MÁRQUEZ PRIETO, Antonio. Il perché della giustizia relazionale. In: COSSEDU, Adriana (cura). I sentieri del giurista sulle tracce della fraternità. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.
- MÁRQUEZ PRIETO, Antonio. Justicia Relacional: enfoque, línea y método. In: \_\_\_\_\_ (coord.). Justicia relacional y principio de fraternidad. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- MARTINS, Marcelo Gouvêa Almeida. A mediação para o dissídio individual trabalhista: uma pesquisa empírica sobre as suas (in)viabilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- MOORE, Christopher W. O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. 4. ed. Porto Ale-

- gre: Artmed, 2014.
- OIT. Individual and Collective Labour Dispute Settlement Systems: A Comparative Overview. Genebra: ILO, 2020.
- ONU. Resolução A/RES/52/13. Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz. 15 jan. 1998.
- RICOEUR, Paul. O justo. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- RODRIGUES, Adroaldo Junior Vidal. Conciliação como instituição na Justiça do Trabalho: da Junta de Conciliação e Julgamento de São Leopoldo-RS (1946-1966) ao e-CEJUSC. 2025. Tese (Doutorado em Direito) – UFRGS, Porto Alegre, 2025.
- SUPIOT, Alain. Crítica do Direito do Trabalho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.
- TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.
- VALENTE, Milton. A ética estóica em Cícero. Caxias do Sul: [s.n.], 1984.
- WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). Conciliação e mediação. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 3-10.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2022.
- ZEHR, Howard. Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo. São Paulo: Palas Athena, 2008.





# NOBEL PRIZE, INCREMENTAL LEARNED HAND STANDARD AND CHEAPEST COST AVOIDER CRITERION: COMPARATIVE TORT LAW AND ECONOMICS IN LEGAL PRACTICE<sup>1</sup>

Eugênio Battesini<sup>2</sup>

**Abstract:** The present study is part of the field of research called comparative tort law and economics, defending the basic working hypothesis that the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion are useful damage allocation instruments, algorithms that contribute to the resolution of methodological problems that permeate the legal practice of tort law, law in practice. The study is structured in seven parts. The first part explores the theme of the transnationality of conceptual structures and operational rules of tort law. The second and third parts explore the Incremental Learned Hand Standard, highlighting the potential application of the institute as a directive for assessing fault/negligence for the purpose of establishing the imputation nexus and as a criterion for grading fault/negligence for the purpose of quantifying compensation. The fourth and fifth

---

<sup>1</sup> This paper was presented at the: European Association of Law & Economics 42nd Annual Conference - EALE, Oslo, on September 18-19, 2025, and at the; XVIII Congress of Associação Brasileira de Direito e Economia - ABDE, Brasília, on October 30, November 01, 2025.

<sup>2</sup> Member of the permanent teaching staff and deputy director of the *Escola Superior da Advocacia-Geral da União* (Brazilian Government); Federal Attorney of *Advocacia-Geral da União*; post-doctorate in Legal and Economic Sciences from the *Universidade de Lisboa*; PhD in Law from the *Universidade Federal do Rio Grande do Sul*; post-graduate in Law and Business Economics from the *Fundação Getúlio Vargas*; visiting research fellow in Law at *Columbia University*; extension in Law and Economics at the *University of Chicago*; extension in European Law and Harmonization Law at the *Università degli Studi di Roma Tor Vergata*; degree in Economics from the *Universidade Federal do Rio Grande do Sul*; degree in Business Administration from the *Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, and; degree in Legal and Social Sciences from the *Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*.

parts explore the Cheapest Cost Avoider Criterion, highlighting the potential application of the institute as a directive for delimiting the field of action of strict liability and negligence and as a criterion for establishing the causal link. The sixth part explores the dialogue between the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion and the potential for combined use of these institutes in legal practice. The seventh part shows how the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion have been used in legal practice in the process of attribution of liability, in common law and civil law countries, with emphasis on the consolidated situation of the United States and the emerging case of Brazil. In the conclusion, the synthesis of the main ideas developed is carried out, demonstrating that the basic working hypothesis has been confirmed, considerations are made regarding the limits and possibilities of using the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion in legal practice and the relevant role played by such institutes from the methodological perspective is highlighted, given that they are a paradigmatic example of genuine collaboration between law and economics, contributing to making the study of law more scientific, overcoming the difficulty of transboundary communication between jurists and the absence of a theory of law that is applicable to each legal system.

**Keywords:** Economic Analysis of Law. Law and Economics. Comparative Law. Tort Law. Causation. Fault. Negligence. Strict Liability. Damage. Compensation. Incremental Learned Hand Standard. Cheapest Cost Avoider Criterion.

**JEL classification:** K13

**Summary:** Introduction. 1. Transnationality of conceptual structures and operational rules of tort law. 2. Incremental Learned Hand Standard and the assessment of negligence. 3. Incremental

Learned Hand Standard and the graduation of negligence. 4. Cheapest Cost Avoider Criterion, strict liability *vis a vis* negligence. 5. Cheapest Cost Avoider Criterion and causation. 6. Dialogue between the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion. 7. Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion in legal practice. Conclusion. Bibliography.

## INTRODUCTION

In a witty fiction of the attribution of the Nobel Prize to legal science, in the article *A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law*, Thomas Ulen<sup>3</sup> highlights a relevant contemporary phenomenon, the study of law is becoming "more scientific", with the gradual and continuous overcoming of the "difficulty of transboundary communication" between jurists and the absence of a "accepted theory of law that applies to every legal system". Emphasizing the role played by law and economics in the construction of a "comprehensive theory" based on allocative efficiency, reduction of transaction costs and reduction of social costs, Thomas Ulen<sup>4</sup> highlights the value of conducting empirical studies in the study of law, exemplifying with the "remarkable study of the Coase Theorem in action"<sup>5</sup>, conducted by Robert Ellickson<sup>6</sup>.

The transboundary communication between jurists and the construction/application of a comprehensive theory of law based on allocative efficiency constitute the keynote of compar-

---

<sup>3</sup> ULEN, Thomas S. *A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law*, p. 20 and 22.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>5</sup> COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*, p. 1-44; MEZA, David de. *Coase Theorem*, p. 270-282.

<sup>6</sup> ELLICKSON, Robert. *Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County*, p. 623-687.

ative law and economics<sup>7</sup>. In the elucidative manifestation of Ugo Mattei and Fabrizio Cafaggi<sup>8</sup> at the end of the twentieth century, the "new frontier of the law and economics movement" is characterized by the combination of efforts of comparative law, with a view to understanding similarities and differences between legal systems, and law and economics, with a view to evaluating legal norms and institutions from the point of view of economic efficiency.

Over almost three decades, comparative law and economics has evolved significantly, consolidating itself as a field of research and producing original insights in both areas of knowledge, but it has also raised relevant methodological questions about the objectives of comparative research and interdisciplinarity, the role of empirical studies and the connections between theory, policy and practice<sup>9</sup>. Highlighting that comparative law and economics can foster a methodological pluralism that goes beyond empirical methods and extends to new ways of mixing concepts and classifying systems, causal theories and levels of investigation, Giuseppe Bellantuono<sup>10</sup> analyzes the main modalities of interdisciplinary<sup>11</sup> study, underlining the tax-

---

<sup>7</sup> For a systemic view and literature review in Comparative Law and Economics, see: MATTEI, Ugo e CAFAGGI, Fabrizio. *Comparative Law and Economics*, 1998; MATTEI, Ugo. *Comparative Law and Economics*, 1998; DE GEEST, Gerrit e VAN DEN BERGH, Roger, (eds.), *Comparative Law and Economics*, 2004; DE GEEST, Gerrit (ed.) *Economics of Comparative Law*, 2009; EISENBERG, Theodore e RAMELLO, Giovanni (eds.), *Comparative Law and Economics*, 2016; FAUST, Florian, *Comparative Law and Economic Analysis of Law*, 2019; BELLANTUONO, Giuseppe (ed.), *Rescuing Comparative Law and Economics? Exploring Successes and Failures of an Interdisciplinary Experiment*, 2021; GAROUPA, Nuno. *Trends in Comparative Law and Economics*, 2022, and; CATERINA, Raffaele, *Comparative Law and Economics*, 2023.

<sup>8</sup> MATTEI, Ugo; CAFAGGI, Fabrizio. *Op. cit.*, p. 346.

<sup>9</sup> BELLANTUONO, Giuseppe. *Introduction: Comparative Law and Interdisciplinary Bridges*, p. 7-8.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 8-9.

<sup>11</sup> Analyzing the literature on *comparative law and economics* in the light of the interdisciplinary research taxonomy proposed by the philosophy of science, Giuseppe Bellantuono identifies eight modalities of interdisciplinary exchange: 1. from eco-

onomy of "genuine collaboration", which requires the sharing of analytical tools, requires that "economists and comparative lawyers using the tools of both disciplines to address problems of one discipline"<sup>12</sup>.

The contemporary literature on comparative law and economics, Nuno Garoupa<sup>13</sup> highlights, in essence, comprises two traditional lines of research: the role of legal families (legal origins approach), addressing topics such as common law *vis a vis* civil law, transplantation of legal institutes and rule of law and economic development, and; the microeconomic analysis of legal rules, with emphasis on the institutes of private law, property, contracts and tort law. Tort law constitutes a fertile field for the application of law and economics fundamentals and for carrying out comparative analysis, static (with the objective of identifying similarities and differences between legal systems in a given period of time) and dynamic (with the objective of identifying convergence and divergence between legal systems in the course of history)<sup>14</sup>, characterizing the field of research called comparative tort law and economics.

In a consistent review of the literature with a view to analyzing the favorable and contrary aspects of the process of harmonization of tort law in Europe, Willem van Boom<sup>15</sup> identifies two strands in comparative tort law and economics. The strand that emphasizes the differences between legal systems<sup>16</sup>, envi-

---

nomics to comparative law; 2. from the economics to the economics; 3. From comparative law to economics; 4. from comparative law to comparative law; 5. transfer collaboration; 6. genuine collaboration; 7. new field generation, and; 8. parallel development. *Ibidem*, p. 11.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 11, 14-15.

<sup>13</sup> GAROUPA, Nuno. *Trends in Comparative Law and Economics*, p. 1-4.

<sup>14</sup> See: OGUS, Anthony. *Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law*, p. 405-406, and; MATTEI, Ugo, ANTONIOLLI, Luisa and ROSSATO, Andrea. *Comparative Law and Economics*, p. 507-508.

<sup>15</sup> VAN BOOM, Willem. *Harmonizing Tort Law: A Comparative Tort Law and Economics Analysis*, p. 435-449.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 435-437.

sioning tort law as a domestic preference, the result of historical roots and different weightings of values and protected interests; for example, the divergences in the treatment of pure economic damages in the common law systems (prevalence of the exclusionary rule), civil law of Germanic tradition (hostility to acceptance) and civil law of French tradition (receptivity to acceptance) and the correlated consequences in terms of allocative efficiency. In contrast, the strand that emphasizes the similarities between legal systems<sup>17</sup>, considering that, despite possible differences, tort law shares a common core, conceptual structures and operational rules, working rules, which lead to similar results when applied in legal practice, law in practice; for example, the strict liability rule and the negligence rule with presumption of fault serve the same purposes and lead to similar results in terms of allocative efficiency, even if the legal basis of the institutes in the different legal systems is not identical.

With the purpose of creating a secure institutional basis for the elaboration of principles of European tort law and carrying out research projects in the field of tort law and insurance law, the European Centre of Tort and Insurance Law<sup>18</sup>, an institution created in 1999 and made up of prominent academics from European Union countries, South Africa, Australia, Japan, the United States, Japan, Brazil, among others, develops an extraordinary effort of comparative research, identifying differences and similarities between tort law systems and incorporating fundamentals of law and economics. In this regard, the the-

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 436.

<sup>18</sup> See additional information about the European Centre of Tort and Insurance Law in: <http://www.ectil.org>. Among the main publications, the following can be mentioned: SPIER, Jaap (ed.), *Unification of Tort Law: Causation*, 2000; KOCH, Bernhard A., KOSIOL (eds), *Unification of Tort Law: Strict Liability*, 2002; MAGNUS, Ulrich, MARTIN-CASALS (eds.), *Unification of Tort Law: Contributory Negligence*, 2004; WIDMER, Pierre (ed.), *Unification of Tort Law: Fault*, 2005, and; EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principes du Droit Européen de la Responsabilité Civile*, 2005.

oretical contribution made by Michael Faure stands out,<sup>19</sup> who performs an extensive literature review on tort law and economics and explores the potential application of Coase's Theorem<sup>20</sup> and two other seminal institutes of law and economics, the Incremental Learned Hand Standard<sup>21</sup> and the Cheapest Cost Avoider Criterion<sup>22</sup>.

The Incremental Learned Hand Standard<sup>23</sup>, a formulation originally attributed to Judge Learned Hand in the case *United States v. Carroll Towing Company*<sup>24</sup>, is an instrument for the allocation of damages based on the weighting of prevention costs *vis a vis* the damages expected from accidents (cost/benefit analysis). The Incremental Learned Hand Standard is widely recognized in the United States legal system<sup>25</sup> as a consistent directive for assessing fault/negligence of individual conduct. The potential application of the Incremental Learned Hand Standard transcends the theme of negligence, to the point that William Landes and Richard Posner<sup>26</sup> qualify it as an "algorithm" that can be

---

<sup>19</sup> FAURE, Michael G., *Strict Liability, Economic Analysis*, p. 361-394; *Idem, Economic Analysis of Contributory Negligence*, p. 233-256; *Idem, Economic Analysis of Fault*, p. 311-330, and; *Idem, Tort and Insurance Law, the View from Law and Economics*, p. 239-273.

<sup>20</sup> FAURE, Michael G., *Strict Liability, Economic Analysis*, p. 376-377.

<sup>21</sup> *Idem, Economic Analysis of Fault*, p. 314-316.

<sup>22</sup> *Idem, Economic Analysis of Contributory Negligence*, p. 235.

<sup>23</sup> See about the topic: BROWN, John P., *Learned Hand Rule*, p. 514-516; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Tort Law*, p. 85-10, and; BATTESINI, Eugênio. *Incremental Learned Hand Standard, Degrees of Negligence and Allocation of Damages: a Comparative Tort Law and Economics Approach*, p. 51-52.

<sup>24</sup> Circuit Court of Appeals, Second Circuit, *United States v. Carrol Towing Co.* (159 F. 2d. 169, 1947). In an elucidative analogy, the statement of Judge Learned Hand in the case of *United States v. Carrol Towing Co.* it is "canonized" as the first application of cost/benefit analysis to law, playing a role equivalent to the "opening notes of Beethoven's 5th symphony". FELDMAN, Allan M.; KIM, Jeonghyun. *The Hand Rule and United States v. Carroll Towing Co. Reconsidered*, p. 1.

<sup>25</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical Harm*, p. 38 and 40-43.

<sup>26</sup> LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *Causation in Tort Law: An Economic Approach*, p. 111.

used to decide tort law issues in general.

The Cheapest Cost Avoider Criterion, a formulation originally attributed to Guido Calabresi<sup>27</sup>, is an instrument for the allocation of damages based on the fertile idea of comparing conducts of individual agents and/or of categories of agents and attributing liability to the agent(s) who can avoid accidents in a less costly way, or who has comparative advantage in the production of safety/damage reduction. The Cheapest Cost Avoider Criterion, Stephen Gilles<sup>28</sup> points out in the light of the legal system of the United States, faces a paradoxical situation, the state of the art of academic literature relegates it to a “kind of limbo”, since it is often called upon to serve in various ways, but, with the exception of the work of Calabresi himself, it has not been the subject of extensive scrutiny nor has it been developed on a large scale as an alternative to optimal care, Incremental Learned Hand Standard. Gradually this panorama has changed. The emblematic decision given in 2019 by the *United States Supreme Court* in the case *Air Liquid Systems Corp. v. DeVries*<sup>29</sup> highlighted the Cheapest Cost Avoider Criterion as a directive for the application of the strict liability rule.

Theoretical formulations with economic origin, based on the idea of allocative efficiency and maximization of social welfare, incorporated into the study of tort law, the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion traditionally dialogue with conceptual structures and working rules of negligence and strict liability, triggering, in the terminology used by Giuseppe Bellantuono, an interdisciplinary process of genuine collaboration that contributes to the resolu-

---

<sup>27</sup> CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, p. 135 e 312, and; CALABRESI, Guido; HIRSCHOFF, Jon T. *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, p. 1060.

<sup>28</sup> GILLES, Stephen G. *Negligence, Strict Liability and the Cheapest Cost Avoider*, p. 1306.

<sup>29</sup> U.S. Supreme Court, *Air Liquid Systems Corp. v. DeVries* (139 S. Ct. 986, 2019). Available in: [https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1104\\_2co3.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1104_2co3.pdf).



tion of relevant methodological problems inherent to tort law.

In the line of reasoning proposed by Thomas Ulen, the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion also contribute to solving the problems of difficulty in transboundary communication between jurists and the absence of a theory of law that is applicable to each legal system. The application of such institutes transcends the legal environment of the United States, in which they were originally formulated, finding acceptance in various legal systems, of the common law tradition and of the French and German civil law tradition, fostering transboundary communication, as evidenced by the contemporary literature in comparative tort law and economics, for example: Balz Hammer and Sandra Duss, *The "Hand Rule" as a Standard of Care in Swiss Tort Law?*<sup>30</sup>; Eugênio Battesini, *Direito e Economia, Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*<sup>31</sup>; Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott, *The Economic Analysis of Civil Law*<sup>32</sup>; Heico Kerkmeester and Louis Visscher, *Learned Hand in Europe, a Study in the Comparative Law and Economics of Negligence*<sup>33</sup>; Jef Mot, Anita Canta and Vendena Gangapersadsing, *The Learned Hand Formula: The Case of the Netherlands*<sup>34</sup>; Michael Faure, *Tort Liability in France: an Introductory Economic Analysis*<sup>35</sup>; Roberto Pardolese and Bruno Tassone, *Guido Calabresi on Torts: Italian Courts and the Cheapest Cost Avoider*<sup>36</sup>, and; Ste-

---

<sup>30</sup> HAMMER, Balz; DUSS, Sandra. *The "Hand Rule" as a Standard of Care in Swiss Tort Law?*, p. 177-205.

<sup>31</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, p. 195-203 and 207-226.

<sup>32</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*, p. 135-160 and 179-183.

<sup>33</sup> KERKMEESTER, Heico; VISSCHER, Louis. *Learned Hand in Europe, a Study in the Comparative Law and Economics of Negligence*, p. 7-12.

<sup>34</sup> MOT, Jef P. B.; CANTA, Anita; GANGAPERSADSING, Vandena. *The Learned Hand Formula: The Case of the Netherlands*, p. 8-14.

<sup>35</sup> FAURE, Michael G. *Tort Liability in France: an Introductory Economic Analysis*, p. 169-181.

<sup>36</sup> PARDOLESE, Roberto; TASSONE, Bruno. *Guido Calabresi on Torts: Italian*

phen Gilles, *The Emergence of Cost-Benefit Balancing in English Negligence Law*<sup>37</sup>.

Another characteristic pointed out by contemporary literature in comparative tort law and economics is the growing use of Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion in legal practice, with emphasis on the consolidate situation of the United States<sup>38</sup> and on the emerging case of Brazil<sup>39</sup>. The perception that the promotion of social well-being (maximization of the net benefit, total benefit deducted from social costs, provided to society by activities involving accident risk) can be achieved using instruments such as the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion has inspired academia and legal practice. Judges have used the economic logic inherent to such institutes in the resolution of tort cases, performing the efficient allocation of damages, reparatory function, with a view to generating incentives for the adoption of optimal preventive behavior, preventive function, by the parties involved in a situation of risk of accidents. Legislators have used the logic inherent to such institutes in the formulation of public policies and in the edition of

---

*Courts and the Cheapest Cost Avoider*, p. 38-39.

<sup>37</sup> GILLES, Stephen G. *Negligence, The Emergence of Cost-Benefit Balancing in English Negligence Law*, p. 582-586.

<sup>38</sup> In the United States, Catherine Sharkey notes that the view of tort law inspired by law and economics is ascendant, not only in legal academia, but also in the decisions of influential state and federal courts, including the *United States Supreme Court*: SHARKEY, Catherine M. *Modern Tort Law: Preventing Harms, Not Recognizing Wrongs*, p. 1424.

<sup>39</sup> In Brazil, law and economics has been the subject of growing interest in academia and has been used as a decision-making basis by the *Supremo Tribunal Federal*, the *Superior Tribunal de Justiça* and other levels of the judicial system, especially since the enactment of the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law (Law n. 13.655/2018), which introduced the duty of the magistrate to take into account the practical consequences of the judicial decision. See on the subject: BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, p. 301-304; CAON, Guilherme M. *Análise Econômica do Direito: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal*, and; THEVENARD, Lucas. *Análise Econômica do Direito na Jurisprudência do STJ*.

tort rules.

The joint use of the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion in the resolution of tort cases is another characteristic that emerges as a contemporary trend, being, however, little explored by the comparative tort law and economics literature. The Judiciary has used the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion, either using the economic reasoning inherent to the institutes, or through the clear and direct application of the institutes as a decision-making basis. In this sense, a paradigmatic decision was handed down in 2017 by the Brazilian Judiciary, the *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*<sup>40</sup>, in the case of the "tobacco growers", in which the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion are expressly used as *ratio decidendi* to characterize the existence of concurrent negligence of the injured agent and arbitrate the amount of compensation in an amount lower than the damage.

The present study, *Nobel Prize, Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion: Comparative Tort Law and Economics in Legal Practice*, is part of the research field of comparative tort law and economics, dialoguing with the classic and contemporary literature on the subject, as well as filling gaps in such literature. The basic working hypothesis is that the Incremental Learned Hand Standard and Cheapest Cost Avoider Criterion are useful instruments for allocate damages, algorithms that contribute to the resolution of methodological problems that permeate the legal practice of tort law. The question to be answered is what are the limits and possibilities of using such institutes in the process of attributing liability? In addition, the present study explores the arguments

---

<sup>40</sup> BRAZIL, *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Judgment n. 70069954626 (CNJ n. 0205656-85.2016.8.21.7000). Adão Adelmir da Rosa Ferreira v. RGE – Rio Grande Energia. Rapporteur: Judge Eugênio Facchini Neto. 30 mar. 2017. Available at: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index).

that the Incremental Learned Hand Standard and Cheapest Cost Avoider Criterion: have the potential to be applied in various legal systems, dynamizing transboundary communication between lawyers; as well as trigger an interdisciplinary process of genuine collaboration, with the sharing the analytical tools of economics and law to address problems that permeate legal practice.

The innovative strength of the present study lies in the investigation of the potential for joint use of the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion in the legal practice of tort law, especially in the study of how such institutes dialogue with the elements of tort law, damage, causation and imputation nexus. In addition, insights that contribute to the development of the literature on comparative tort law and economics are found at various times throughout the presentation, with emphasis on: the use of the Incremental Learned Hand Standard, together with the traditional legal classification of severe, ordinary and slight fault/negligence, as an instrument for assessing/grading the fault/negligence of the injurer agent and the injured agent, with a view to establishing the imputation nexus and quantifying the amount of compensation; the proposition of the application of the strategic formulation of the Cheapest Cost Avoider Criterion as a criterion for establishing the causation; the investigation of the dialogue between the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion and how such institutes have been used by the courts in the resolution of tort cases, and; the proposition of a three-stage guide, with the integration of the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion, for the resolution of tort cases by the Judiciary, case by case decisions.

The present study focuses on the search for answers to seven central questions: 1. Does the transnationality of conceptual structures and operational rules create a favorable environ-

ment for the use of economic analysis instruments in the study of tort law? 2. Is it possible to apply the Incremental Learned Hand Standard as a directive for assessing fault/negligence for the purpose of establishing the imputation link? 3. Is it possible to apply the Incremental Learned Hand Standard as a directive for grading fault/negligence for the purpose of quantifying compensation? 4. Is it possible to apply the Cheapest Cost Avoider Criterion as a directive for delimiting the scope of action of negligence and strict liability? 5. Is it possible to apply the Cheapest Cost Avoider Criterion as a directive for establishing the causal link? 6. Can the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion be used together in the process of assigning liability? 7. How the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion have been used in legal practice by the Judiciary in the process of assigning liability?

To develop the proposed arguments and answer the central questions proposed, the research was structured in seven parts. The first part, of an introductory nature, focuses on the study of the similarities between legal systems. The theme of the transnationality of conceptual structures and operational rules of tort law is explored, characterized by the fact that legal systems are built having three elements as a substrate: the existence of damage, a causal link, and an imputation link, of a legally qualified action based on the idea of negligence or risk created.

The second and third parts explore the Incremental Learned Hand Standard, highlighting the potential application of the institute, respectively, as a criterion for assessing fault/negligence for the purpose of establishing the imputation nexus and as a criterion for grading fault/negligence for the purpose of quantifying compensation. The second and third parts have a common structure: the presentation of the foundations and methodological problems faced by traditional legal theory; the presentation of the theoretical contribution provided by eco-

conomic analysis, the Incremental Learned Hand Standard, and how this institute dialogues with traditional legal theory, helping to solve methodological problems.

The fourth and fifth parts explore the Cheapest Cost Avoider Criterion, highlighting the potential application of the institute, respectively, as a criterion for delimiting the field of action of negligence and strict liability, and as a criterion for establishing the causal link. The fourth and fifth parts have a common structure: the presentation of the foundations and methodological problems faced by traditional legal theory; the presentation of the theoretical contribution provided by economic analysis, the Cheapest Cost Avoider Criterion, and how such an institute dialogues with traditional legal theory, helping to solve methodological problems.

The sixth part explores the dialogue between the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion, reviewing the comparative tort law and economics literature on the subject and advancing in relation to the latter by analyzing the potential of joint use of the institutes, in a three stage guide, in the process of attributing liability. The seventh part shows how the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion have been used in legal practice in the process of assigning liability in common law and civil law legal systems.

In conclusion, the synthesis of the main ideas developed is conducted, demonstrating that the basic working hypothesis has been confirmed. Considerations are made regarding the limits and possibilities of using the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion in legal practice. The relevant role played by such institutes from a methodological perspective is highlighted, since they constitute a paradigmatic example of genuine collaboration between law and economics, contributing to making the study of law more scientific, overcoming the difficulty of transboundary communication

between jurists and the absence of a theory of law that is applicable to each legal system.

## 1. TRANSNATIONALITY OF CONCEPTUAL STRUCTURES AND OPERATIONAL RULES OF TORT LAW

In this initial stage of this study, the theme of the transnationality of conceptual structures and operational rules, working rules, of tort law is explored. A comparative analysis is conducted emphasizing the similarities between systems of tort law. The main research parameters are the works of classical juscomparatists, especially Rodolfo Sacco and Konrad Zweigert/Hein Kötz, and contemporary authors of comparative tort law and economics, such as Ugo Mattei and Michael Faure, as well as studies developed by Eugênio Battesini<sup>41</sup>, in postdoctoral research.

The law of damages<sup>42</sup>, a set of legal rules that determine when the person who causes damage to another should be held responsible, making the reparation of the losses, has its origins in the Roman institute of *lex aquilia*, and over time different legal institutes have been developed in common law and civil law.

In the common law<sup>43</sup>, liability for damages is a proper legal category called tort law, law of wrongful acts or civil wrongs, a category that comprises a wide range of tort acts that cause damage to others (*numerus clausus* systems, such as Eng-

---

<sup>41</sup> BATTESINI, Eugênio. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil: Limites e Possibilidades de Aplicação do Incremental Learned Hand Standard e do Cheapest Cost Avoider Criterion, com Ênfase na Responsabilidade Civil do Estado em Portugal e no Brasil*, p. 8-15.

<sup>42</sup> See the consistent comparative analysis of the historical development and the current context of the tort law conducted by: SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*, p. 122-138; ZWIEGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, p. 595-628; GORDLEY, James. *The Architecture of the Common Law and Civil Law of Torts, an Historical Survey*, p. 160-185, and; VICENTE, Dário M. *Comparative Law of Obligations*, p. 267-364.

<sup>43</sup> VICENTE, Dário M. *Comparative Law of Obligations*, p. 269-273.

land and the United States), cataloged through jurisprudential construction (case-by-case approach), being the regulation carried out through legal institutes such as trespass, battery, assault, misrepresentation, defamation, nuisance and malicious prosecution.

In civil law<sup>44</sup>, integrated into the broader legal category, the law of obligations, liability for damages is articulated around the concept of civil liability: contemplating a general clause (general clause systems, such as France and Italy) applicable to the various types of breach of obligations harmful to others in the French tradition (article 1240, former article 1382, of the French Civil Code and article 2043 of the Italian Civil Code), and; listing the types of liability (intermediate systems, such as Germany and Brazil) in the Germanic tradition (§823, 1 and 2, and §826 of the German Civil Code, and similar types of the Brazilian Civil Code, articles 186, 187 and 927).

The main task of the law of damages, Konrad Zweigert and Hein Kötz<sup>45</sup> state in an emblematic way, consists in selecting, among the very wide range of harmful events that occur daily, which of them should be transferred from the injured agent to the injurer agent, in accordance with the conception of justice and equity that prevail in society. Similarly, Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott<sup>46</sup> note that, as a method of resolving conflicts of interest in activities involving the risk of accidents, the law of damages has the task of determining the subjective legal positions and the rights of action of the potential injurer and injured parties.

Establishing the connection with law and economics, David Barnes and Lynn Stout<sup>47</sup> highlight the fact that tort law acts

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 274-278.

<sup>45</sup> ZWIEGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, p. 622.

<sup>46</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, p. 107.

<sup>47</sup> BARNES, David W; STOUT, Lynn A. *Cases and Materials on Law and Economics*, p. 85.



as a system of risk allocation, a system of incentives aimed at promoting efficient behavior, underlining that tort law can be seen as a system of rules designed to maximize wealth by allocating risks in order to minimize the costs associated with carrying out the daily activities developed by the people.

In general terms, therefore, the law of damages, the law of civil liability or tort law, can be characterized<sup>48</sup> as the branch of legal technology that is dedicated to the study of the criteria for the selection of situations in which the occurrence of damages caused to a third party must be compensated (when to repair) and the criteria for making the compensation (how to repair).

Konrad Zweigert and Hein Kötz<sup>49</sup> insightfully point out the fact that if historical aspects are left aside to focus on practical aspects of law of damages, it is found that the groups and types of cases that seem problematic are practically the same in all legal systems. That is why, "all legal systems have a collection of doctrines that allow the judge to balance the interests of each case and decide whether or not compensation should be paid. It is not surprising to the comparatist to discover that this same process of valuation is repeated in very different systematic contexts".

Similarly, Rodolfo Sacco<sup>50</sup> notes the existence of "a certain vocation to the transnationality of the working rules" of the law of damages and the "existence of a law of damages applied uniformly throughout the West". In the same line, Ugo Mattei<sup>51</sup>, notes the fact that the law of damages has a "relatively homogeneous structure" and turns to the study of the same set of problems everywhere: the foundations of liability, the role of negligence and strict liability, the causal link and damages.

---

<sup>48</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, p. 23.

<sup>49</sup> ZWIEGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Op. cit.*, p. 623 e 625.

<sup>50</sup> SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*, p. 137.

<sup>51</sup> MATEI, Ugo. *Comparative Law and Economics*, p. 240.

A major expression of the transnationality of conceptual structures and operational rules of the law of damages is the fact that legal systems are traditionally built on the basis of three elements, categories, filters, assumptions or basic requirements<sup>52</sup>, namely: the existence of damage, injury or loss, property or moral, to a third party; the existence of a nexus of imputation, of an action legally qualified based on the idea of fault or risk created, negligence *vis a vis* strict liability, and; the existence of a causal nexus, of a link that connects the action to the damage, the cause and effect relationship between the action performed and the damage verified.

Representative examples of the presence of the three elements of the law of damages are provided by the systematizing studies conducted by the European Group on Tort Law and the American Law Institute. *The Principles of European Tort Law*<sup>53</sup>, prepared by the European Group on Tort Law, point out: in Title II, General Conditions of Liability, Chapter 2. Damage and Chapter 3. Causation, and; in Title III, Bases of liability, Chapter 4. Liability based on fault and Chapter 5. Strict liability. Similarly, the *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical Harm*<sup>54</sup>, prepared by the American Law Institute, address: the theme of harm, Chapter 2. Liability for Physical Harm; of the imputation nexus, Chapter 3. The Negligence Doctrine and Negligence Liability and Chapter 4. Strict Liability, and; of the causal link, Chapter 5. Factual Cause and Chapter 6. Scope of Liability (Proximate Cause).

Robert Cooter and Thomas Ulen<sup>55</sup> rightly highlight the economic essence of tort law, the use of liability rules as an in-

---

<sup>52</sup> See, for example, the comparative study developed by: VICENTE, Dário Moura. *Comparative Law of Obligations*, p. 275-309.

<sup>53</sup> EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principes du Droit Européen de la Responsabilité Civile*, p. 257-266.

<sup>54</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical Harm*, p. 55, 76, 228, 346 and 492.

<sup>55</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*, p. 325 and 334.

strument for the allocation of scarce resources, to "internalize externalities created by high transaction costs", and emphasize the relevant role played by the three classical elements of legal theory, which constitute a "coherent picture of social life", for, as people in daily life impose risks on each other, society has developed norms that prescribe patterns of behavior to limit such risks. Thus, when individuals cause damage, violating such rules of behavior, the damage must fall on someone, so that the courts connect the cause of the damage with the violation of the norm and assign responsibility to the party that incurs in negligence or simply to the party that caused the damage.

The similarities between legal systems and the importance of the dialogue between economic analysis and tort law are highlighted by Michael Faure<sup>56</sup>: "by focusing on the basic ideas which underlie tort law in many legal systems economic analysis can contribute to European integration... economic analysis may in some cases show that differences between legal systems are not as huge as one would imagine at first sight". He goes on to note that "the flip side of this is that economic analysis of tort law indeed simplifies the working of tort law by not addressing the details of legal technique, but specifically by focusing on the functions and goals that tort law might wish to achieve".

In short, it is verified that tort law systems share a common core, conceptual structures and operational rules, working rules, which lead to equivalent results when applied in legal practice, law in practice. This fact, combined with the existence of groups and types of cases that are common to all legal systems, creates a favorable environment for dialogue between economic analysis and tort law. In this context, it is relevant to apply the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion in the study of issues that permeate legal prac-

---

<sup>56</sup> FAURE, Michael. *How Law and Economics May Contribute to the Harmonization of Tort Law in Europe*, p. 32-33.

tice, such as the assessment and graduation of fault/negligence, the quantification of the amount of compensation, the establishment of the causal link and the option between negligence and strict liability, themes that will be explored in the next stages of this study.

## 2. INCREMENTAL LEARNED HAND STANDARD AND THE ASSESSMENT OF NEGLIGENCE

The second part of the present study explores the Incremental Learned Hand Standard, highlighting the potential application of the institute as a criterion for assessing fault/negligence with the purpose of establishing the imputation nexus. It is conducted: the presentation of the foundations and methodological problems faced by the traditional legal theory; the presentation of the theoretical contribution provided by economic analysis, the Incremental Learned Hand Standard, and how this institute dialogues with traditional legal theory, helping to solve methodological problems. The following main research parameters are adopted: the consistent comparative study of tort law systems developed by the European Centre of Tort and Insurance Law, and; works by referential authors in tort law and economics, such as Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott and William Landes/Richard Posner, as well as studies developed by Eugênio Battesini<sup>57</sup>, in doctoral and postdoctoral research and other academic work.

Legal theory is traditionally based around the notion of fault/negligence, a category raised to the status of a general defining principle of tort law. Summarizing the results of the com-

---

<sup>57</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia, Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, p. 203-212; *Idem. Análise Econômica da Responsabilidade Civil: Limites e Possibilidades de Aplicação do Incremental Learned Hand Standard e do Cheapest Cost Avoicer Criterion, com Ênfase na Responsabilidade Civil do Estado em Portugal e no Brasil*, p. 15-24, and; *Idem. Incremental Learned Hand Standard, Degrees of Negligence and Allocation of Damages: a Comparative Tort Law and Economics Approach*, p. 50-55.

parative study carried out by the European Centre of Tort and Insurance Law, Pierre Widmer<sup>58</sup> points out that "the role of fault as a prerequisite of tort liability is, for the great majority of the analyzed systems, described as essential and decisive... fault is often considered as the fundamental and in a certain sense socially and ethically pre-eminent principle of responsibility, in particular as against strict liability". Considering the full scope of torts in various countries, he goes on to note that fault is the "the core of tortious and contractual liability" (Koziol - Austrian Report); "the cornerstone of tort liability in Israel" (Gilead - Israeli Report); "the primary (though not the exclusive) criterion for liability in tort" (Schwartz and Green - United States Report); "the principal rule of Swedish tort law" (Dufwa - Swedish Report); "some would go so far as to say that fault is always necessary" (Rogers - English Report); or it is at least admitted that historically "fault played a predominant role in the law of torts" (Galand-Carval - French Report).

Notwithstanding the contemporary trend towards the adoption of strict liability in several areas of tort law (a topic that will be addressed in section 4 of this study), the notion of fault/negligence plays a fundamental role in the imputation of liability. Whether in vertical comparison, considering legal systems throughout history, or in horizontal comparison, considering contemporary legal systems<sup>59</sup>, the notion of fault/negligence as a criterion for imputing liability is crystallized<sup>60</sup>. Representative is the fact that the European Group on Tort Law, in the *Principles of European Tort Law*<sup>61</sup>: in Article 1:101. Basic Norm,

---

<sup>58</sup> WIDMER, Pierre. *Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion of Imputation (Attribution)*, p. 332.

<sup>59</sup> See: MATTEI, Ugo. *Comparative Law and Economics*, p. 2.

<sup>60</sup> See: CALIXTO, Marcelo J. *A Culpa na Responsabilidade Civil, Estrutura e Função*, p. 121-149.

<sup>61</sup> EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principes du Droit Européen de la Responsabilité Civile*, p. 257 and 260. Art. 1:101. Basic norm. (1) A person to whom damage to another is legally attributed is liable to compensate that damage. (2) Damage may be attributed in particular to the person a) whose conduct constituting fault

list fault as a basic imputation criterion of liability and; in Article 4.101. Fault, elevates fault to the position of the foundation of tort law. Considering the legal system of the United States<sup>62</sup>, negligence as a ground for imputation of liability is provided for in § 6. Liability for Negligence Causing Physical Harm, of the *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical Harm*. In the Brazilian system<sup>63</sup>, fault as the basis of civil liability is present in the composition of the legal scheme of the unlawful act provided for in article 186, combined with article 927, both of the Brazilian Civil Code of 2002.

In conceptual terms, the basic idea inherent to the notion of fault/negligence is that of misconduct, failure to adopt appropriate precautionary measures, failure to conduct possible and necessary measures to avoid causing damage to others, lack of diligence in the observance of the duty of care imposed by law. Insightfully, Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott<sup>64</sup> point out that liability for negligence is directly related to the function of controlling individual conduct: "according to the principle of culpability, the person who has caused it by deficient conduct, that is, by an erroneous control of his own conduct, will be responsible for the damage", and "the core of the principle of culpability is always that the danger of damage has been recognized or could have been recognized and that, however, the production of the

---

has caused it... Art. 4:101. Fault. A person is liable on the basis of fault for intentional or negligent violation of the required standard of conduct.

<sup>62</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical Harm*, p. 67. § 6. Liability for Negligence Causing Physical Harm. An actor whose negligence is a factual cause of physical harm is subject to liability for any such harm within the scope of liability, unless the court determines that the ordinary duty of reasonable care is inapplicable.

<sup>63</sup> BRAZIL. Civil Code of 2002. Article 186. Anyone who, by voluntary action or omission, negligence or imprudence, violates rights and causes damage to others, even if exclusively moral, commits an unlawful act. Article 927. Anyone who, by an unlawful act, causes damage to another, is obliged to repair it. Available at: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm).

<sup>64</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, p. 221.

accident has not been prevented". The "core of culpable conduct", Sérgio Cavalieri Filho<sup>65</sup> highlights, "consists of the divergence between the action actually performed and the one that should have been carried out due to the observance of the duty of care. There is, ultimately, an error of conduct in fault".

On the methodological level, the comparison of concrete behavior with abstract behavior requires the establishment of objective criteria for the definition of the lawfulness or otherwise of the conduct, it requires the establishment of an objective pattern of behavior that allows specifying the level of diligence required by social traffic in order to avoid the production of damage. In this regard, legal theory traditionally resorts to notions such as: the adoption of the proper level of care, the care of the prudent man in the same situation, the behavior of a reasonable person, the behavior of the average, standard or normal man, the conduct of the ideal man, the Romanist idea of the *bonus pater familiae*, or even the idea of *homo economicus*. In a comparative analysis within the European Community, Cees Van Dam<sup>66</sup> points out that the general negligence test in the legal systems involves a comparison of the conduct of the tortfeasor with that of the reasonable man or of the *bonus pater familiae*, and that, where there is a divergence, because the defendant's conduct did not meet this standard of care, negligence can be established.

Anderson Schreiber<sup>67</sup> also highlights the methodological convergence, noting that the idea of fault, as a deviation of conduct, measured in the abstract, is widely accepted: "as an abstract model of behavior, the Romanist parameter of the *bonus pater familiae* is traditionally used in civil law systems, understood as the average man, the standard man, the prudent individual", as is the case in Brazil<sup>68</sup>, which does so by doctrinal-jurisprudential

---

<sup>65</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 33.

<sup>66</sup> DAM, Cees Van. *European Tort Law*, p. 193.

<sup>67</sup> SCHREIBER, Anderson. *A Culpa na Responsabilidade Civil, Estrutura e Função*, p. 35-36.

<sup>68</sup> See: CALIXTO, Marcelo J. *A Culpa na Responsabilidade Civil, Estrutura e*

construction; and "the methodology adopted in the common law systems, where the so-called reasonable man is invoked as an abstract parameter of behavior, is not substantially different", as is the case in the United States<sup>69</sup>, as evidenced by § 3. Negligence, of the *Restatement of the Law Third, Torts, Liability for Physical Harm*. Representative is the fact that the European Group on Tort Law, in the *Principles of European Tort Law*<sup>70</sup>, Article 4:101. Fault and Article 4:102. Required standard of conduct, makes explicit the need to violate a required standard of conduct corresponding to that of a reasonable person placed in the same circumstances, relating it, among other factors, to the foreseeability of the damage and the costs of preventive methods.

The control of the level of diligence and the establishment of an objective criterion that allows assessing whether individual behavior is compatible with a pre-established precautionary standard are concerns also expressed by tort law and economics. The evaluation of the importance of the risk situation,

---

*Função*, p. 11-19.

<sup>69</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical Harm*, p. 29. § 3. Negligence. A person acts negligently if the person does not exercise reasonable care in all the circumstances. Primary factors to consider in ascertaining whether the person's conduct lacks reasonable care are the foreseeable likelihood that the person's conduct will result in harm, the foreseeable severity of any harm that may ensue, and the burden of precautions to eliminate or reduce the risk of harm.

<sup>70</sup> EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principes du Droit Européen de la Responsabilité Civile*, p. 260. Art. 4:101. Fault. A person is liable on the basis of fault for intentional or negligent violation of the required standard of conduct. Art. 4:102. Required standard of conduct. (1) The required standard of conduct is that of the reasonable person in the circumstances, and depends, in particular, on the nature and value of the protected interest involved, the dangerousness of the activity, the expertise to be expected of a person carrying it on, the foreseeability of the damage, the relationship of proximity or special reliance between those involved, as well as the availability and the costs of precautionary or alternative methods. (2) The above standard may be adjusted when due to age, mental or physical disability or due to extraordinary circumstances the person cannot be expected to conform to it. (3) Rules which prescribe or forbid certain conduct have to be considered when establishing the required standard of conduct.



on the one hand, and the efforts necessary for its elimination, on the other hand, constitute the keynote of tort law and economics literature. The agreement between the legal and economic conceptions is highlighted by Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott<sup>71</sup>, who record that "liability for fault refers, both from an economic and legal point of view, to the control of the level of diligence... through liability, material incentives are provided to adapt the expense of avoiding damage to the requirements of diligence postulated to escape the burden of the costs of the damage". It is verified, therefore, that the center of gravity of the connection between the legal theory and the economic theory of fault/negligence resides in the function of controlling the diligence of the conduct, in the establishment of parameters that allow determining the level of precaution required in the execution of activities with risk of accidents, that is, of a standard of analysis that guides the legal practice in the tasks of comparing the behavior of individuals and assessing the fault/negligence in the harmful behavior.

A significant attempt to establish an objective criterion for assessing negligence was made by judge Learned Hand in the case *United States v. Carroll Towing Company*<sup>72</sup>. One of the

---

<sup>71</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, p. 222.

<sup>72</sup> In the case *United States v. Carroll Towing Company*, there is a situation in which, in New York Bay, a carrier boat, named Anna C, owned by the Connors Company, loaded with wheat flour, purchased by the United States Government, sank, with total losses of the boat and the cargo, after breaking free from the pier on which it was moored, colliding with a freighter whose propeller caused damage to its structure, which resulted in its sinking. It was found that, although the Anna C was properly tied to the pier, it came loose due to sudden movements made by a tug named Carroll, belonging to the Carroll Towing Company, which was trying to tow an adjoining carrier boat. The company that owns the Anna C and the United States Government sued the company that owns the tugboat, claiming responsibility for the sinking. In judging the case, Judge Learned Hand held Carroll Towing Company responsible for the expenses resulting from the detachment of the Anna C, but not for all the expenses of the sinking, which were apportioned, because he also found the Connors Company negligent, for not having kept at least one crew member on the Anna C, which would certainly have avoided the accident (Circuit Court of Appeals, Second Circuit, 1947.

questions to be decided was whether there had been contributory negligence on the part of the Conners Company, owner of a vessel, in leaving it tied to the pier of New York Bay, with no one on board, with the rupture of the moorings and the collision with another vessel. In assessing the constituted situation, judge Learned Hand declared: "there is no general rule to determine when the absence of a bargee or other attendant will make the owner of the barge liable for injuries to other vessels if she breaks away from her moorings", considering that "the owner's duty, as in other similar situations, to provide against resulting injuries is a function of three variables: (1) the probability that she will break away; (2) the gravity of the resulting injury, if she does; (3) the burden of adequate precautions". Using the notation "P" for the probability of injury, "L" for the injury and "B" for the burden of care, judge Learned Hand stated that "liability depends upon whether B is less than L multiplied by P", ( $B < P.L$ ).

Highlighting the contribution of the judge Learned Hand, Richar Posner, in the article *A Theory of Negligence*<sup>73</sup> records that the dominant function of a tort law system based on the notion of negligence is to generate rules that, if followed, lead, at least approximately, to efficient levels of accidents and safety, and the main directive in the sense of providing a "new vision for the social function of tort law" is provided by the "famous formulation" of negligence pattern carried out by judge Learned Hand. Developing the line of reasoning proposed by judge Learned Hand, William Landes and Richard Posner<sup>74</sup> point out that the original formulation of judge Learned Hand offers fundamental insight into negligence. However, it does not reliably

---

159 F. 2d. 169). See: EPSTEIN, Richard A. *Cases and Materials on Torts*, p. 175-176; DIAMOND, John L.; LEVINE, Lawrence C.; MADDEN, Stuart M. *Understanding Torts*, p. 59-66; STEPHEN, Frank H. *The Economics of the Law*, p. 136-137, and; GONÇALVES, Vítor F. *A Análise Econômica da Responsabilidade Civil Extracontratual*, p. 148.

<sup>73</sup> POSNER, Richard A. *A Theory of Negligence*, p. 29 e 33.

<sup>74</sup> LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Positive Economic Theory of Tort Law*, p. 885, and; *Idem*, *The Economic Structure of Tort Law*, p. 87.

reflect the way in which the issues of attribution of liability are resolved, given that the courts ask what additional care the plaintiff would have adopted to avoid the accident, given the existence of a level of care. In investigating an accident, William Landes and Richard Posner continue, the focus on the precautionary measures that can be taken to avoid the accident invites a marginal analysis, the application of an "economic standard of negligence" that allows the comparison of incremental variations in precaution costs ("C.X", where "C" represents the unit cost of precaution and "X" represents the level of precaution; or, using the original notation of Learned Hand formula, "B", burden of care) and the resulting benefits in terms of reduction of expected harm [ $p(X).D$ ], where " $p(X)$ " represents the probability of an accident and "D" represents the magnitude of the damage; or, using the original notation of Learned Hand formula, "P.L", where "P" represents the probability of damage, "L" represents damage].

The marginal analysis of negligence or Incremental Learned Hand Standard<sup>75</sup>, an instrument for allocating damages based on the weighting of prevention costs *vis a vis* expected damages from accidents (cost/benefit analysis), shows that the efficient level of precaution occurs when the increase in precaution costs is equal to the variation of the expected loss multiplied by the probability of the harmful event [ $CX = p(X).D$ ], that is, when each monetary unit spent on prevention reduces the expected loss from the accident by one monetary unit (1:1 ratio – negligence threshold). Considering figure 1, it is possible to see that the intersection of the curves of marginal costs of precaution and expected marginal losses, point corresponding to "X\*" (relationship 1:1), represents the efficient level of precaution, and

---

<sup>75</sup> For a broad historical-comparative analysis, exploring the potential application of the Incremental Learned Hand Standard in legal systems of the common law and civil law tradition, with emphasis on the Brazilian tort system, see: BATTESINI, Eugênio. *Incremental Learned Hand Standard, Degrees of Negligence and Allocation of Damages: a Comparative Tort Law and Economics Approach*.

the region to the right of point "X\*" [e.g., point "X<sup>2</sup>", ratio of marginal cost of precaution/expected marginal losses equal to 4 (ratio 4:1)] indicates the adoption of a level of precaution higher than the efficient, characterizing the existence of diligent behavior, and the region to the left of point "X\*" [e.g., point "X<sup>1</sup>", precautionary marginal cost/expected marginal losses ratio equal to 0.25 (1:4 ratio)] indicates the adoption of a level of precaution lower than efficient, characterizing the existence of negligent behavior.

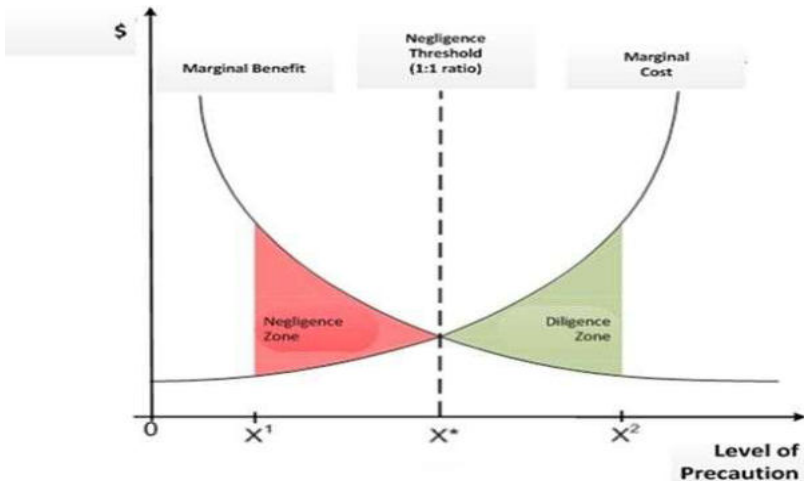


Figure 1 - Graphical representation of the Incremental Learned Hand Standard as criterion of fault/negligence assessment. Adapted from Veljanovski (*The Economics of Law*, p. 104).

Level of precaution in physical units; cost of accidents in monetary units.

The importance of the Incremental Learned Hand Standard is highlighted by jurists such as David Owen, Kenneth Abraham and Keith Hylton. The Learned Hand formula, David Owen<sup>76</sup> notes, has the merit of expressing algebraically the common sense idea that people may fairly be required to contemplate the possible consequences of important actions before so acting. The main contribution of the Learned Hand formula, Kenneth

<sup>76</sup> OWEN, David G. *Products Liability Law*, p. 71.

Abraham<sup>77</sup> states, is unpacks the general notion of reasonable behavior in three components: the probability that a particular act or omission will cause harm; the magnitude of the harm if it occurs; and the value of the interest that must be foregone or sacrificed in order to reduce the risk of harm. The Learned Hand formula, Keith Hilton<sup>78</sup> points out, is an “instructive algorithm” used in applying the reasonable person test, which tell us the “key factors” that should be considered in a negligence determination and precisely how they should be considered.

The tort law and economics literature also highlight the importance of the Incremental Learned Hand Standard. The advantage of the Learned Hand formula, Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott<sup>79</sup> state is that it makes explicit the existence of a particular amount of precaution that is economically reasonable and is dependent upon the probability or the risk of damage. For Werner Hirsch<sup>80</sup>, the philosophy underlined by the Learned Hand formula can be summarized as follows: “a reasonable man”, before taking any action, weighs the “costs and benefits” of that action, so that the apparatus inherent to such an institution creates incentives for individuals to weigh their actions from the point of view of the social welfare”. The statement of Fernando Araújo is paradigmatic<sup>81</sup>:

The Learned Hand Rule, a way of characterizing negligence as the negative result of a mere cost-benefit balance, a comparison between the costs of precaution and the expected benefits (probabilistically) or, if we want, a quotient between the reasonable cost and the reduction in the probability of harm that is achievable with that cost... has exerted a very strong ascendancy over Law and Economics, if only for the clarity of its lapidary formulation, for the simple arithmetic that it uses to resolve in a direct and uniform way a question that would other-

---

<sup>77</sup> ABRAHAM, Kenneth S. *The Form and Functions of Tort Law*, p. 60.

<sup>78</sup> HYLTON, Keith. *Tort Law, a Modern Perspective*, p. 118.

<sup>79</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*, p. 136.

<sup>80</sup> HIRSCH, Werner Z. *Law and Economics, an Introductory Analysis*, p. 143.

<sup>81</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*, p. 846-847.

wise seem complex, due to the fact that it applies in practice a cost-benefit balance. In addition, it has been insinuating itself into the judicial and legal frameworks, often arguing that, being the economic solution, it is the most rational and fair, since it allegedly allows for the quantified marking of what can be considered as diligence or reasonable precaution, undoing misunderstandings and limiting discretion in judicial assessment.

The use of the Incremental Learned Hand Standard, as a criterion for assessing fault/negligence, is not free from criticism. The difficulty of apply the institute did not go unnoticed by Judge Learned Hand himself<sup>82</sup>: "the difficulties are in applying the rule... they emerge from the need to apply a quantitative test to incommensurable objects; are the same difficulties inherent in the 'ordinary' concept of negligence". As Steven Shavell<sup>83</sup> points out, three factors hinder the application of the institute: the courts' errors in assessing the level of care effectively adopted by the parties, the inability of the parties to control their effective level of care, and the courts' errors in calculating the efficient level of care. Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott<sup>84</sup>, however, state that these are "correct observations", "obvious criticisms", but not convincing, because any decision is always taken with a certain uncertainty and the result, in most cases, will always be a crude approximation of the best possible situation. In addition, they highlight that in many circumstances it is possible to obtain sufficient information to conduct an approximate calculation, creating the necessary conditions for the Judiciary to proceed with the use of the Incremental Learned Hand Standard.

In legal practice, the Judiciary has effectively used the Incremental Learned Hand Standard as a criterion of fault/neg-

---

<sup>82</sup> In: *Moisan vs Loftus* (Second Circuit, 1947. 178 F 2d 148, 149). See: EPSTEIN, Richard A. *Cases and Materials on Torts*, p. 178-179, and; AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical Harm*, p. 49.

<sup>83</sup> SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*, p. 228.

<sup>84</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, p. 222, and; *Idem. The Economic Analysis of Civil Law*, p. 110.

ligence assessment, either with a view to repairing the damage directly by the injurer agent to the injured agent, or for the purpose of exercising the right of return of the third party responsible for repairing the damage to the injurer agent, vicarious liability cases. Explicitly or through the use of the reasoning inherent to the institute, the Judiciary has used the Incremental Learned Hand Standard in several legal systems, in several areas of tort law, such as State liability and traffic accidents (topics that will be addressed in item 7 of this study).

Evidenced that the Incremental Learned Hand Standard dialogues with traditional legal theory of fault/negligence (conceptual structure) and provides a consistent criterion for assessing negligence (operational rule, working rule), helping to solve methodological problems that permeate legal practice (law in practice), the next step is to analyze how the Incremental Learned Hand Standard contributes to the study of another relevant topic of tort law, the graduation of fault/negligence with a view to quantifying compensation, which is the object of the next stage of this study.

### 3. INCREMENTAL LEARNED HAND STANDARD AND THE GRADUATION OF NEGLIGENCE

The third part of the present study explores the Incremental Learned Hand Standard, highlighting the potential application of the institute as a criterion for graduation of fault/negligence with the purpose of quantifying compensation. It is conducted: the presentation of the foundations and methodological problems faced by the traditional legal theory; the presentation of the theoretical contribution provided by economic analysis, the Incremental Learned Hand Standard, and how this institute dialogues with traditional legal theory, helping to solve methodological problems. The main research parameters are: the consistent comparative study of tort law systems developed by the

European Centre of Tort and Insurance Law, and; in tort law and economics, a theoretical proposition developed by Eugênio Battesini<sup>85</sup>, in doctoral and postdoctoral research and other academic work.

In addition to playing a fundamental role in the imputation of liability, the notion of fault/negligence plays a key role in another relevant issue, the quantification of the amount of compensation. As Marcelo Junqueira Calixto<sup>86</sup> points out, the importance of the study of fault can be divided into two major areas, "as a basis for liability" and "in setting the amount of compensation", in relation to which the grading of fault "as a criterion for quantifying reparation" acquires relevance. Traditionally the degrees of fault/negligence<sup>87</sup> have been a factor considered by legal technology to determine the compensation<sup>88</sup>. In

---

<sup>85</sup> BATTESINI, Eugênio *Direito e Economia, Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, p. 249-267; *Idem. Análise Econômica da Responsabilidade Civil: Limites e Possibilidades de Aplicação do Incremental Learned Hand Standard e do Cheapest Cost Avoider Criterion, com Ênfase na Responsabilidade Civil do Estado em Portugal e no Brasil*, p. 24-39, and; *Idem. Incremental Learned Hand Standard, Degrees of Negligence and Allocation of Damages: a Comparative Tort Law and Economics Approach*, p. 55-69.

<sup>86</sup> CALIXTO, Marcelo J. *A Culpa na Responsabilidade Civil, Estrutura e Função*, p. 119.

<sup>87</sup> The idea that the fault/negligence can be classified according to its gravity is not new, in fact it goes back to Roman law and to medieval glossers. As highlight Serpa Lopes: "With regard to the intensity of the negligence, in terms of their severity, it is indisputable fact to find in the Roman sources the expressions *culpa lata*, *culpa latior*, *magna culpa*, *dolo proxima*, *culpa levis*, *culpa levior* and only once *culpa levissima*. Hence the reason why the glossers, dominated by the constant idea of classifying, did not hesitate, under the impulse of this systematizing tendency, in establishing categories and estimated degrees of negligence... then came the *communis opinio* of the tripartition in *culpa lata*, *culpa levis* and *culpa levissima*". LOPES, Miguel M. S. *Curso de Direito Civil*, p. 344.

<sup>88</sup> The two main systems of distribution of damages in tort law are: the system of the gravity of fault/negligence, very common in countries of French civil law tradition, in which the damages must be distributed among the agents who contributed to the damage in proportion to the gravity of each one negligence (CAHALI, Yussef S. *Dano e Indenização*, p. 141-162), and; the system of causation, very common in countries of German civil law tradition, in which the damages must be distributed among the agents who contributed to the damage according to the causal efficacy for the produc-



this sense, synthesizing the results of the comparative study carried out by the European Centre of Tort and Insurance Law, Pierre Widmer<sup>89</sup> records that the majority of legal systems perform some sort of fault/negligence gradation, that is the distinction between "gross as opposed to slight negligence, sometimes passing through some stages of 'medium' or 'simple' negligence and attaining the lowest degrees of almost imperceptible fault (*culpa levissima*)", emphasizing that the degrees of negligence play a role in determining the amount of indemnification to be paid, without prejudice to the principle of "all or nothing" followed by most systems.

Traditional is the tripartite classification of degrees of fault/negligence in severe or gross, ordinary or medium and slight or minimum (*culpa lata*, *culpa levis* and *culpa levissima*), which considers the intensity of the violation of the duty of care<sup>90</sup>. In general terms<sup>91</sup>, the fault/negligence is considered severe when there is extreme negligence on the part of the agent, when a person acts with gross lack of caution, not foreseeing that which is predictable by the average person. The fault/negligence is considered ordinary when there is lack of medium diligence,

---

tion of the damage (CRUZ, Gisela S. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*, p. 325). In countries of common law tradition, especially in United States, the debate about the distribution of damages is diffuse, gravitating around causality and negligence, in particular through the dichotomy contributory negligence and comparative negligence, as Keith Hylton points out: "it appears that courts fix fault percentages by trying to determine, after finding that both plaintiff and defendant were negligent, the degree to which each party's negligence contributed to the cause of the injury" (HYLTON, Keith. *Tort Law, a Modern Perspective*, p. 171).

<sup>89</sup> WIDMER, Pierre. *Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion of Imputation (Attribution)*, p. 353.

<sup>90</sup> CALIXTO, Marcelo J. *Op. cit.*, p. 107-108, and; WARD, Justin. *Filling the Gaps: The Value of the Common Law Approach to Gross Negligence and Punitive Damages*, p. 220.

<sup>91</sup> See: CALIXTO, Marcelo J. *Op. cit.*, p. 107-119; KFOURI NETO, Miguel. *Graus de culpa e redução equitativa da indenização*, p. 50-53; DINIZ, Maria H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 44, and; ANDRADE, André G. *Dano Moral e Indenização Punitiva: os Punitive Damages na Experiência da Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, p. 265-267.

when the harm can be avoided with ordinary attention, such as can be demanded of the average person in the concrete circumstances in which the damage occurred. The fault/negligence is considered slight when the fault is avoidable through an extraordinary level of attention, characterized by the lack of observance of an extraordinary care, typical of the most prudent man.

Nevertheless, differently from what occurs with the concept of fault/negligence *stricto sensu*, in legal theory there is no uniformity in the use of the traditional tripartite classification of degrees of fault/negligence in severe, ordinary and slight. As highlighted by the European Centre of Tort and Insurance Law<sup>92</sup>, “in some systems the amount of compensation, or at least of damages for pain and suffering can be adapted to the degree of fault”; being that, in some systems the slight level of the fault/negligence of the injurer agent is one of the elements used for the equitable reduction of compensation, fairness, as is the case of Brazil, Portugal and Switzerland<sup>93</sup>. In some systems, the severe level of fault/negligence of the injurer agent is one of the elements used to determine the value of damages for pain and suffering, as is the case of Brazil, Portugal, Germany, Switzerland and Italy<sup>94</sup>, or to determine the value of punitive damages, as is the case of Canada, New Zealand and United States<sup>95</sup>.

In most systems, some kind of fault/negligence gradation is used in the application of the rule of comparative negligence, as a form of apportionment of the loss between the injurer agent and the injured agent. As the European Centre of Tort and Insur-

---

<sup>92</sup> WIDMER, Pierre. *Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion of Imputation (attribution)*, p. 354.

<sup>93</sup> See: CALIXTO, Marcelo J. *A Culpa na Responsabilidade Civil, Estrutura e Função*, p. 304-305; WIDMER, Pierre. *Op. cit.*, p. 354.

<sup>94</sup> See: ANDRADE, André G. *Dano Moral e Indenização Punitiva: os Punitive Damages na Experiência da Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, p. 155-161, and; WIDMER, Pierre. *Op. cit.*, p. 354.

<sup>95</sup> See: ANDRADE, André G. *Op. cit.*, p. 184-212; WARD, Justin. *Filling the Gaps: The Value of the Common Law Approach to Gross Negligence and Punitive Damages*, p. 223-228, and; WIDMER, Pierre. *Op. cit.*, p. 354.

ance Law points out<sup>96</sup>, “in the definitive apportionment of compensation between several liable persons (including the victim), different degrees in gravity of concurring faults can be taken into account”. The use of fault/negligence gradation in the application of the pure comparative negligence, a form of apportionment of the loss in accordance with the relative negligence of the injurer agent and of the injured agent, is a widespread practice in countries of civil law tradition<sup>97</sup>, such as Germany, Austria, France, Italy, Portugal and Brazil<sup>98</sup>. On the other hand, in countries with a common law tradition, especially in United States<sup>99</sup>, the degree of fault/negligence is at least considered in the application of the modified form of comparative negligence, such as the slight/gross formula, constituting a factor of reduction in the amount of compensation in relation to the damage. Representative is the fact that the European Group on Tort Law, in the *Prin-*

---

<sup>96</sup> WIDMER, Pierre. *Op. cit.*, p. 355.

<sup>97</sup> Highlighting the influence of the French doctrine, Caio Mário da Silva Pereira and Gisele Sampaio da Cruz, describe the Brazilian context: “without renouncing the principle of unity of fault... authors, especially in the French doctrine, distinguish between what they call severe, ordinary and slight fault” (PEREIRA, Caio M. S. *Responsabilidade Civil*, p. 71); “propagated by Lalau, Demogue and Colin y Capitant, among other authors, the system that considers the seriousness of fault for the allocation of losses among those responsible for the damage represents an evolution in terms of justice and equity... this is the system of distribution of losses that is currently enshrined in Brazilian jurisprudence (CRUZ, Gisela S. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*, p. 327-329).

<sup>98</sup> See: CALIXTO, Marcelo J. *Op. cit.*, p. 327-328, and; WIDMER, Pierre. *Op. cit.*, p. 355.

<sup>99</sup> In the United States, as Richard Epstein points out, “the more modern position of comparative negligence rejects the strict all-or-nothing approach characteristic of common law contributory negligence... Today at least 46 states have some form of comparative negligence, albeit in several different forms... The simplest form of negligence is the pure comparative negligence, which apportions the loss in accordance with the relative fault of the two parties in question. This system is adopted in 13 states... A second group of states adopt comparative negligence in its modified form, in which P must show that her negligence is below a fixed threshold before she may recover any damages at all... A third form of comparative negligence... hearkens back to the slight/gross distinction and allows P to recover when her negligence is slight relative to D’s”. EPSTEIN, Richard A. *Torts*, p. 211-212.

*ciples of European Civil Tort Law*<sup>100</sup>, Article 8:101. Contributory conduct or activity of the victim, consider negligence as a factor of exclusion or reduction of liability. The same line of reasoning is adopted by the American Law Institute, in the *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical Harm*<sup>101</sup>, § 25. Comparative Responsibility.

In methodological terms, notwithstanding the recognition that traditional tripartite classification of degrees of fault/negligence in severe, ordinary and slight should be performed considering the extent to which the conduct of the part fall short of the standard of care expected of the reasonable man or *bonus pater familiae*, the great difficulty of legal theory is the quantification of the degree of reduction/increase of the indemnity in relation to the damage. Legal theory usually resorts to some mathematical procedure<sup>102</sup>, with the selection of percentages of reduction/increase of compensation in relation to damage according to the degree of fault/negligence of the injurer agent and the injured agent. As the European Centre of Tort and

---

<sup>100</sup> EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principes du Droit Européen de la Responsabilité Civile*, p. 257. Art. 8:101. Contributory conduct or activity of the victim (1) Liability can be excluded or reduced to such extent as is considered just having regard to the victim's contributory fault and to any other matters which would be relevant to establish or reduce liability of the victim if he were the tortfeasor. (2) Where damages are claimed with respect to the death of a person, his conduct or activity excludes or reduces liability according to para. 1. (3) The contributory conduct or activity of an auxiliary of the victim excludes or reduces the damages recoverable by the latter according to para. 1.

<sup>101</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical Harm*, p. 335. § 25. Comparative responsibility. If the plaintiff has been contributorily negligent in failing to take reasonable precautions, the plaintiff's recovery in a strict-liability claim under §§ 20-23 for physical or emotional harm is reduced in accordance with the share of comparative responsibility assigned to the plaintiff.

<sup>102</sup> Focusing on the grading of the concurrent fault of the injured agent in the Brazilian tort law, Caio Mário da Silva Pereira points out that "the biggest problem is in determining proportionality", in "quantitatively evaluating the degree of reducibility of the indemnity", highlighting that "the ideal solution is to mathematically specify the contribution of the injured agent fault to the harmful event": PEREIRA, Caio M. S. *Responsabilidade Civil*, p. 83 and 299.

Insurance Law points out<sup>103</sup>, “in all compared countries, contributory negligence may result in a reduction – even to extend of a complete exclusion – of damages which would have been awarded had the claimant not contributed to the harm”. Moreover, “the normal apportionment procedure is therefore first to fix the victim’s full damage and then to reduce it in proportion to the victim’s contribution”. A procedure which regularly leads to a “certain percentage by which the original amount of the damages is reduced”, so that “the apportionment of the damage between the victim and the tortfeasor may also result either in full compensation or, on the contrary, in the denial of any damage,” but, “in most cases a reduction within the range of 10-90% and, more often, within the range of 25-75% will be the final outcome”, although “smaller fractions than steps of 5 or 10% are very rarely used”.

However, Richard Epstein<sup>104</sup> points out, “the problem of finding percentages plagues all comparative negligence systems”. Even the “selection of percentages of fault does not admit mathematical precision... it is no easy task to transform these gross categories of casual contribution into the exact percentages needed to administer any comparative negligence system”. One possibility “is to apportion fault by the degree that each party deviates from the optimal standard of care”. As can be inferred from Richard Epstein's statement, once again the connection between the legal and economic theories of tort can be made with the aid of the Incremental Learned Hand Standard.

The idea that the allocation of damages between the injurer agent and the injured agent can be carried out considering the deviation of the conduct of each party from the optimal standard of precaution is not new in the literature of tort law and economics. In a sense, such reasoning is implicit in William

---

<sup>103</sup> MAGNUS, Ulrich; MARTÍN-CASALS. *Comparative Conclusions, Unifications of Tort Law: Contributory Negligence*, p. 259-260 e 282-283.

<sup>104</sup> EPSTEIN, Richard A. *Torts*, p. 215.

Landes and Richard Posner<sup>105</sup>, who draw attention to the fact that the importance of "Hand formula" goes beyond the area of culpability, qualifying it as an "algorithm that can be used to decide tort issues in general"<sup>106</sup>. The great merit of the marginal version of Hand formula, Richard Posner<sup>107</sup> points out, consists in allowing the measurement of small increments in safety, which proves to be fundamental, since it will usually be difficult for the courts to obtain information about anything other than small changes in the precautionary measures adopted by the injurer agent. The possibility of measuring small increments in prevention, in addition to enhancing the use of the Incremental Learned Hand Standard as an instrument for assessing fault/negligence, makes it a useful instrument for grading the fault/negligence of the injurer agent and of the injured agent, an important factor when considering the selection of percentages of reduction/increase of compensation in relation to damage.

As explicitly suggested by Daniel Rubinfeld<sup>108</sup>, "the allocation of damages between the injurer and the victim can be

---

<sup>105</sup> The use of Hand formula in the application of contributory negligence and comparative negligence is considered by William Landes and Richard Posner: "because the legal standards of negligence and contributory negligence are the same, we can infer that Judge Hand would have applied his formula to victims as well as injurers in any case where contributory negligence was alleged... in nineteenth-century tort cases there is considerable talk of the 'degrees' of negligence – slight, ordinary, and gross. These were (and to some extent still are) used in other tort contexts". However, the authors do not develop the idea of applying the Hand formula in conjunction with the traditional tripartite classification of degrees of negligence in severe, ordinary and slight. This fact is probably related to William Landes and Richard Posner preference for the contributory negligence, in relation to the application of comparative negligence, in particular with respect to higher administrative costs of comparative negligence: "the degrees of negligence add nothing in a joint-care case – except administrative costs when deterrence fails and a court must decide liability... the degrees-of-negligence approach to the problem of different victim and injurer costs of avoiding accidents soon fell into disfavor, but other defenses to contributory negligence proved more durable and seem more sensible". LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Positive Economic Theory of Tort Law*, p. 885 and 888.

<sup>106</sup> *Idem*. *Causation in Tort Law: An Economic Approach*, p. 111.

<sup>107</sup> POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, p. 168.

<sup>108</sup> RUBINFELD, Daniel L. *The Efficiency of Comparative Negligence*, p. 378.

made directly by looking at the extent to which each party deviates from some relatively high level of care and the marginal value that the trier of fact places on those deviations". More recently, Giuseppe Dari-Mattiacci and Eva Hendrix<sup>109</sup> sustain the efficiency of comparative negligence by allocating damages according to the parties' relative departure from due care: "comparative negligence is both the most common rule in the United States and in Europe and a rule that law and economics scholarship has had enormous difficulties justifying... The efficiency of comparative negligence poses a persistent puzzle to law and economics scholarship". The authors go on to propose an explanatory theory of why "comparative negligence is more efficient than its all-or-nothing alternatives (simple and contributory negligence)", through the "sharing of the loss between negligent parties proportionally to relative fault – that is, the parties' relative departures from due care".

The idea of applying the Incremental Learned Hand Standard as criterion of fault/negligence graduation, in conjunction with the traditional tripartite classification of degrees of fault/negligence in severe, ordinary and slight, with the aim of allocate the damages between the injurer agent and the injured agent, was formalized by Eugênio Battesini<sup>110</sup>, in a geometric representation of the degree of fault/negligence (Figure 2). The intersection of the curves representing marginal costs of precaution and marginal benefits (reduction in the expected marginal losses), the point corresponding to  $X^*$ , a marginal cost/benefit ratio equal to 1 (a 1:1 ratio), represents the efficient level of precaution. The area to the right of point  $X^*$ , a marginal cost/benefit ratio equal or superior to 1, indicates the diligence zone. The area to the left of point  $X^*$ , a marginal cost/benefit ratio lower than 1, indicates the negligence zone. According to the traditional le-

---

<sup>109</sup> DARI-MATTIACCI, Giuseppe; HENDRIKS, Eva S. *Relative Fault and Efficient Negligence: Comparative Negligence Explained*, p. 1-2 e 8.

<sup>110</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, p. 255-257.

gal classification of severe, ordinary and slight fault/negligence, the negligence zone can be divided into three areas. The first area, indicating the existence of slight fault/negligence, covers the section situated between point  $X^*$  and point  $X^1$ , demarcated, for hypothetical purposes, by the marginal cost/benefit ratios 0.99 (a 1:1.01 ratio) and 0.4 (a 1:2.5 ratio) respectively. The second area, indicating the existence of ordinary fault/negligence, covers the section situated between point  $X^1$  and point  $X^2$ , demarcated, for hypothetical purposes, by the marginal cost/benefit ratios 0.39 (a 1:2.51 ratio) and 0.13 (a 1:7.5 ratio) respectively. The third area, indicating the existence of severe fault/negligence, covers the section situated to the left of point  $X^2$ , indicated, for hypothetical purposes, by a marginal cost/benefit ratio of less than 0.13 (a 1:7.5 ratio).

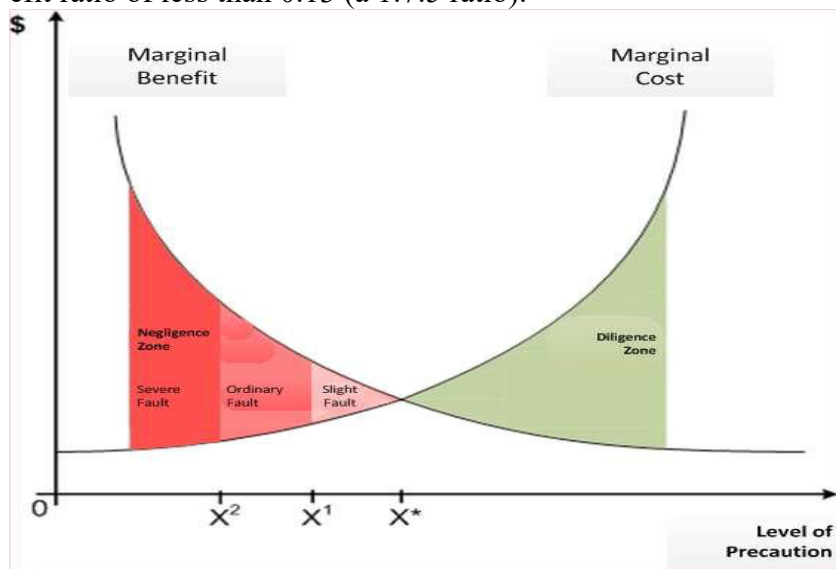


Figure 2 – Geometric representation of the Incremental Learned Hand Standard as criterion of fault/negligence gradation.

Level of precaution in physical units, cost of accidents in monetary units.

As recorded by Eugênio Battesini<sup>111</sup>, the use of the In-

<sup>111</sup> *Idem. Incremental Learned Hand Standard, Degrees of Negligence and Allocation*



cremental Learned Hand Standard, as a criterion of fault/negligence gradation, presents additional difficulties in relation to its use as a criterion of fault/negligence assessment. The uncertainty in the application of the institute is leveraged by the existence of degrees of fault/negligence. The question that arises, then, is how many degrees/types of fault/negligence to use. The option for degrees of fault/negligence goes from the single option (binary choice negligence/non-negligence) to the continuous categorization considering the various levels of precaution that can be adopted (for example, 1% is distinct from 2%, 2% is distinct from 3% and so on up to 100%). The option for a greater number of degrees of fault/negligence is in line with the ideas of allocative efficiency and fairness, rewarding the adoption of precautionary levels closer to the efficient level of care and penalizing the adoption of precautionary levels that are far from the efficient level of care. However, the option for a greater number of degrees of fault/negligence has the disadvantages of increase the determination costs, especially information costs, and of reduce accuracy, expanding uncertainty in the application of the rule. The trade-off between allocative efficiency/fairness and determination costs/accuracy does not allow easy answers for the questions of how many degrees of fault/negligence to use. In fact, this is a subject underdeveloped by the tort law and economics literature. Anyway, the adoption of an intermediate position, such as the traditional tripartite legal classification of fault/negligence in severe, ordinary and slight, looks to be intuitively rational, which seems to justify its permanence over time and its presence in most contemporary systems of tort law.

The potential of using the Incremental Learned Hand Standard as a criterion of fault/negligence gradation for the purpose of quantifying compensation is explored by Eugênio Battesini<sup>112</sup> in a theoretical construction that considers the tradi-

---

*of Damages: a Comparative Tort Law and Economics Approach*, p. 68-69.

<sup>112</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Res-*

tional tripartite legal classification of fault/negligence in severe, ordinary and slight and adopts the Brazilian tort law as a substrate. In the Brazilian tort law<sup>113</sup>, the general framework of allocation of damages, and the connection with the fault/negligence graduation, is established by the articles 944 and 945 of the 2002 Brazilian Civil Code of 2002<sup>114</sup>. The general rule regarding the quantitative evaluation of the amount of compensa-

---

*ponsabilidade Civil no Brasil*, p. 256 and 265; *Idem. Incremental Learned Hand Standard, Degrees of Negligence and Allocation of Damages: a Comparative Tort Law and Economics Approach*, p. 60 and 62.

<sup>113</sup> Analyzing the Brazilian tort system, Flávio Tartuce establishes the connection between articles 944 and 945 of the Brazilian Civil Code of 2002 and the traditional tripartite classification of the degrees of fault/negligence in severe, ordinary and slight: "The two rules, articles 944 and 945 of codification are complementary... comes into the picture the classic division of fault according to their degree, which dates back to Roman law, theme widely debated by Brazilian classic civilists, who have dedicated themselves to the study of civil liability, as is the case of Alvino Lima and Aguiar Dias. From the compilation of Justinian can be taken the classification of fault according to their degree, which, for a long time, has been serving as a parameter for determining the indemnity quantum. The articles 944 and 945 of the actual Brazilian Civil Code, in a certain sense, did resurface, with even greater amplitude, the study of this division. Initially, in the severe or grave fault, there is a gross imprudence or negligence; ... the ordinary or medium fault is the intermediary negligence; ... finally, there is the slight fault or in the slightest degree possible". TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil Objetiva e Risco, a Teoria do Risco Concorrente*, p. 250-25. Referring to the application of punitive damages in the Brazilian tort system, André Gustavo de Andrade records: "Independently of any legal provision, the punitive indemnification of moral damage is applicable in our legislation, because it draws its authority directly from constitutional principle. Its logical and legal basis is the principle of human dignity, established in article 1, clause III, of the Federal Constitution. The application of this special type of sanction also constitutes a logical corollary to the constitutional recognition of personality rights and of the right to indemnification of moral damage, included in article 5, clauses V and X, of the Brazilian Constitution". ANDRADE, André G. *Dano Moral e Indenização Punitiva: os Punitive Damages na Experiência da Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, p. 236-237.

<sup>114</sup> BRAZIL. Civil Code of 2002. Article 944. Indemnification is determined by the extent of damage. Sole paragraph. If an excessive disproportion exists between the gravity of the fault and the damage, the judge may reduce the indemnity correspondingly. Article 945. If the victim has knowingly contributed to the harmful event, indemnity paid to the victim will be set in such a way as to reflect the extent of the victim's culpability compared to that of the author of the damage. Available at: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm).

tion is the symmetry between indemnity and damage (" $I = D$ "), stated in the caput of article 944 of the Brazilian Civil Code of 2002. Exceptions to the rule of symmetry between indemnity and damage are provided: with regard to the reduction of the amount of indemnity in relation to the damage considering the degree of fault/negligence of the injurer agent (" $I < D$ "), the sole paragraph of article 944 of the Brazilian Civil Code of 2002; with regard to the increase in the amount of indemnity in relation to the damage considering the degree of fault/negligence of the injurer agent (" $I > D$ "), the sole paragraph of article 944 of the Brazilian Civil Code of 2002, in an extensive interpretation in the light of constitutional foundations, articles 1, III, and 5, V and X, of the Brazilian Federal Constitution of 1988<sup>115</sup>, and; with regard to the reduction of the amount of indemnity in relation to the damage considering the degree of concurrent fault/negligence of the injured agent (" $I < D$ "), the article 945 of the Brazilian Civil Code of 2002.

With regard to the reduction of the amount of indemnity in relation to the damage considering the degree of fault/negligence of the injurer agent, the single paragraph of article 944 of the Brazilian Civil Code of 2002 provides that, "if an excessive disproportion exists between the severity of the fault and the damage, the judge may reduce the indemnity correspondingly". The idea of "excessive disproportion between the severity of the fault and the damage" can be interpreted as the production of

---

<sup>115</sup> BRAZIL. Federal Constitution, of October 5, 1988. Article 1. The Federative Republic of Brazil, formed by the indissoluble union of the states and municipalities and of the Federal District, is a legal democratic state and is founded on: ... III - the dignity of the human person. ... Article 5. All persons are equal before the law, without any distinction whatsoever, Brazilians and foreigners residing in the country being ensured of inviolability of the right to life, to liberty, to equality, to security and to property, on the following terms: ... Clause V – the right of reply is ensured, in proportion to the offense, as well as compensation for property or moral damages or for damages to the image; ... Clause X – the privacy, private life, honor and image of persons are inviolable, and the right to compensation for property or moral damages resulting from their violation is ensured. Available at: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

significant damage as a result of the conduct of the injurer agent qualified as being of slight fault/negligence (table 1, columns 1 and 2, line 2), conduct in which the effective level of care approaches the efficient level of precaution. Thus, in light of the application of the Incremental Learned Hand Standard, to the extent that the preventive conduct of the injurer agent does not differ significantly from the conduct of the reasonable man, it is justified to reduce, hypothetically, from zero to 25% the amount of indemnity in relation to the damage (table 1, column 3, line 2). Reduction in the amount of indemnity in relation to the damage, which, considering the magnitude of the damage, may be greater than 25%, upon equitable judicial assessment, but which, however, is not justified in cases where the injurer agent inside in ordinary fault/negligence (table 1, columns 1, 2 and 3, line 3) or severe fault/negligence (table 1, columns 1, 2 and 3, line 4), since the preventive conduct differs significantly from the conduct of the reasonable man, moving away from the efficient level of precaution.

With regard to the increase in the amount of indemnity in relation to the damage, considering the degree of fault/negligence of the injurer agent, in an extensive interpretation of the sole paragraph of article 944 of the Brazilian Civil Code of 2002, in the light of constitutional foundations, it is possible to apply punitive damages when the conduct of the injurer agent is extremely reprehensible, being classified as severe fault/negligence (table 1, columns 1 and 2, line 4), conduct in which the effective level of precaution is significantly different from the efficient level of precaution. Thus, in light of the application of the Incremental Learned Hand Standard, as the conduct of the injurer agent differs significantly from the conduct of the reasonable man, it is justified to increase, hypothetically, from zero to 25% of the amount of indemnity in relation to the damage (table 1, column 3, line 4). Increase in the amount of indemnity in relation to the damage, which, upon equitable judicial assess-

ment, may be greater than 25% of the value of the damage, but which, however, is not justified if the injurer agent inside in ordinary fault/negligence (table 1, columns 1 and 2, line 3) and, especially, if the injurer agent inside in slight fault/negligence (table 1, columns 1 and 2, line 2), a hypothesis in which the preventive conduct does not differ significantly from the conduct of the reasonable man, being close to the efficient level of precaution.

Table 1 – Fault/negligence gradation and reduction/increase of the amount of indemnity in relation to damage, considering individual involvement of injurer agent and injured agent, in light of the Brazilian Civil Code of 2002.

| <i>Fault/negligence gradation</i> | <i>Ratio of marginal cost to marginal benefit</i> | <i>Injurer involvement – reduction/increase of indemnity amount (sole §, article 944, BCC/2002)</i> | <i>Injured involvement – reduction of indemnity amount (article 945, BCC/2002)</i> |
|-----------------------------------|---------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| slight                            | from 0.99 to 0.4<br>from (1:1.01) to (1:2.5)      | reduction between 0 and 25%                                                                         | reduction between 0 and 25%                                                        |
| ordinary                          | from 0.39 a 0.13<br>from (1:2.51) to (1:7.5)      | zero                                                                                                | reduction between 25 and 50%                                                       |
| severe                            | below 0.13<br>below (1:7.5)                       | increase between 0 and 25%                                                                          | reduction between 50 and 75%                                                       |

With regard to the reduction of the amount of indemnity in relation to the damage considering the degree of concurrent fault/negligence of the injured agent, the article 945 of the Brazilian Civil Code of 2002 provides that, " if the victim has culpably contributed to the harmful event, his compensation will be fixed taking into account the gravity of his fault in comparison with that of the author of the damage". The idea of "gravity of fault" of the injured agent can be associated with the qualification of his conduct as being of slight, ordinary or severe fault/negligence (table 1, columns 1 and 2, lines 2, 3 and 4), by

comparing the actual conduct with the standard of the reasonable man, considering the distance between the effective level of precaution and the efficient level of precaution. Thus, in light of the application of the Incremental Learned Hand Standard, considering the distance between the conduct of the injured agent and the conduct of the reasonable man, it is justified an equitable reduction in the amount of indemnity in relation to the damage: from zero to 25% (table 1, column 4, line 2), in the event that the injured agent inside in slight fault/negligence (table 1, columns 1 and 2, row 2); from 25% to 50% (table 1, column 4, line 3), in the event that the injured agent inside in ordinary fault/negligence (table 1, columns 1 and 2, line 3), and; from 50% to 75% (table 1, column 4, line 4), in the event that the injured agent inside in severe fault/negligence (table 1, columns 1 and 2, line 4).

The idea of a “confrontation” between the gravity of fault/negligence of the injured agent and of the injurer agent, with the ultimate aim of determining the amount of indemnity to be paid, according to article 945 of the Civil Code of 2002, refers to the necessary analysis of the joint participation of the injurer agent and the injured agent in producing damage. In this regard, in the light of the application of the Incremental Learned Hand Standard, twelve possible combinations, identified in table 2, imply different strata of estimation of the amount of indemnity in relation to damage.

Table 2 – Fault/negligence gradation and reduction/increase of the amount of indemnity in relation to damage, considering joint involvement of injurer agent and injured agent, in light of the Brazilian Civil Code of 2002.

| <i>Injurer fault/negligence, reduction or increase in indemnity amount (single § of article 944, BCC 2002)</i> | <i>Injured fault/negligence and reduction in indemnity amount (article 945, BCC 2002)</i> | <i>Indemnity-damage ratio</i> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------|
| Severe (zero to 25% in-                                                                                        | Absent (zero)                                                                             | 100% to 125%                  |

|                                |                                 |             |
|--------------------------------|---------------------------------|-------------|
| crease)                        |                                 |             |
| Severe (zero to 25% increase)  | Slight (zero to 25% reduction)  | 75% to 125% |
| Severe (zero to 25% increase)  | Ordinary (25% to 50% reduction) | 50% to 100% |
| Severe (zero to 25% increase)  | Severe (50% to 75% reduction)   | 25% to 75%  |
| Ordinary (zero)                | Absent (zero)                   | 100%        |
| Ordinary (zero)                | Slight (zero to 25% reduction)  | 75% to 100% |
| Ordinary (zero)                | Ordinary (25% to 50% reduction) | 50% to 75%  |
| Ordinary (zero)                | Severe (50% to 75% reduction)   | 25% to 50%  |
| Slight (zero to 25% reduction) | Absent (zero)                   | 75% to 100% |
| Slight (zero to 25% reduction) | Slight (zero to 25% reduction)  | 50% to 75%  |
| Slight (zero to 25% reduction) | Ordinary (25% to 50% reduction) | 25% to 50%  |
| Slight (zero to 25% reduction) | Severe (50% to 75% reduction)   | zero to 25% |

Supposing that the injurer agent incurs in severe fault/negligence (table 2, column 1, lines 2 and 5), it can be seen that: if the injured agent does not incur in fault/negligence (table 2, column 2, line 2), the amount of indemnity will vary between 100% and 125% of the value of the damage (table 2, column 3, line 2); if the injured agent incurs in slight fault/negligence (table 2, column 2, line 3), the amount of indemnity will vary between 75% and 125% of the value of the damage (table 2, column 3,

line 3); if the injured agent incurs in ordinary fault/negligence (table 2, column 2, line 4), the amount of indemnity will vary between 50% and 100% of the value of the damage (table 2, column 3, line 4); and, if the injured agent incurs in severe fault/negligence (table 2, column 2, line 5), the amount of indemnity will vary between 25% and 75% of the value of the damage (table 2, column 3, line 5).

Supposing that the injurer agent incurs in ordinary fault/negligence (table 2, column 1, lines 6 and 9), it can be seen that: if the injured agent does not incur in fault/negligence (table 2, column 2, line 6), the amount of indemnity will be 100% of the value of the damage (table 2, column 3, line 6); if the injured agent incurs in slight fault/negligence (table 2, column 2, line 7), the amount of indemnity will vary between 75% and 100% of the value of the damage (table 2, column 3, line 7); if the injured agent incurs in ordinary fault/negligence (table 2, column 2, line 8), the amount of indemnity will vary between 50% and 75% of the value of the damage (table 2, column 3, line 8); and, if the injured agent incurs in severe fault/negligence (table 2, column 2, line 9), the amount of indemnity will vary between 25% and 50% of the value of the damage (table 2, column 3, line 9).

Supposing that the injurer agent incurs in slight fault/negligence (table 2, column 1, lines 10 and 13), it can be seen that: if the injured agent does not incur in fault/negligence (table 2, column 2, line 10), the amount of indemnity will vary between 75% and 100% of the value of the damage (table 2, column 3, line 10); if the injured agent incurs in slight fault/negligence (table 2, column 2, line 11), the amount of indemnity will vary between 50% and 75% of the value of the damage (table 2, column 3, line 11); if the injured agent incurs in ordinary fault/negligence (table 2, column 2, line 12), the amount of indemnity will vary between 25% and 50% of the value of the damage (table 2, column 3, line 12); and, if the injured agent incurs in severe fault/negligence (table 2, column 2, line 13), the



amount of indemnity will vary between zero and 25% of the value of the damage (table 2, column 3, line 13).

Evidenced that the Incremental Learned Hand Standard dialogues with the traditional legal theory of the gradation of fault/negligence, the tripartite classification into severe, ordinary and slight fault/negligence, and with the institutes of concurrent fault of the injured agent, punitive damages, and the equitable reduction of the amount of compensation (conceptual structures) and provides a consistent criterion for quantifying compensation (operational rule, working rule), helping to solve methodological problems that permeate legal practice (law in practice), the next step is to analyze how another instrument of economic analysis, the Cheapest Cost Avoider Criterion, contributes to the study of another relevant topic of tort law, the option between strict liability and negligence, which is the object of the next stage of this study.

#### 4. CHEAPEST COST AVOIDER CRITERION, STRICT LIABILITY *VIS A VIS* NEGLIGENCE

The fourth part of the present study explores the *Cheapest Cost Avoider Criterion*, highlighting the potential application of the institute as a directive for delimiting the field of action of strict liability and negligence. It is conducted: the presentation of the foundations and methodological problems faced by the traditional legal theory; the presentation of the theoretical contribution provided by economic analysis, the Cheapest Cost Avoider Criterion, and how this institute dialogues with traditional legal theory, helping to solve methodological problems. The main research parameters are adopted: the consistent comparative study of tort law systems developed by the European Centre of Tort and Insurance Law; works by reference authors in tort law and economics, such as Guido Calabresi, Michael Faure, Richard Posner and Steven Shavell, as well as studies de-

veloped by Eugênio Battesini, in doctoral and postdoctoral research and other academic work<sup>116</sup>.

A contemporary legal phenomenon is the existence of a dualistic system of tort, with the coexistence of negligence and strict liability. As Cees van Dam notes<sup>117</sup>, “all legal systems have strict liability rules in addition to the basic negligence rule”, when negligence does not present satisfactory results, strict liability is often provided as a solution. In a convergent way, Franz Werro, Vernon Palmer and Anne-Catherine Hahn<sup>118</sup> point out that “the fault is not, and never has been, the sole basis of tort liability”, however, there is “widespread recognition” among legislators, judges and academics that negligence is the rule and strict liability the exception. Representative is the fact that the European Group on Tort Law, in the *Principles of European Tort Law*<sup>119</sup>, considers negligence and strict liability for the risk of the activity as fundamental rules and foundations of tort law: Article 1:101. Basic norm; Article 4:101. Fault, and; Article 5:101. Abnormally dangerous activities. Considering the legal

---

<sup>116</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia, Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, p. 227-233; *Idem. Análise Econômica da Responsabilidade Civil: Limites e Possibilidades de Aplicação do Incremental Learned Hand Standard e do Cheapest Cost Avoider Criterion, com Ênfase na Responsabilidade Civil do Estado em Portugal e no Brasil*, p. 39-56, and; *Idem. Tort Law and Economic Development: Strict Liability in Legal Practice*, p. 5-10.

<sup>117</sup> DAM, Cees van. *European Tort Law*, p. 256.

<sup>118</sup> WERRO, Franz; PALMER, Vernon V.; HAHN, Anne-Catherine. *Strict Liability in European Tort Law: an Introduction*, p. 13

<sup>119</sup> EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principes du Droit Européen de la Responsabilité Civile*, p. 257 and 260-261. Art. 1:101. Basic norm (1) A person to whom damage to another is legally attributed is liable to compensate that damage. (2) Damage may be attributed in particular to the person a) whose conduct constituting fault has caused it; or b) whose abnormally dangerous activity has caused it; or c) whose auxiliary has caused it within the scope of his functions. Chapter 4. Liability based on fault. Article 4:101. Fault. A person is liable on the basis of fault for intentional or negligent violation of the required standard of conduct. Chapter 5. Strict Liability. Article 5:101. Abnormally dangerous activities. (1) A person who carries on an abnormally dangerous activity is strictly liable for damage characteristic to the risk presented by the activity and resulting from it.

system of the United States<sup>120</sup>, the dichotomy negligence *vis a vis* strict liability is pointed out by the American Law Institute, in the *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical Harm*, § 6. Liability for Negligence Causing Physical Harm and § 20. Abnormally Dangerous Activities. In the Brazilian tort system<sup>121</sup>, the dichotomy negligence *vis a vis* strict liability is present in articles 186 and 927, caput and sole paragraph, of the Brazilian Civil Code of 2002<sup>122</sup>.

In fact, despite the idea that the regimes coexist in "relative harmony" is crystallized in contemporary tort systems, with the negligence being raised to the position of a general principle defining liability and the specification that the strict liability has its own field of action, from a doctrinal point of view the issue is complex. The existence of a "gray area" between negligence and strict liability and the difficulty in establishing a "consistent clear-cut borderline" between them are relevant issues pointed out by Bernhard Koch and Helmud Koziol<sup>123</sup> in the conclusions of the comparative study aimed at the unification of strict liability conducted by the European Centre of Tort and Insurance

---

<sup>120</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical Harm*, p. 67 and 229. § 6. Liability for Negligence Causing Physical Harm. An actor whose negligence is a factual cause of physical harm is subject to liability for any such harm within the scope of liability, unless the court determines that the ordinary duty of reasonable care is inapplicable. § 20. Abnormally Dangerous Activities (a) An actor who carries on an abnormally dangerous activity is subject to strict liability for physical harm resulting from the activity.

<sup>121</sup> See: PAULA, Carolina B. A. *As Excludentes da Responsabilidade Civil Objetiva*, p. 60-65.

<sup>122</sup> BRAZIL. Civil Code of 2002. Article 186. Anyone who, by voluntary action or omission, negligence or imprudence, violates rights and causes damage to others, even if exclusively moral, commits an unlawful act. Article 927. Anyone who, by an unlawful act, causes damage to another, is obliged to repair it. Sole Paragraph. There will be an obligation to repair the damage, regardless of fault, in the cases specified by law, or when the activity normally conducted by the author of the damage implies, by its nature, a risk to the rights of others. Available at: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm).

<sup>123</sup> KOCH, Bernhard A.; KOZIOL, Helmut. *Unification of Tort Law: Strict Liability, Comparative Conclusions*, p. 395.

Law.

Also acknowledging the existence of a "gray area", Franz Werro, Vernon Palmer and Anne-Catherine Hahn<sup>124</sup> highlight the difficulties inherent in the delimitation of the field of action of negligence and strict liability, noting that the discussion about strict liability has been taking place for many years, but "there is still much uncertainty about the meaning and the boundaries of strict liability". Going further, they point out that this uncertainty becomes evident when comparing the different national tort systems, since there are substantial differences in relation to the importance that European legal systems attribute to strict liability. Even though strict liability is considered an exceptional rule in most of these systems, the degree to which this occurs is not the same, and "it is fair to say that there are larger zones of strict liability in the civil law system than in the common law". It can be inferred, therefore, that important methodological issues arise within the scope of the dualistic system of tort law. In particular, the issue related to the definition of the foundations for the imputation nexus in strict liability acquires relevance, or, pragmatically, it is necessary to establish criteria to the application of strict liability.

Considering the traditional legal theory<sup>125</sup>, the application of strict liability is usually based on reasons such as: the imperatives of social policy, in particular, public peace and social welfare; the general principle of equity; the abuse of right, characterized by the exercise of the right by its holder without respecting the economic and social purposes for which the right was instituted or exercising it harming morals and good customs, or even exceeding the limits of good faith; the theory of guarantee, based on the duty of security imposed on certain people, such as parents in relation to the acts of their children or employ-

---

<sup>124</sup> WERRO, Franz; PALMER, Vernon V.; HAHN, Anne-Catherine. *Strict Liability in European Tort Law: an Introduction*, p. 3-4.

<sup>125</sup> See: PAULA, Carolina B. A. *As Excludentes da Responsabilidade Civil Objetiva*, p. 16-17 and 19-34.

ers for the acts of their employees, and; above all, the theory of risk.

The emergence of the idea of risk of activity as a basis for the application of strict liability<sup>126</sup> dates back to the second half of the nineteenth century, from the work of European jurists, such as Saleilles, Josserand, Mazeaud and Mazeaud, Ripert, Demogue, and Savatier. A significant contribution to the development of the theory of risk was carried out by one of the pioneers in the interactive study of law and economics, the jurist of the Austrian School Victor Mataja<sup>127</sup>, who, in the book *The Law of Compensation under the Economic Perspective* (1888), defends the application of strict liability using arguments of an economic nature. Over time, the traditional legal doctrine has developed the risk theory considering several modalities<sup>128</sup>, such as: integral risk, an extreme modality that admits the duty to indemnify even in the event of non-characterization of the causal link, and it is sufficient to ascertain that there was damage for the purposes of attributing liability; professional risk, with attribution of liability to the agent who habitually and continuously develops an activity that implies risk; risk benefit, through attribution of liability to the agent who takes advantage of the harmful activity, who enjoys advantages, not necessarily economic, obtained from the exercise of the risk activity; the risk created, with attribution of liability to the agent who develops the potentially harmful activity, placing in a secondary plan the interest or purpose with which the activity is carried out, and; administrative risk, with the attribution of responsibility to the State for the risk

---

<sup>126</sup> A consistent historical analysis of the emergence and doctrinal evolution of the theory of risk is conducted by: PEREIRA, Caio M. S. *Responsabilidade Civil*, p. 14-25 and 261-293, and by; DIAS, José A. *Da Responsabilidade Civil*, p. 55-98.

<sup>127</sup> MATAJA, Victor. *Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*. Consistent exposition of Victor Mataja's ideas is conducted by: ENGLARD, Izhak. *Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: a Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort*, p. 173-191.

<sup>128</sup> See: PEREIRA, Caio M. S. *Op. cit.*, p. 270, and; TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil Objetiva e Risco, a Teoria do Risco Concorrente*, p. 127-181.

created as a result of the exercise of its administrative activities.

However, despite the theoretical contribution provided by the risk theory, there remains the difficulty in establishing a consistent "clear cut test" to determine the limits between negligence and strict liability and to put it into practice. A consistent attempt to delimit the boundary between negligence and strict liability, through risk theory, is made by Franz Werro, Vernon Palmer and Anne-Catherine Hahn<sup>129</sup>. After noting that in all European legal systems, the technical feasibility and economic reasonableness of precautionary measures are considered essential to determine the precautionary standard, and that European courts often make use of "cost-benefit analysis", widely applied in England and Scotland and intuitively applied in other jurisdictions, the authors propose, in a first approximation, that negligence is explained as liability for "reasonably foreseeable and avoidable harm" and, by extension, that strict liability is explained as liability for "unforeseeable and/or inevitable" damages or that "only can be prevented at excessive costs". Following this analytical line, in a suggestive manifestation, Cees van Dam<sup>130</sup> states that "the bigger the potential risk, the more there will be the food for thought of a rule of strict liability", and strict liability is often applicable in situations in which accidents may occur with a "considerable level of probability and if they happen they are likely to cause severe damage, namely death or serious personal injury".

As can be inferred from the statements of jurists such as Franz Werro, Vernon Palmer, Anne-Catherine Hahn and Cees Van Dam, the search for a "clear cut test" to determine the field of action of negligence and strict liability and criteria for the application of strict liability can be conducted with the use of tort law and economics fundamentals. The dichotomy negligence *vis*

---

<sup>129</sup> WERRO, Franz; PALMER, Vernon V.; HAHN, Anne-Catherine. *Strict Liability in European Tort Law: an Introduction*, p. 8-9.

<sup>130</sup> DAM, Cees van. *European Tort Law*, p. 256.

*a vis* strict liability has long been the subject of integrative law and economics study. In addition to the aforementioned contribution of Victor Mataja, *The Law of Compensations under the Economic Perspective* (1888), four other pioneering authors of the economic analysis of law turn to the study of the subject<sup>131</sup>, namely: Pietro Trimarchi, *Rischio and Responsabilità Oggettiva* (1961); Guido Calabresi, *The Cost of Accidents: a Legal and Economic Analysis* (1970); Gordon Tullock, *The Logic of Law* (1971), and; Richard Posner, *A Theory of Negligence* (1972) and *Strict Liability: a Comment* (1973). In particular, the theoretical contribution made by Guido Calabresi, the Cheapest Cost Avoider Criterion, proves to be important in the search for a "clear cut test" to determine the field of action of negligence and strict liability and criteria for the application of strict liability.

Guido Calabresi<sup>132</sup>, in the work *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, adopting the legal system of the United States as a substrate, studies the structure and functions of a tort system in the light of economic fundamentals, developing the notion of cheapest cost avoider, as well as analyzes issues such as the objectives of a tort system and the option between negligence and strict liability. When discussing the objectives of a tort system<sup>133</sup>, he highlights the following: the reduction of ac-

---

<sup>131</sup> TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e Responsabilità Oggettiva*; CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents: a Legal and Economic Analysis*; TULLOCK, Gordon. *The Logic of Law*, and; POSNER, Richard A. *A Theory of Negligence and Strict Liability: a Comment*. See: BATTESINI, Eugênio. *A História do Pensamento em Direito e Economia Revisitada, dos Precursores à Pos-modernidade*, p. 613-617, 638-642, 637-652 and 659-661.

<sup>132</sup> Studies evaluating Guido Calabresi's contribution to the law and economics movement, especially *Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts* (1961), *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis* (1970), *Toward a Test for Strict Liability in Torts* (1972), co-authored with Jon T. Hirschoff, and *Concerning Cause and the Law of Torts: an Essay for Harry Kalvet Jr.* (1975), are developed by: HYLTON, Keith. *Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics*, and; BATTESINI, Eugênio. *A História do Pensamento em Direito e Economia Revisitada: dos Precursores à Pós-Modernidade*, p. 638-642.

<sup>133</sup> CALABRESI, Guido. *Op. cit.*, p. 24-33.

cident costs and the costs of avoiding accidents, primary costs; the reduction of the costs of social dispersion of accident risks, secondary costs; and; the reduction of the administrative costs of accidents, tertiary costs; in addition to the realization of justice, considered as a “final” test, a “veto or constraint” on what can be done to achieve the reduction of accident costs. Focusing on the reduction of the primary costs of accidents, Guido Calabresi<sup>134</sup> points out that the main directive for the construction of a tort system based on allocative efficiency consists of attributing liability to the agent qualified as the cheapest cost avoider.

The basic idea inherent in the notion of cheapest cost avoider<sup>135</sup> is that, in a tort system aimed at reducing the sum of accident costs and accident avoidance costs, liability should be attributed to the agent who is in the “best position to make the cost-benefit analysis between accident costs and accident avoidance costs and to act on that decision once it is made”, to the agent who has “greatest comparative advantage in the producing safety or injury reduction”. In the elucidative words of Guido Calabresi<sup>136</sup>, “a pure market approach to primary accident cost avoidance would require allocation of accident cost to those acts or activities (or combination of them) which could avoid the accident costs more cheaply”, which is to say that, in the absence of transaction and information costs, liability should be attributed to the agent best positioned to act “in order to obtain that modification of behavior which would lessen accidents costs most”. The objective of attributing liability to the cheapest cost avoider, Guido Calabresi<sup>137</sup> states, “is to place the incentives for choosing between accident costs and their avoidance on those

---

<sup>134</sup> CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, p. 135 e 312.

<sup>135</sup> CALABRESI, Guido; HIRSCHOFF, Jon T. *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, p. 1060, and; CALABRESI, Guido. *Op. cit.*, p. 135.

<sup>136</sup> CALABRESI, Guido. *Op. cit.*, p. 135.

<sup>137</sup> *Idem. Concerning Cause and the Law of Torts: an Essay for Henry Kalven Jr.*, p. 84.



actors who, as a practical matter, we believe will choose most effectively", either because he has better knowledge of the risks involved and the of ways to avoid it, either because he is in a better position to use this knowledge to choose the cheaper alternative of action, or either because he is in better position to induce modifications in the behavior that reduce the sum of the costs of accidents and the costs of avoiding accidents.

A relevant operational issue or, in the words of Guido Calabresi<sup>138</sup>, "the most important single requirement for picking the cheapest cost avoider", consists of the choice of the most appropriate method and forum to apply the "guidelines" with a view to determining in practice "which party can most cheaply modify its behavior so as to avoid accidents". Two alternatives are pointed out: identify the cheapest cost avoider agent in individualizing analysis, "case-by-case decisions", carried out *ex post* in each accident, by hypothesis, by the Judiciary, and; identify categories or activities qualified as cheapest cost avoiders in a generalizing analysis, "category determination", carried out *ex ante* for a set of accidents, by hypothesis, by the Legislature.

Expressing his preference for category determination, Guido Calabresi<sup>139</sup> develops the central argument<sup>140</sup> that a tort system built around strict liability rules, established in *ex ante* analysis based on the identification of categories of acts and activities qualified as cheaper cost avoiders, in comparison with a tort system built around the negligence rule through the performance of an *ex post* case-by-case analysis by the Judiciary, it is more appropriate to reduce the sum of the primary, secondary and tertiary costs of accidents. In the words of Guido Calabresi<sup>141</sup>: "the fault system ignores the guidelines for finding the cheapest cost avoider...", it is "a poor system of market con-

---

<sup>138</sup> *Idem. The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, p. 161.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>140</sup> See: HYLTON, Keith. *Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics*, p. 6.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 255 e 266.

trol...", which "is not the system we would use if our aim were the establishment of an optimal system of market control of accident costs". It is preferable to have a tort system that achieves the reduction of accident costs "better than the fault system and does them consistently with our sense of justice...", such a system "could begin by allocating accident costs to those categories that can avoid accidents more cheaply...", cheapest cost avoiders, and are "sufficiently broad to spread the costs adequately enough to meet our secondary cost avoidance goals"<sup>142</sup>.

Even considering that the case-by-case analysis carried out by the Judiciary is not the best method/forum to identify the cheapest cost avoider, in a pragmatic way, in the article *Toward a Test for Strict Liability in Torts*<sup>143</sup>, co-authored with Jon Hirschoff, Guido Calabresi turns to the formulation of a general test for the application of the strict liability rule based on the notion of cheapest cost avoider. The basic idea is that the process of attributing strict liability by the Judiciary can be significantly simplified by identifying in the specific case which of the parties is in the best position to: carry out the cost-benefit analysis of the risks of an accident, and; act in accordance with such analysis. In the elucidative words of the authors<sup>144</sup>, "the question for the court reduces to a search for the cheapest cost avoider... the strict liability test would simply require a decision as to whether the injurer or the victim was in a better position both to judge whether avoidance costs would exceed foreseeable accident costs and to act on that judgement". In addition, Jon Hirschoff and Guido Calabresi<sup>145</sup> note that the strict liability test based on the notion of cheapest cost avoider, is compatible with the main doctrines of strict liability in United States, such as ultra hazard-

---

<sup>142</sup> CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, p. 312.

<sup>143</sup> CALABRESI, Guido; HIRSCHOFF, Jon T. *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, p. 1055-1085.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 1060.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 1066.

ous or abnormally hazardous activities, workmen's and product liability, in which one of the parties usually has superior information about the risks of the activity and the alternatives of action in order to avoid the occurrence of accidents.

The search for a "clear cut test" to determine the field of action of negligence and strict liability and criteria for the application of strict liability also guides the academic work of another exponent of the economic analysis of law, Richard Posner. In the article *Strict Liability: a Comment* and in the book *Economic Analysis of Law*, he turns to the traditional debate about the option between negligence and strict liability. Focusing on controlling the level of hazardous activity conducted by the injurer agent, Richard Posner<sup>146</sup> develops the argument that "court's inability to determine the optimal activity levels except in simple cases is potentially a serious shortcoming of a negligence system". Given that as strict liability reduces accident costs by inducing changes in activity levels, it points out that: "when a class of activities can be identified in which activity-level changes by potential injurers are the most efficient method of accident prevention is there a compelling argument for imposing strict liability".

Having established the connection with the notion of cheapest cost avoider, along the lines proposed by Guido Calabresi, and justified the use of the strict liability in the control of the level of dangerous activities, Richard Posner, in the paper *The Positive Economic Theory of Tort Law* (1981) and in the book *The Positive Economic Theory of Tort Law* (1987), both co-authored with William Landes<sup>147</sup>, focuses on the establishment of guidelines for the application of the strict liability, identifying two elements that dialogue with the Incremental Learned Hand Standard. The first element is the "high expected accident

---

<sup>146</sup> POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, p. 178-179.

<sup>147</sup> LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Positive Economic Theory of Tort Law*, p. 907-908, and; *Idem. The Economic Structure of Tort Law*, p. 112.

cost", a situation in which, considering the elements of the Hand formula (see item 2), " $p(X)$ . D" has a high value, which shows that there are "substantial social benefits" associated with the reduction in the level of activity. Second element, the "impracticality of avoiding accidents through exercising greater care", a situation in which, considering the elements of the Hand formula (see item 2), " $p(X)$ " is high, even when " $C.X$ " presents a high value, an element that shows that the reduction of accident rates "cannot be done economically simply by conducting the activity with greater care". The authors<sup>148</sup> note that many of the areas of strict liability in United States are grouped under the rubric of ultra hazardous or abnormally hazardous activities, and "the roots of such principle in the economics of optimal accident avoidance are apparent in the *Restatement's* list of the factors to be considered in determining whether an activity is abnormally dangerous"<sup>149</sup>. The elements listed by the *Second Restatement of Law – Torts*, William Landes and Richard Posner<sup>150</sup> go on to point out, "coincide with the economic principles that make strict liability the preferred rule for some activities". From this perspective, the existence of categories or activities in which the expected damage caused by accidents is high and/or in which it is impractical to avoid accidents, even with the adoption of high

---

<sup>148</sup> LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Positive Economic Theory of Tort Law*, p. 907, and; *Idem. The Economic Structure of Tort Law*, p. 111.

<sup>149</sup> According to *the Restatement of the Law Second, Torts* an activity can be characterized as being abnormally dangerous if: (a) there is a high degree of risk of harm; (b) the resulting harm is significant; (c) the risk cannot be eliminated by the exercise of due care; (d) the activity is unusual; (e) the activity is carried out in an inappropriate place, and; (f) if the value provided to society is outweighed by its attributes of dangerousness. AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law Second, Torts*, p. 36. More restrictively, the *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical Harm*, refers to the creation of a high and foreseeable risk of harm even when reasonable care is exercised by all participants, as well as when the activity is unusual. AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical Harm*, p. 278. See: EPSTEIN, Richard A.; *Cases and Materials on Torts*, p. 593-599.

<sup>150</sup> LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Positive Economic Theory of Tort Law*, p. 907-908, and; *Idem. The Economic Structure of Tort Law*, p. 112.

levels of precaution, justifies the strict liability of agents with greater knowledge of the risk conditions, cheapest cost avoiders, as a mechanism that induces changes in the levels of activity with a view to preventing accidents.

In addition to the contributions of Guido Calabresi and Richard Posner, the contemporary literature on tort law and economics<sup>151</sup> makes a significant theoretical contribution to the theme of the option between negligence and strict liability, with emphasis on the mathematical models developed by another exponent of the economic analysis of law, Steven Shavell, in the works *Strict Liability versus Negligence* (1980) and *Economic Analysis of Accident Law* (1987). Formulated from a set of hypotheses that simplify reality<sup>152</sup>, the mathematical models consider that accidents can be determined in a probabilistic way, and the minimization of the social costs of accidents and the maximization of the social benefit generated by the development of the risk activity are purposes that can be achieved through the appropriate formatting of tort rules. Five are the objectives assigned to a tort system<sup>153</sup>: to create incentives for the parties to adopt an efficient level of precaution; to create an incentive for the parties to adopt an efficient level of activity; to create incentives for the parties to obtain information at an efficient level; to achieve an efficient social distribution of risks; and; to minimize administrative costs. Considering these objectives, the mathematical models are elaborated with a view to analyzing the effects of the tort rules<sup>154</sup>, negligence and its variants and strict

---

<sup>151</sup> See: SCHÄFER, Hans-Bernd; SCHÖNENBERGER, Andreas. *Strict Liability versus Negligence, an Economic Analysis*, p. 3-39, and; BATTESINI, Eugênio *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, p. 65-69 and 125-182.

<sup>152</sup> SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*, p. 5-6.

<sup>153</sup> See: DARI-MATTIACCI, Giuseppe. *Tort Law and Economics*, p. 3, and; SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*, p. 113-122.

<sup>154</sup> SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*, p. vi and 5-26, and; SCHÄFER, Hans-Bernd; SCHÖNENBERGER, Andreas. *Strict Liability versus Neg-*

liability and its variants, on the behavior of the parties involved in the performance of activities with risks of accidents. Two types of accidents are considered<sup>155</sup>, unilateral causation, those that can be avoided by the action of only one of the parties, and bilateral causation, those that depend on the conduct of both parties involved in risky activity, as well as five dimensions of analysis are considered, level of precaution, level of activity, level of information, distribution of risks and administrative costs<sup>156</sup>.

By considering the dichotomy negligence *vis a vis* strict liability, the contemporary literature on tort law and economics presents the following results. Considering the level of precaution in the context of unilateral causation<sup>157</sup>, the rules of negligence and strict liability are equivalent, both provide incentives for the injurer agent to adopt an optimal level of precaution. Considering the level of precaution in the context of bilateral causation<sup>158</sup>, negligence and its variants that admit the reduction/exclusion of the amount of compensation proportional to the fault/negligence of the injured agent provide incentives for both parties to adopt an optimal level of precaution, while strict liability does not provide satisfactory results since it does not provide incentives for the injured agent to adopt an optimal level of precaution. This situation changes considering the variant of

---

*ligence, an Economic Analysis*, p. 39-55.

<sup>155</sup> SHAVELL, Steven. *Op. cit.*, p. vi and 5-10.

<sup>156</sup> Regarding administrative costs, the contemporary literature on tort law and economics considers two variables, the number of litigations brought to court and the unit costs of judicial resolution, highlighting that the comparison of administrative costs through the rules of negligence and strict liability is an ambiguous issue from a theoretical point of view. See: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*, p. 360, and; SHAVELL, Steven. *Op. cit.*, p. 283.

<sup>157</sup> SHAVELL, Steven. *Op. cit.*, p. 178-182; MICELI, Thomas J. *Economics of the Law; Torts, Contracts, Property and Litigation*, p. 17; FAURE, Michael. *Economic Analysis of Contributory Negligence*, p. 235-236, and; SCHÄFER, Hans-Bernd; SCHÖNENBERGER, Andreas. *Op. cit.*, p. 44.

<sup>158</sup> SHAVELL, Steven. *Op. cit.*, p. 182-189; MICELI, Thomas J. *Op. cit.*, p. 17-20; FAURE, Michael. *Op. cit.*, p. 236-244, and; SCHÄFER, Hans-Bernd; SCHÖNENBERGER, Andreas. *Op. cit.*, p. 46-52.

strict liability that admits the reduction/exclusion of the amount of compensation proportional to the fault/negligence of the injured agent, which also induces the injured agent to adopt an optimal level of precaution. As Michael Faure points out<sup>159</sup>, in the context of unilateral causation, "the result of the economic literature is, therefore, that if the victim's care has no influence on the accident risk and only the injurer's care influences the risk, both the negligence and strict liability rule will lead to an efficient result", already in the context of bilateral causation, "contributory negligence again plays a crucial role in the discussion of fault versus strict liability... a defense taking into account the victim's behavior (contributory negligence or comparative negligence) is of particular importance in the case of strict liability rule... This is, at least from a theoretical perspective, rather obvious; strict liability without such a defense will not give appropriate incentives to take efficient care for the victim".

Considering the level of activity in the context of unilateral causation<sup>160</sup>, negligence provides incentives for the injurer agent to adopt an optimal level of precaution, but not an optimal level of activity, while the strict liability rule produces superior results, providing incentives for the injurer agent to adopt an optimal level of precaution and activity. Considering the level of activity in the context of bilateral causation<sup>161</sup>, none of the tort rules is capable of creating incentives for the injurer agent and the injured agent to simultaneously adopt an optimal level of precaution and activity, so that if it is more appropriate to control the level of activity of the injurer agent, preserving the appro-

---

<sup>159</sup> FAURE, Michael. *Op. cit.*, p. 236 and 255.

<sup>160</sup> SHAVELL, Steven. *Op. cit.*, p. 193-199; MICELI, Thomas J. *Op. cit.*, p. 27-28; FAURE, Michael. *Strict Liability, Economic Analysis*, p. 366, and; SCHÄFER, Hans-Bernd; SCHÖNENBERGER, Andreas. *Op. cit.*, p. 46.

<sup>161</sup> SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*, p. 199-206; MICELI, Thomas J. *Economics of the Law; Torts, Contracts, Property and Litigation*, p. 28-29; FAURE, Michael. *Economic Analysis of Contributory Negligence*, p. 366-367, and; SCHÄFER, Hans-Bernd; SCHÖNENBERGER, Andreas. *Strict Liability versus Negligence: an Economic Analysis*, p. 53-54.

priate precautionary incentives of both parties, it is recommended to adopt the rule of strict liability with the reduction/exclusion of the amount of compensation proportional to the fault/negligence of the injured agent, on the other hand, if it is more appropriate to control the level of activity of the injured agent, preserving the appropriate precautionary incentives of both parties, it is recommended to adopt the rule of negligence and its variants. As Michael Faure points out<sup>162</sup>, "economic theory has furthermore emphasized the importance of the level of activity as another factor to reduce the accident risk... The difference between strict liability and negligence consists of the fact that strict liability (with the defense in contributory negligence) will encourage activity level changes of the injurer, whereas negligence (whereby the victim is fully exposed to the risk) will encourage activity level changes of the victim"... whereas, "whether it is more important to give injurers an incentive to change the activity level than that victims be given a similar incentive... (e.g., because the injurer's activity is very dangerous and creates a high risk of accidents, even if optimal care is taken) it may be more desirable to control the injurer's activity, which is an argument in favor of strict liability"... However, "even if arguments exist for a strict liability rule (e.g., the highly dangerous character of the activity), in bilateral accidents cases strict liability should still always be combined with a defense to account for the victim's behavior".

Another relevant factor considered by the contemporary tort law and economics literature is the level of information and its distribution among the parties involved in activities with risk of accidents<sup>163</sup>. In general terms, it is verified that if the parties are perfectly informed about the risk situations and the preven-

---

<sup>162</sup> FAURE, Michael. *Op. cit.*, p. 243.

<sup>163</sup> SHAVELL, Steven. *Op. cit.*, p. 51-54; COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*, p. 361-363 and 403-406; GEISTFELD, Mark A. *Products Liability*, p. 300-301, and; BATTESINI, Eugênio *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, p. 168-169.



tive measures that can be adopted, presumption of informational symmetry, the effects of the tort rules are mitigated, prevailing the dynamics of the functioning of the markets. On the other hand, tort rules play an active role in the case of asymmetric distribution of information between the parties, acting as a mechanism inductor of information disclosure. In such a context, considering the presumption of informational asymmetry in favor of the injurer agent, it is verified that the rule of strict liability with the reduction/exclusion of the amount of compensation proportional to the fault/negligence of the injured agent produces superior results to the rule of negligence and its variants, because, in addition to providing incentives for the injurer agent to adopt an optimal level of precaution and activity and for the injured agent to adopt an optimal level of precaution, it works by correcting the problem of asymmetric distribution of information between parties involved in accident risk activities.

The level of risk aversion of parties involved in accident-risk activities is another factor considered by the contemporary tort law and economics literature<sup>164</sup>. Often, the parties do not adopt a position of neutrality in the face of risk, they are not willing to take risks, especially when the expected losses are high compared to their assets. Risk-averse individuals resort to protection mechanisms such as insurance or opt for alternatives such as reducing the level of activity and even not performing activities with risk of accidents, thus affecting the dynamics of resource allocation in the market, the expected utility of individuals and, consequently, the level of social welfare. Tort rules play an active role in the event of an asymmetric distribution of risk between the parties. Considering the presumption of asymmetry in risk aversion in favor of the injurer agent, it is verified that the rule of strict liability with the reduction/exclusion of the

---

<sup>164</sup> SHAVELL, Steven. *Op. cit.*, p. 206-215; SCHÄFER, Hans-Bernd; SCHÖNENBERGER, Andreas. *Op. cit.*, p. 61; KRAAKMAN, Reinier H. *Vicarious and corporate civil liability*, p. 135-137, and; BATTESINI, Eugênio. *Op. cit.*, p. 174-175.

amount of compensation proportional to the fault/negligence of the injured agent produces results superior to the rule of negligence and its variants, because, in addition to providing incentives for the injurer agent to adopt an optimal level of precaution and activity and for the injured agent to adopt an optimal level of precaution, acts by correcting the problem of asymmetric distribution of risk among the parties involved in accident risk activities, as it allocates the risk to the party least averse to it.

It is verified that the contemporary tort law and economics literature, especially the mathematical models developed by Steven Shavell, contributes to the debate about the option between negligence *vis a vis* strict liability, considering how factors such as the level of precaution, the level of activity, the level of information and the level of risk aversion exert influence on the behavior of the parties involved in accident risk situations. In general terms, considering a very common set of accident risk situations in which it is important to control the level of precaution of the injurer agent and of the injured agent, to control the level of activity of the injurer agent, correcting distributive asymmetry in the level of information in favor of the injurer agent and correcting distributive asymmetry in risk aversion in favor of the injurer agent, the contemporary tort law and economics literature shows that the rule of strict liability with the reduction/exclusion of the amount of compensation proportional to the fault/negligence of the injured agent produces results superior to those produced by the rule of pure strict liability and the rule of negligence and their variants.

Such conclusions from the contemporary tort law and economics literature dialogue closely with the Cheapest Cost Avoider Criterion, along the lines conceived by Guido Calabresi, and with the elements related to the Incremental Learned Hand Standard, pointed out by Richard Posner. The idea of applying the strict liability rule to certain categories, acts or activities or a combination of them, which have a comparative ad-

vantage in reducing the costs of accidents and increasing the level of social welfare, is relevant: either because they are better positioned to adopt preventive measures (level of precaution); because they are better positioned to promote the reduction of risk activity (level of activity); because they have greater knowledge of the risk conditions and how to avoid it (level of information), and; because they are broad enough to achieve the social dispersion of damage (level of risk aversion). Another relevant finding of the contemporary tort law and economics literature concerns the need to add to the rule of strict liability a mechanism that considers the behavior of the injured agent, in order to provide appropriate incentives for him to also adopt an efficient level of precaution, in this particular, stands out the rule of strict liability with the reduction/exclusion of the amount of compensation proportional to the fault/negligence of the injured agent. A rereading of the Cheapest Cost Avoider Criterion, in the light of the contributions of the contemporary tort law and economics literature, qualifies it as a consistent "clear cut test" to determine the limits between negligence and strict liability and apply them in legal practice.

A good indication of the importance of the Cheapest Cost Avoider Criterion, reinterpreted in the light of the contributions of the contemporary tort law and economics literature, is given by the comparative perspective, which evidences the adoption of the rule of strict liability with the reduction/exclusion of the amount of compensation proportional to the fault/negligence of the injured agent, in the implementation of the risk theory, in several contemporary tort systems, either through individualizing analysis, case-by-case decisions, carried out by the Judiciary, or through generalizing analysis, category determination, carried out by the Legislature (a theme that will be explored in item 7). In several areas of law, the use of the economic reasoning inherent to the Cheapest Cost Avoider Criterion, with the aggregation of a mechanism that considers the preventive behav-

ior of the injured agent, constitutes the keynote of strict liability of categories, acts, activities or combination of them, such as: ultra-dangerous or abnormally dangerous activities; work accident; product liability; generation and distribution of energy, and; air and rail transport.

Evidenced that the Cheapest Cost Avoider Criterion, in connection with the theoretical contribution made available by the contemporary tort law and economics literature, dialogues with the traditional legal theory, the dualistic system of imputation of liability, negligence *vis a vis* strict liability, (conceptual structures) and provides a consistent criterion, clear cut test, for delimiting the field of action of negligence and of strict liability (operational rule, working rule), helping to solve methodological problems that permeate legal practice (law in practice), the next step is to analyze how the Cheapest Cost Avoider Criterion contributes to the study of another relevant topic of tort law, the causal link, which is object of the next stage of this study.

## 5. CHEAPEST COST AVOIDER CRITERION AND CAUSATION

The fifth part of the present study explores the Cheapest Cost Avoider Criterion, highlighting the potential application of the institute as a directive for establishing the causal link. It is conducted: the presentation of the foundations and methodological problems faced by the traditional legal theory; the presentation of the theoretical contribution provided by economic analysis, the Cheapest Cost Avoider Criterion, and how such an institute dialogues with traditional legal theory, helping to solve methodological problems. The main research parameters are adopted: the consistent comparative study of tort systems prepared by the European Centre of Tort and Insurance Law, and; in tort law and economics, the contribution of referential authors, such as Guido Calabresi and Stephen Gilles, as well as

studies developed by Eugênio Battesini, in doctoral and postdoctoral research<sup>165</sup>.

The causation, Jaap Spier and Olav Haazen<sup>166</sup> highlight in a consistent comparative study developed by the European Group on Tort Law, *Unification of Tort Law: Causation*, is recognized as a “requirement of tortious liability” in all legal systems, and “in the more general sense the law of causation reveals many similarities throughout different jurisdictions”. Representative is the fact that the European Group on Tort Law, in the *Principles of European Tort Law*<sup>167</sup>, considers causation, listing

---

<sup>165</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, p. 190-199, and; *Idem. Análise Econômica da Responsabilidade Civil: Limites e Possibilidades de Aplicação do Incremental Learned Hand Standard e do Cheapest Cost Avoider Criterion, com Ênfase na Responsabilidade Civil do Estado em Portugal e no Brasil*, p. 56-72.

<sup>166</sup> SPIER, Jaap; HAAZEN, Olav A. *Comparative Conclusions on Causation*, p. 127.

<sup>167</sup> EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Liability Law*, p. 258-259. Art. 3:101. *Conditio sine qua non*. An activity or conduct (hereafter: activity) is a cause of the victim's damage if, in the absence of the activity, the damage would not have occurred. Art. 3:102. *Concurrent causes*. In case of multiple activities, where each of them alone would have caused the damage at the same time, each activity is regarded as a cause of the victim's damage. Art. 3:103. *Alternative causes*. (1) In case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim's damage. (2) If, in case of multiple victims, it remains uncertain whether a particular victim's damage has been caused by an activity, while it is likely that it did not cause the damage of all victims, the activity is regarded as a cause of the damage suffered by all victims in proportion to the likelihood that it may have caused the damage of a particular victim. Art. 3:104. *Potential causes*. (1) If an activity has definitely and irreversibly led the victim to suffer damage, a subsequent activity which alone would have caused the same damage is to be disregarded. (2) A subsequent activity is nevertheless taken into consideration if it has led to additional or aggravated damage. (3) If the first activity has caused continuing damage and the subsequent activity later on also would have caused it, both activities are regarded as a cause of that continuing damage from that time on. Art. 3:105. *Uncertain partial causation*. In the case of multiple activities, when it is certain that none of them has caused the entire damage or any determinable part thereof, those that are likely to have [minimally] contributed to the damage are presumed to have caused equal shares thereof. Art. 3:106. *Uncertain causes within the victim's sphere*. The victim has to bear his loss to the extent corresponding to the likelihood that it may have been caused by an activity, occurrence or other circumstance within his own sphere.

several modalities, as a general assumption of tort law: Chapter 3. Causation. Article 3:101. *Conditio sine qua non*; Article 3.102. Concurrent causes; Article 3:103. Alternative causes; Article 3.104. Potential Causes; Article 3.105. Uncertain partial causation, and; Article 3.106. Uncertain causes within the victim's sphere. Considering the legal system of the United States<sup>168</sup>, the issue of causation is considered by the American Law Institute, in the *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical Harm*: § 26. Factual Cause; § 27. Multiple Sufficient Causes, and; § 29. Limitations on Liability for Tortious Conduct.

Another important characteristic revealed by the comparative analysis concerns the significant role played by the Judiciary in establishing the causal link, whether in the common law tradition or in the civil law tradition. Considering the European context, Cees Van Dam<sup>169</sup> notes that, "despite the fact that the causation plays a crucial role in tort law, none of the jurisdictions holds a specific statutory provision on this subject. They provide rules in almost all areas of liability, but there is no provision giving guidance for the application of the requirement of causation. Hence, causation rules have been developed by the courts". Convergent is Ulrich Magnus's<sup>170</sup> statement that highlights the instrumental nature of the causation, which works as a "filter, not the only one and only a rather rough one – that separates factual consequences which can be imputed to a person

---

<sup>168</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical Harm*, p. 346, 376, and 492. § 26. Factual Cause. Tortious conduct must be a factual cause when the harm would not have occurred absent the conduct. The conduct may also be a factual cause of harm under § 27. § 27. Multiple Sufficient Causes. If multiple acts occur, each of which under § 26 alone would have been a factual cause of the physical harm at the same time in the absence of the other act(s), each act is regarded as factual cause of the harm. § 29. Limitations on Liability for Tortious Conduct. An actor's liability is limited to those harms that result from the risks that made the actor's conduct tortious.

<sup>169</sup> DAM, Cees Van. *European Tort Law*, p. 266.

<sup>170</sup> MAGNUS, Ulrich. *Causation in German Tort Law*, p. 63-64.

from those which can not", as well as highlighting the fact that most tort cases are resolved without detailed discussion of the causation, "the judges seem follow a 'natural' understanding of causation which combines logic, the well-known principles of natural sciences and some proximity between the respective links of causation... Only when other conditions are present (some predisposition of the victim, acts of third persons, intervening events, etc...) the causation needs discussion. Only the difficult cases with some problematic distance between two conditions generate conceptual considerations".

Whether as a preliminary filter, link between the damage and the generating event, referential element between the conduct and the result, the theme related to the causation raises relevant methodological questions when the causation is complex or multiple, especially in hypotheses involving the interaction between injurer agent and injured agent. The crucial question that arises for the tort law and the Judiciary in such situations is to specify, in the chain of several circumstances, which of them is the determining factor, the effective cause of the damage verified. A relevant contribution to the systematization of the study of the causation is made by the European Group on Tort Law, in the book *Unification of Tort Law: Causation*<sup>171</sup>. In the Comparative Conclusions on Causation, Jaap Spier and Olav Haazen point out three guidelines for the scientific study of causation: to identify whether the causal link is established in an *ex post* analysis procedure carried out in one or two stages; to identify the main approaches or legal theories used in establishing the causal link, and; identify the relevant factors considered in establishing the causal link<sup>172</sup>.

In procedural terms, as Jaap Spier and Olav Haazen<sup>173</sup> point out, the causation is established in an *ex post* analysis car-

---

<sup>171</sup> SPIER, Jaap (ed.). *Unification of Tort Law: Causation*.

<sup>172</sup> SPIER, Jaap; HAAZEN, Olav A. *Comparative Conclusions on Causation*, p. 127-134.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 127.

ried out: in one step, considering factual causation, also known as "*conditio sine qua non*", "equivalence theory", "but for test" or "cause-in-fact"; or in two stages, considering factual causation and legal causation. As the authors note, in the comparative analysis developed by the European Group on Tort Law, it was found that "all legal systems consider a *conditio sine qua non* such as a first test. It seems that only in one jurisdiction, viz. Belgium, the *conditio sine qua non* is clearly officially regarded as the sole requirement for causation to be establish". Therefore, whether as a sole procedure or as an initial stage of a two-stage procedure, the analysis of factual causation is conducted, implicitly or explicitly, in all tort systems, with the objective, Horton Rogers<sup>174</sup> shrewdly notes, of eliminating factors logically irrelevant for the establishment of the causal link. The procedure normally used to determine whether an act or omission was the cause of an injury, Jaap Spier and Olav Haazen<sup>175</sup> point out, consists in "eliminate the act or omission mentally and consider whether or not the loss would still appear. If the loss does not occur when the act or omission is eliminated, the act or condition is a *conditio sine qua non* for the loss. If the loss will still occur, even when the act or omission in question is disregarded, the loss has not been caused by this act or omission".

In almost all tort systems, the rationalization of the process of establishing the causal link requires the realization of a second stage, the analysis of legal causation. As Jaap Spier and Olav Haazen<sup>176</sup> point out, in the legal systems considered by the European Group on Tort Law, it is possible to identify three approaches or legal theories used to establish the causal link: the "test of adequate causation", the "test of proximate cause and remoteness" and "openly flexible approaches".

The "test of adequate causation" is the theory predomi-

---

<sup>174</sup> ROGERS, W. V. Horton. *Causation under English Law*, p. 39.

<sup>175</sup> SPIER, Jaap; HAAZEN, Olav A. *Op. cit.*, p. 127.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 131-134.



nantly used to establish legal causality in various systems of civil law tradition. Jaap Spier and Olav Haazen<sup>177</sup> note that "quite a few legal systems apply the so-called 'theory of adequate causation' or 'adequacy test'. France, Germany, Greece, Austria and, to some extent, Switzerland can may be seen as adequacy jurisdictions". The basic idea inherent to the theory of adequate causation is that there is a condition of greater relevance than the others, which is considered to be a determinant of the damage, a condition considered not only necessary, but adequate to the production of the damage. Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott<sup>178</sup> point out that "the heart of this doctrine is that for a party to be held liable for a damage there must be not only a link between the action of that party and the injury but that this action is 'adequate'. More precisely, adequacy means that the general behavior of a party objectively increased the probability of the occurrence of an event". The decisive role played by probability is also highlighted by Gisela Sampaio da Cruz: "the theory of adequate causation examines the adequacy of the cause as a function of the possibility and probability of a certain fact occurring... the greater the probability that a given cause will present itself to generate damage, the more appropriate it is in relation to that damage".<sup>179</sup> The test of adequate causation, the author continues<sup>180</sup>, is carried out *ex post* in a "retrospective judgment of probability", in abstract reasoning that considers the "natural order of things and life experience", with the objective of answering whether the action was by itself capable of causing the damage. Frequent is the recourse to an objective or optimal standard of analysis or to some heuristic device, such as the figure of the "experienced observer", used in the German tort system<sup>181</sup>. An-

---

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>178</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*, p. 203.

<sup>179</sup> CRUZ, Gisela S. *O Problema do Nexo de Causal na Responsabilidade Civil*, p. 64-65.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 64-66.

<sup>181</sup> SPIER, Jaap; HAAZEN, Olav A. *Comparative Conclusions on Causation*, p. 132.

other important characteristic is highlighted by Jaap Spier and Olav Haazen<sup>182</sup>, that is, despite the fact that the theory of adequate causation or the "test of adequate causation" constitutes the "common core" in Germany, France, Greece, Austria and Switzerland, with variations from legal system to legal system, other factors are also considered, making the procedure for establishing the causal link more flexible.

The test of "proximate cause and remoteness" is the theory predominantly used to establish legal causality in systems of common law tradition. Jaap Spier and Olav Haazen<sup>183</sup> note that "the Common Law second step is usually referred to as 'proximate cause'. The word 'proximate' means nothing more than 'near' or 'immediate'. When it was first taken up by the English courts, it had the connotation of proximity in time and space". But currently, the authors continue, the notion of predictability, "foreseeability", is raised to the position of the main factor, "leading test", used in the determination of proximate cause in the United States and England. The basic idea inherent in the predictability test is to determine *ex post* whether the person who caused the injury should have reasonably foreseen the general consequences that would result from his or her conduct. As in the context of the theory of adequate causation, the notion of predictability has a strong connection with the probability that a certain conduct will be used to generate damage. In this sense, Fowler Harper's classic manifestation<sup>184</sup>: "probably the most powerful and most uniform social policy crystallized in various rules and doctrines of tort law is to be found in the concept of foreseeability or expectability of certain harms from certain types of conduct... foresight in the sense of the probability of harm resulting from conduct". In United States, Gary Schwartz states, "the proximate cause includes several themes. The most

---

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 132-134.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 131.

<sup>184</sup> HARPER, Fowler V. *Foreseeability Factor in the Law of Torts*, p. 2.

important of these issues is the predictability of the damage. If the harm suffered by the plaintiff appears to be clearly foreseeable, then identification of the cause is likely. But if the damage suffered by the plaintiff is considered totally unforeseeable, the identification of the proximate cause is unlikely".<sup>185</sup> In England, similarly, Horton Rogers<sup>186</sup> notes, the notion of predictability is used as the main "test of proximate cause and remoteness", but other factors are also considered in the identification of proximate cause. Another important characteristic is highlighted by Jaap Spier and Olav Haazen<sup>187</sup>, which is, despite the fact that the notion of predictability, as a test for determining proximate cause, constitutes the "common core" in countries with a common law tradition, there are variations between legal systems, and other factors are also considered, making the procedure for establishing the causal link more flexible.

Flexible approaches, as Jaap Spier and Olav Haazen point out<sup>188</sup>, constitute the "common core" in tort systems such as the Italian and the Dutch. Italian tort system, the authors continue, indicates that flexibility is necessary: "while adequacy, remoteness, proximity in time, foreseeability and immediate and direct consequences play their roles, the courts, in fact, go beyond the strict sense of 'immediate and direct consequences' to include those damages that can be considered consequences of the tort according to an evaluation of the relationship between cause and effect carried out on the basis of the so-called suitable causality criterion". Flexibility is also characteristic of Dutch tort system: "The Dutch Civil Code of 1992 takes the view that damages are only recoverable for losses which stand in relation to the defendant's act or omission in such a manner that the damage.... can be imputed to the defendant as a result of his act or omission. This is generally understood to be a flexible *reasona-*

---

<sup>185</sup> SCHWARTZ, Gary T. *Causation under US Law*, p. 123.

<sup>186</sup> ROGERS, W. V. Horton. *Causation under English Law*, p. 40-41.

<sup>187</sup> SPIER, Jaap; HAAZEN, Olav A. *Comparative Conclusions on Causation*, p. 131.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 133-134.

*bleness-approach*." In fact, to a greater or lesser extent, all legal systems use a multifactorial approach, making the procedure of *ex post* analysis for establishing the causal link more flexible and opening space for the incorporation of elements that go beyond the "test of adequate causation", and the "test of proximate cause and remoteness" or "foreseeability".

The systematization of the study of the causal link also requires the identification of the relevant factors considered in the *ex post* procedure for establishing the causal link. In Comparative Conclusions on Causation, Jaap Spier and Olav Haazen<sup>189</sup>, identify the main factors considered in the various legal systems analyzed by the European Group on Tort Law. The "adequacy", with emphasis on the analysis of the probability of the action/omission causing the harmful event, is a relevant factor for the establishment of the causal link in tort systems of countries such as: Germany, Austria, France, Greece, Netherlands and Italy. The degree of foreseeability of the damage to the time of the conduct, "foreseeability", with emphasis on the analysis of the probability of the damages resulting from the action/omission, is a relevant factor for the establishment of the causal link in tort systems of countries such as: Germany, Austria, United States, France, Greece, Netherlands, England and Italy. The distance and proximity in time and space, "remoteness/proximity", with emphasis on the chronological proximity between the action/omission and the harmful result, it is a factor considered in determining the causal link in tort systems of countries such as: Germany, Austria, United States, Netherlands, England and Italy. The distinction between direct and indirect consequences, "directness", with emphasis on the logical proximity between the action/omission and the harmful result, on the necessary effects or direct and immediate results, is a factor considered in the determination of the causal link in tort systems of countries such as: United States, France, Netherlands, England and Italy. The

---

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 134-136.

nature of the liability, with the analysis of factors such as intent, "intentional torts", the degree of negligence, "degree of fault", and the degree of risk of the activity, "ultrahazardous activities", are considered in the determination of the causal link, in a complementary way, in tort systems of countries such as: Germany, United States, France and England. The disproportionality of the damages, "disproportionate loss", situations in which there is a significant disproportion between the action/omission and the harmful result, is considered in the determination of the causal link, in a complementary way, in tort systems of countries such as: Austria, United States, Netherlands and Italy. The nature of the damage, "nature of loss", with greater weight being given to damages to the person, "personal injury", *vis a vis* property damage, "damages to property", is considered in the determination of the causal link, in a complementary way, in tort systems of countries such as: Germany, United States, France, Netherlands and England. Finally, legal policy arguments, "legal policy", alone or in conjunction with the protective purpose or scope of the rule violated, "protective purpose of the rule", are factors considered in the determination of the causal link, in a complementary way, in tort systems of countries such as: Austria, United States, France, Greece, Netherlands and England.

In light of the theoretical foundations pointed out in the comparative study developed by the European Group on Tort Law, *Unification of Tort Law: Causation*, it is opportune to analyze the Brazilian tort system for determining the causal link. The causal link is not subject to specific legislative treatment, applying the general provision regarding the non-compliance with the obligations of article 403 of the Brazilian Civil Code of 2002<sup>190</sup>, being that the rules of causation have been developed

---

<sup>190</sup> BRASIL. Código Civil de 2002. Article 403. Even if the non-performance results from the debtor's willful misconduct, the losses and damages only include the actual losses and lost profits resulting directly and immediately from the non-performance, without prejudice to the provisions of procedural law. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm).

predominantly by doctrine and jurisprudence. In conceptual terms, Brazil can be considered an "adequacy jurisdiction". The "test of adequate causation", with emphasis on the performance of a retrospective judgment of probability, is the theory predominantly used to establish the causal link in the Brazilian tort system<sup>191</sup>. In addition, it can be seen, from the interpretation of article 403 of the Civil Code of 2002, that a relevant factor considered in the determination of the causal link is the distinction between direct and indirect consequences, "directness", with emphasis on the logical proximity between the action/omission and the harmful result, accepted in the Brazilian doctrine and jurisprudence under the denomination of the theory of direct and immediate damage<sup>192</sup>. In addition, the multifactorial approach or "openly flexible approach" is used by the doctrine and the Judiciary, and the following can be mentioned: the nature of liability, with emphasis on the analysis of the degree of fault/negligence; the disproportionality of the damages; the nature of the damages; the scope of the rule violated, and; the distance and proximity in time and space<sup>193</sup>. Precisely considering the interface between the gradation of fault/negligence, adequate causality and tem-

---

<sup>191</sup> In this sense, the statement by Sérgio Cavalieri Filho is enlightening: "There is no express rule in the current Civil Code, as in the 1916 Code, on the causal link..., in view of the legislator's omission, we will have to continue following the path already traced by doctrine and jurisprudence. Based on article 1,060 of the 1916 Code, our best authors – starting with José de Aguiar Dias – argue that the theory of adequate causation prevails in the civil sphere. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 50.

<sup>192</sup> Gisela Sampaio da Cruz accurately highlights that "the theory of adequate causation has prevailed in several legal systems and is also one of the most invoked theories in Brazil, where doctrine and jurisprudence are divided between this and the theory of direct and immediate damage". CRUZ, Gisela S. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*, p. 83-85.

<sup>193</sup> Describing the role of jurisprudence in the use of a multifactorial approach, Gisela Sampaio da Cruz states that: "in Brazil, the verification of the causal link is done intuitively and non-technically, sometimes under the influence of one school, sometimes of another", and jurisprudence adopts an "eclectic" stance, with the courts referring to "theories without much scientific precision". CRUZ, Gisela S. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*, p. 122-123.

poral proximity, José de Aguiar Dias<sup>194</sup>, in 1944, made a visionary manifestation. Referring to the common law doctrine of last clear chance, the recognized leading Brazilian author in tort law, points out that:

This doctrine can be perfected by its transposition from time to space. Instead of ascertaining who had the last opportunity, what must be verified is who had the best or most efficient, that is, who was in the best position to avoid the damage, whose act was decisively influenced by the damage. This, together with the question of the suitability of fault in the production of damage, will provide a safe criterion for the exact solution of the tormenting problem of concurrence of fault or concurrence of acts producing damage.

The analytical line of comparison of the position of the parties involved in activities with risk of accident with a view to establishing the causal link, of identifying "who had the best or most efficient opportunity to avoid the damage", proposed by José de Aguiar Dias, refers to the literature of tort law and economics<sup>195</sup>, especially to the theoretical contribution made by

---

<sup>194</sup> DIAS, José A. *Da Responsabilidade Civil*, p. 945.

<sup>195</sup> As in legal theory, the causation is also a controversial topic in the context of tort law and economics. Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott state that authors such as William Landes, Richard Posner and Steven Shavell have analyzed the problems of causality from an economic perspective and have reached somewhat "disconcerting" results, since they strongly support the idea of corrective justice: SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, p. 225. Richard Wright is more incisive, pointing out a relative "hostility" of the doctrine in tort law and economics in relation to the issue of causation, emphasizing that this fact should be credited to the incompatibility with the objective of maximizing wealth. Richard Wright's criticism is largely directed at William Landes and Richard Posner, authors who consider that the idea of causation can be largely dispensed and can be replaced by the widespread use of the Incremental Learned Hand Standard. See: WRIGHT, Richard W. *Actual Causation vs. Probabilistic Linkage: the Bane of Economic Analysis*, p. 438-439; LANDES, William M.; POSNER, Richard A., *The Economic Structure of Tort Law*, p. 229-230; *Idem*, *Causation in Tort Law: an Economic Approach*; SHAPELL, Steven, *An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts*, and; *idem*, *Economic Analysis of Accident Law*. In a consistent analysis of the current stage of economic analysis of the causation, Omri Ben-Shahar highlights that, even if the causation is not an explicit element in tort economic models, it can be isolated and characterized in economic terms, being associated with the notion of foreseeability: "The basic proposition made by Shavell (1980, 1987, p. 105-126), and re-

Guido Calabresi, the Cheapest Cost Avoider Criterion<sup>196</sup>. The connection between the notion of cheapest cost avoider and the causal link is made by Guido Calabresi, adopting the legal system of the United States as a substrate, in the article *Concerning Cause and the Law of Torts: an Essay for Henry Kalven Jr.*<sup>197</sup>.

In order to analyze the role played by causation in the achievement of certain objectives accepted as crucial for tort law, compensation goals (spreading and distribution of wealth or deep pocket), and deterrence goals, Guido Calabresi<sup>198</sup> turns to the study of factual causation and legal causation, establishing the connection with the notion of cheapest cost avoider. Focusing on deterrence goals, highlights that factual causation, even if it plays a key role<sup>199</sup>, is not enough to select the cheapest cost avoider, making it necessary to require legal causation, test of proximate cause and remoteness<sup>200</sup>. Several elements inherent to

---

iterated by Rizzo (1981), Landes and Posner (1983, 1987), and Cooter (1987), claims that the desirability of any precautionary action should be determined only with reference to states of the world in which failure to take the action would lead to greater expected losses. In determining the level of care that is optimal, the benefits of care should be balanced against its costs”: BEN-SHAHAR, Omri. *Causation and Forseeability*, p. 648.

<sup>196</sup> As Richard Wright points out, after minimize the practical importance of causation in his seminal work, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* (1961), Guido Calabresi returns to the topic in his normative analysis of the cost of accidents, *The Cost of Accidents: a Legal and Economic Analysis* (1970), presenting positive economic theory on causation in the work *Concerning Cause and the Law of Torts: an Essay for Harry Kalven Jr.* (1975). WRIGHT, Richard W. *Actual Causation vs. Probabilistic Linkage: the Bane of Economic Analysis*, p. 438.

<sup>197</sup> CALABRESI, Guido. *Concerning Cause and the Law of Torts: an Essay for Henry Kalven Jr.*, p. 69-108.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 70-71.

<sup>199</sup> As Guido Calabresi points out, in a market approach, the notion of “causal link” or probabilistic link is necessary, since it would “clearly be unproductive” to try to induce a modification in the conduct of an agent if his actions do not increase the chances of harm occurring. The notion of “but for cause” also plays a role, since, in an individualizing analysis, “case-by-case decisions”, ensure that only the relevant costs are allocated to the cheapest cost avoider in order to achieve the optimal trade-off between injury and safety. *Concerning Cause and the Law of Torts: an Essay for Henry Kalven Jr.*, p. 84-85.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 87.



the notion of proximate cause are relevant to the selection of the cheapest cost avoider, the notions of distance in time and space, the existence of intervening causes and, in particular, the notion of foreseeability<sup>201</sup>.

The notion of predictability, Guido Calabresi<sup>202</sup> points out, is an obviously relevant element, since the ability to predict risks is fundamental for achieving the optimal trade-off between safety and damage, "as a practical matter, past foreseeability is a useful guide to finding the cheapest cost avoider". In addition, it notes<sup>203</sup> that the use of foreseeability as a test of proximate cause by the courts of United States, with the differentiation of gradations in the ability to choose between safety and damages and the distinction between foreseeability as to the type of damage, foreseeability as to the extent of damages, and foreseeability as to the category of the plaintiff, is compatible with the idea of allocating damages to the cheapest cost avoider. The basic idea inherent to the notion of cheapest cost avoider, along the lines of the theoretical construction carried out by Guido Calabresi<sup>204</sup>, assign liability to the agent who is in the "best position to make up the cost-benefit analysis between accident costs and accident avoidance costs and to act on that decision once it is made", to the agent who has "greatest comparative advantage in producing safety or injury reduction", dialogues with legal causation, contributing to the establishment of the causal link in individualizing analysis, case-by-case decisions, carried out *ex post* in each accident by the Judiciary.

Exploring the theoretical foundations and the potential application of the Cheapest Cost Avoider Criterion, Stephen Gilles<sup>205</sup>, in the work *Negligence, Strict Liability and the Cheap-*

---

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 87-88.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 87-88.

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 88 and 91-100.

<sup>204</sup> CALABRESI, Guido; HIRSCHOFF, Jon T. *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, p. 1060, and; CALABRESI, Guido. *Op. cit.*, p. 135.

<sup>205</sup> GILLES, Stephen G. *Negligence, Strict Liability and the Cheapest Cost Avoider*,

*est Cost Avoider*, advances in relation to Guido Calabresi's original formulation. Considering that the notion of cheapest cost avoider formulated by Guido Calabresi, based on the comparison of the cost of alternative prevention measures, "gross costs", has significant limitations in the "case-by-case" application by the courts, Stephen Gilles<sup>206</sup> proposes the use of a "better and more general formulation", which considers the "lower overall cost" involved in alternative prevention measures, that is, the cost of alternative prevention measures plus their respective expected damages with accidents, "greatest net saving" or "smallest net loss". In the enlightening words of Stephen Gilles<sup>207</sup>: "Determining the cheapest cost avoider on case-by-case basis requires more than simply looking at the gross 'costs' of various precautions to select the least costly. The 'cheapest' precaution that would have avoided an accident is the precaution that yields the greatest net saving (or smallest net loss) in total costs (accident costs plus accident avoidance costs)". From this perspective, in order to determine the cheapest cost avoider in a case-by-case analysis, the courts, in addition to considering the cost of alternative prevention measures, need to determine the effect of the various alternative prevention measures on the probability and on the damage caused by accidents.

Going further, along the lines proposed by Eugênio Battesini<sup>208</sup>, the identification of the cheapest cost avoider with a view to establishing the causal link can be instrumentalized by resorting to game theory. Based on game theory is the existence of dominant and dominated strategies. The idea of dominant strategy, Avinash Dixit and Barry Nalebuff<sup>209</sup> note, is linked to

---

p. 1221-1375.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 1308 e 1316.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 1316.

<sup>208</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, p. 198-199.

<sup>209</sup> DIXIT, Avinash K.; NALEBUFF, Barry J. *Thinking Strategically, the Competitive Edge in Business, Politics, and Everyday Life*, p. 59 and 67.

the existence of a course of action that performs better than all the others, and "if a player has a dominant strategy... his decision becomes very simple; he can choose the dominant strategy without worrying about the rival's moves". The authors go on to point out that, "just as a dominant strategy is uniformly better than every other strategy, a dominated strategy is uniformly worse than some other strategy." From this perspective, the classic notion of the cheapest cost avoider can be associated with the figure of the player who has a dominant strategy to avoid the occurrence of an accident, with the party able to trigger a course of action that presents better preventive performance than all other preventive strategies that can be conducted.

The use of the analytical framework of game theory is illustrative, also for another reason, it makes explicit the existence of operational difficulties in the application of the Cheapest Cost Avoider Criterion. As Avinash Dixit and Barry Nalebuff<sup>210</sup> point out: "Not all games have dominant strategies, even for one player. In fact, dominance is the exception rather than the rule. Although the presence of a dominant strategy leads to very simple rules of action, these rules are inapplicable to many actual games. Other principles must then be brought into action". In particular, the focus should be on the successive elimination of the mastered strategies, a procedure that, however, does not eliminate some degree of indeterminacy, since, as Avinash Dixit and Barry Nalebuff<sup>211</sup> record, "some games have many such equilibria, others have none". However, despite the operational difficulties inherent to the process of comparing the strategic position of the parties involved in risky activities, the Cheapest Cost Avoider Criterion, Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott<sup>212</sup> point out, demonstrates effectiveness in legal practice, since "the courts know which direction to go and which information", hav-

---

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>212</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*, p. 180-181.

ing "a clear method for making practical decisions".

It is verified, therefore, that the identification of the cheapest cost avoider with a view to establishing the causal link, in an individualizing analysis carried out by the Judiciary, case-by-case decisions, can be instrumentalized through simple algebraic comparison of the position of the parties involved in a situation of risk of accidents, either considered as standard of comparison the costs of alternative prevention measures or "gross costs", along the lines proposed by Guido Calabresi, either considering as a standard of comparison the costs of alternative prevention measures plus the respective expected damages with accidents or "smallest net loss", along the lines proposed by Stephen Gilles. In addition, the cheapest cost avoider constitutes a heuristic endowed with effectiveness for the establishment of the causal link also when using the fundamentals of game theory, by comparing the preventive strategies that can be conducted by the parties involved in situations of accident risk, along the lines proposed by Eugênio Battesini.

The contemporary literature on tort law and economics<sup>213</sup> highlights the potential of using the Cheapest Cost Avoider Criterion in establishing the causal link in individualizing analysis, case-by-case decisions, in the hypotheses of concurrence of causes (bilateral causation). Referring to Guido Calabresi's contribution, Omri Ben-Shahar<sup>214</sup> points out that: "as

---

<sup>213</sup> From an economic perspective, the application of the Cheapest Cost Avoider Criterion implies the allocation of resources that the parties would rationally have made if they had had the opportunity to negotiate the costs of the accident in advance. According to German Coloma, the Cheapest Cost Avoider Criterion "represents, in a certain way, an application of the Coase theorem", given that it "assumes that, in a situation in which the parties could have concluded a contract prior to the accident, they would have agreed to transfer the obligation to bear the damages to the individual capable of avoiding the accident at the lowest cost. Since such an agreement is impossible due to the high transaction costs that occur in a situation such as the one described, a legal solution that in a certain way replaces it is to directly allocate the liability for the eventual accident to the cheapest cost avoider". COLOMA, German. *Análisis Económico del Derecho*, p. 173.

<sup>214</sup> BEN-SHAHAR, Omri. *Causation and Foreseeability*, p. 648.

both the injurer and the victim are necessary causes, it ought to be decided according to a cost-benefit analysis, which will determine the identity of the party that alter its actions more cheaply and avoid the injury. As Calabresi (1970) explained, for instrumental reasons the least cost avoider should be singled out as the cause of an injury". The statement of Giuseppe Dari-Mattiacci and Nuno Garoupa is convergent<sup>215</sup> in the sense that: "when accidents can be avoided by either of two parties, it seems obvious to place liability on the least cost avoider, that is, the party who could have prevented the accident at lowest cost. This approach is unanimously recognized as desirable, because not only does it induce parties to prevent accidents, but also forestalls wasteful care-taking by the party with the highest cost of precaution or, even worse, care-taking by both parties." Highlighting the potential application of the Cheapest Cost Avoider Criterion, Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott<sup>216</sup> note that, "from an economic perspective, the practical problems of determining responsibility for an injury can be simplified by asking the question, 'which party could have avoided the occurrence at the cheapest cost?... the cheapest cost avoider is completely in line with German law", and "in unilateral damage cases, the cheapest cost avoider is replaced by the party that caused the accident"

---

<sup>215</sup> Despite recognizing the merit of the Cheapest Cost Avoider Criterion as an instrument for positive economic analysis of tort, and recognizing that the Cheapest Cost Avoider Criterion has the potential to generate incentives for prevention, the analysis developed by Giuseppe Dari-Mattiacci and Nuno Garoupa points out the limitations of the Cheapest Cost Avoider Criterion at the normative level, given the existence of an informational problem: "The problem of providing incentives through tort liability to two parts who can alternatively prevent an accident is a commons problem. Each party will try to do so accident prevention ends to be suboptimal. In this sense, accident prevention becomes a *tragedy of common safety*. Allocating responsibility on the party with the lower costs of precaution – the least cost avoider approach – may not help, since, as we have stipulated, parties may not know each other's costs at the time when they decide whether or not to take precautions". DARI-MATTIACCI, Giuseppe; GAROUPA, Nuno. *Least Cost Avoidance*, p. 3 and 26.

<sup>216</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*, p. 179 e 181.

and "in bilateral damages cases, the 'causer' is replaced by the cheapest cost avoider".

The idea of comparing the position of the parties involved in a situation of accident risk, with a view to establishing the causal link, dialogues strongly with the notion of cheapest cost avoider. The identification of who had the "best or most efficient opportunity to avoid the damage", considering as a standard of comparison, according to the specifics of the specific case, the costs of alternative prevention measures or "gross costs", the costs of alternative prevention measures plus the respective expected damages with accidents or "smallest net loss", or the prevention strategies that can be carried out by the parties, proves to be useful in the resolution of "difficult cases", in which the causation is complex or multiple. The Cheapest Cost Avoider Criterion dialogues with the legal theories of adequate causation, "test of adequate causation" of the proximate cause, "test of proximate cause and remoteness", or foreseeable cause "foreseeability test", and with flexible or multifactorial approaches, "openly flexible approach". There is room for the use, in an individualizing analysis carried out by the Judiciary, case-by-case decisions, of the Cheapest Cost Avoider Criterion in order to assist in the resolution of the difficult methodological problem of establishing the causal link.

Evidenced that the Cheapest Cost Avoider Criterion dialogues with the legal theory of causation (conceptual structure) and acts as a heuristic device that contributes to the process of identifying the causative agent of the damage (operational rule, working rule), helping to solve methodological problems that permeate legal practice (law in practice), the next step is to analyze how the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard dialogue with each other and analyze the potential use of such institutes in legal practice, which is the object of the next stage of this study.

## 6. DIALOGUE BETWEEN THE INCREMENTAL LEARNED HAND STANDARD AND THE CHEAPEST COST AVOIDER CRITERION

The sixth part of the present study explores the interface between the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion. It is conducted the analysis on how such institutes dialogue with each other and the potential use of such institutes in legal practice. The main research parameters are the works of referential authors in tort law and economics, such as Stephen Gilles and Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott, as well as studies developed by Eugênio Battesini, in doctoral and postdoctoral research<sup>217</sup>.

The tort law and economics literature, despite the recognition that the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard are damage allocation instruments that contribute to the resolution of tort cases, has not made significant efforts to verify how these institutes dialogue with each other, in which stands out the contribution of Stephen Gilles, in the work *Negligence, Strict Liability and the Cheapest Cost Avoider*. Adopting the tort system of United States as a substrate, Stephen Gilles turns to the study of the Cheapest Cost Avoider Criterion, exploring its potential application in the process of attribution of liability and its interface with the Incremental Learned Hand Standard. The starting point of Stephen Gilles' rich contribution<sup>218</sup> is the observation of the paradoxical condition of the Cheapest Cost Avoider Criterion, that is, "the state of the scholarly literature, in short, relegates the Cheapest

---

<sup>217</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia, Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, p. 267-273, and; *Idem. Análise Econômica da Responsabilidade Civil: Limites e Possibilidades de Aplicação do Incremental Learned Hand Standard e do Cheapest Cost Avoider Criterion, com Ênfase na Responsabilidade Civil do Estado em Portugal e no Brasil*, p. 72-78.

<sup>218</sup> GILLES, Stephen G. *Negligence, Strict Liability and the Cheapest Cost Avoider*, p. 1293.

Cost Avoider Criterion to a kind of limbo", since "it is frequently pressed into serve in a variety of ways, but, apart from Calabresi's own work, it has neither been subject of extensive scrutiny nor deployed as a full-scale alternative to optimal care", the Incremental Learned Hand Standard. In essence, Stephen Gilles<sup>219</sup> develops three central arguments to decipher what can be qualified as the "enigma of the Cheapest Cost Avoider", which are: the Cheapest Cost Avoider Criterion is "the best – most general and most efficient – economic conception of strict liability"; the causation is a "heuristic – maybe an efficient one – for getting at the cheapest cost-avoider by the method of successive approximation", and; the "cheapest cost-avoider strict liability", and the "optimal care negligence" are "interchangeable substitutes", which can be used in combination by the courts in the process of assigning liability, "case-by-case decisions".

The conception that the Cheapest Cost Avoider Criterion is the "most general and most efficient economic conception of strict liability", acting as an instrument of assignment of liability when considering the causation-strict liability binomial, is supported by Stephen Gilles with solid arguments. The Cheapest Cost Avoider Criterion is recognized<sup>220</sup> as the criterion endowed with the greatest allocative efficiency in the hypotheses of unilateral causation and alternative causation (accidents that can be avoided by the action of one of the parties): "where one person is the cheapest cost-avoider of a particular accident ('alternative-care cases'), a rule that assigns liability to the cheapest cost avoider provides an efficient solution", so that if "the injurer is the cheapest cost avoider, the injurer is held 'strictly' liable", and if "the victim is the cheapest cost avoider, the victim is 'strictly' liable (that is, bears the loss)"<sup>221</sup>. The Cheapest Cost Avoider

---

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 1293, 1298-1299 and 1321.

<sup>220</sup> See, for example: SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*, p. 17-18.

<sup>221</sup> GILLES, Stephen G. *Negligence, Strict Liability and the Cheapest Cost Avoider*, p. 1306.



Criterion is also the best alternative in the hypotheses of joint or bilateral causation (accidents that can only be avoided with the combined action of both parties - "joint care situations"), in which it acts as a kind of "second-best solution", according to which "the person who can most cheaply substitute for joint care", that is, the agent in the best position to take additional action in order to avoid the accident at the lowest cost, "untaken precautions", is the "best single candidate for strict liability"<sup>222</sup>.

The argument that causation is a "heuristic for getting at the cheapest cost-avoider by the method of successive approximation" is developed by Stephen Gilles<sup>223</sup> from the analysis of the "causal doctrines of classical tort law" and its application by the courts in "case-by-case decisions". Opposing the argument developed by Guido Calabresi<sup>224</sup> that "if finding the cheapest cost avoider is our aim, case-by-case decisions are not desirable", Stephen Gilles<sup>225</sup> resorts to the system of "strict causal liability", developed by Richard Epstein<sup>226</sup> from the "comparison of various means of accident avoidance", to defend the argument that, from the notion of cheapest cost avoider, "the courts can coherently apply general causal rules to implement the economic conception of strict liability on a case-by-case basis in a way that rivals optimal care negligence in efficiency". As Stephen Gilles<sup>227</sup> points out, Richard Epstein's "case-by-case judgments about who 'caused' an accident are thus structured and governed by general categorical judgments about the cheapest methods of accident cost-avoidance". Associating the figure of the cheapest

---

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 1310.

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 1321.

<sup>224</sup> CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents, a Legal an Economic Analysis*, p. 161.

<sup>225</sup> GILLES, Stephen G. *Op. cit.*, p. 1321 and 1324.

<sup>226</sup> As Stephen Gilles notes the system of "strict causal liability" was developed by Richard Epstein in three classic articles: EPSTEIN, Richard A. *A Theory of Strict Liability*; *Idem. Intentional Harms*, and; *Idem. Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability*. See: GILLES, Stephen G. *Op. cit.*, p. 1321 and 1323.

<sup>227</sup> GILLES, Stephen G. *Op. cit.*, p. 1324.

cost avoider to the agent who, physically or contractually, has control of the risk situation, is better positioned to optimize risks in order to avoid the occurrence of damages, Stephen Gilles<sup>228</sup> highlights the economic logic inherent to the application of the "strict causal liability" system in ultra hazardous or abnormally hazardous activities and in product liability, as well as the economic logic inherent to the application of "basic causal defenses", such as "act of God", victim's fact and third-party fact. In short, Stephen Gilles<sup>229</sup> argues that "the "strict causal liability" system implements the "cheapest cost-avoider test" by the method of successive approximation, suggesting, in an instigating way, that "the common law strict liability appeals to the cheapest-cost avoider criterion and the language of causation is the heuristic whereby this result is achieved".

The idea that "cheapest cost-avoider strict liability", and the "optimal care negligence" are "interchangeable substitutes", which can be used in combination by the courts in the process of assigning liability, "case-by-case decisions", is the object of fertile theoretical construction. Stephen Gilles<sup>230</sup> highlights the argument that the comparison of the cost of alternative prevention measures plus their respective expected damage from accidents, "greatest net saving" or "smallest net loss", *vis a vis* the comparison of the cost of alternative prevention measures, "gross costs", proves to be more appropriate to determine the cheapest cost avoider in an individualizing analysis carried out by the courts. It highlights, in addition, that the use of the cost of alternative prevention measures plus their respective expected damages with accidents as a parameter of comparison brings the "cheapest cost avoider test" closer to the "optimal care negligence test", qualified as "fraternal twins",<sup>231</sup> "complementary techniques"

---

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 1325-1333.

<sup>229</sup> GILLES, Stephen G. *Negligence, Strict Liability and the Cheapest Cost Avoider* p. 1334-1335.

<sup>230</sup> *Ibidem*, p. 1308.

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 1317 a 1319 e 1374.

that can be used in combination in "case-by-case decisions" by efficiency-oriented courts. In this sense, Stephen Gilles<sup>232</sup> notes that: "broadly speaking, the cheapest cost-avoider criterion corresponds to the notions of common-sense causation and responsibility, and to strict liability as a legal regime; the optimal care criterion corresponds to the notions of reasonableness and fault, and negligence as a legal regime. I have argued that both criteria, and the notions to which they correspond, involve a form of cost-benefit analysis that evaluates the conduct of various actors who might have been able to avoid an accident".

Stephen Gilles' rich contribution advances in relation to Guido Calabresi's original formulation and in relation to the contemporary literature of tort law and economics, repositioning the Cheapest Cost Avoider Criterion, evolving in conceptual terms, bringing the Cheapest Cost Avoider Criterion closer to the Incremental Learned Hand Standard and highlighting the potential use of such institutes in legal practice. In conceptual terms, the proposition of an expanded theoretical formulation of the Cheapest Cost Avoider Criterion, going beyond the simple comparison of the cost of alternative prevention measures to compare the cost of alternative prevention measures plus the respective expected damages with accidents, qualifies the individualizing analysis, case-by-case decisions carried out by the courts, as it incorporates crucial elements, the probability and damages with accidents. In particular, the probability element strengthens the connection between the "cheapest cost avoider criterion" and causation, described by Stephen Gilles<sup>233</sup> as "the main point: the common-sense language of causation permits courts to *economize* on the costs of deciding cases under cheapest cost-avoider strict liability (and also under optimal care negligence, which retains a causation requirement). Causal reasoning is not merely a second-best substitute confined to use by those who lack 'an

---

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 1374.

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 1321.

economic vocabulary'. It is a heuristic – maybe an efficient one – for getting at the cheapest cost-avoider by the method of successive approximation". Finally, the connection between the Cheapest Cost Avoider Criterion and causation combined with the perception that the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard constitute "complementary techniques", which can be used in combination in "case-by-case decisions" by courts aimed at promoting allocative efficiency, show the potential for application of such instruments in legal practice.

It is possible to evolve, however, in relation to the theoretical contribution made by Stephen Gilles, additional considerations are necessary about the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard. In conceptual terms, the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard can be conceived as institutes, theoretical formulations with economic origin incorporated into the study of tort, whose function, in the sense of Santos Pastor<sup>234</sup>, is the promotion of social welfare, that is, the maximization of the net benefit (total benefit deducted from social costs) provided to society by the activities that involve risk of accident. In essence, such institutes aim to promote the efficient allocation of damage (reparatory function) with a view to generating incentives for the adoption of optimal preventive behavior (preventive function) by the parties involved in a situation of accident risk. Despite the common aspects, the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard have specific characteristics and interact with the tort elements in a different way.

The Incremental Learned Hand Standard, as evidenced in items 2 and 3 of the present study, is characterized by being, in essence, an instrument for measuring the individual's conduct, of the injurer agent, of the injured agent or of the third party involved in a situation of accident risk, based on the weighing of

---

<sup>234</sup> PASTOR, Santos. *Derecho de Daños*, p. 102.

the costs of prevention *vis a vis* expected damages from accidents (cost/benefit analysis). The interaction of the Incremental Learned Hand Standard with the legal theory takes place in the plane of culpability, it is a criterion for assessing fault/negligence of the individual conduct with a view to characterize the imputation link and/or with a view to quantify the compensation. In legal practice, the Incremental Learned Hand Standard proves to be a useful instrument of individualizing analysis, case-by-case decisions, conducted *ex-post* by the Judiciary with a view to assign liability/allocate the damage in cases that require the assessment/graduation of fault/negligence.

The Cheapest Cost Avoider Criterion, as evidenced in items 4 and 5 of the present study, is characterized by being, in essence, an instrument for comparing individual conducts, usually the conduct of the injurer agent *vis a vis* the conduct of the injured agent, but eventually also comprising the conduct of a third party involved in a situation of risk of accident, and/or comparison of acts or activities carried out by categories of individuals, based on the identification of who can prevent the occurrence of damage at a lower cost or on the identification of the individual/category that has a comparative advantage in reducing the costs of accidents. The interaction between the Cheapest Cost Avoider Criterion and the legal theory takes place at the level of causation and/or at the level of the imputation of liability, it is a criterion for determining the causation and/or attributing strict liability. In legal practice, the Cheapest Cost Avoider Criterion proves to be a useful instrument of: generalizing analysis, category determination, carried out *ex-ante* by the Legislature, with a view to the objective liability of acts or activities developed by categories of individuals, and; individualizing analysis, case-by-case decisions, carried out *ex-post* by the Judiciary with a view to establishing the causal link, combined or not with the imputation of strict liability to a certain individual, characterizing, in the expression of Stephen Gilles, the system of

"strict causal liability".

The idea that the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard are complementary techniques, which can be used by the Judiciary in the resolution of tort cases, law in practice, is developed by Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott<sup>235</sup>. In a pragmatic way, they propose the combined use of the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard in a two-stage script, exemplifying from the analysis of two hypothetical cases, formulated in algebraic terms: damage caused by the interruption of the supply of electricity to a certain community as a result of the rupture of underground cables belonging to the electricity distribution company, due to excavation/earthmoving activity developed by a construction company, and; of damages caused to the owner of a car who is involved in an accident while traveling on a highway built by the government in an area with sinuous relief. The first stage consists of comparing the individual conducts of the parties involved in a situation of risk of accident, in the check of "which party was the *cheapest cost avoider*", in the answer to the questions "which party could have avoided the damage at the lowest cost? the plaintiff or the defendant? If it was the plaintiff, then the case should be dismissed because it makes little sense to assign the duty of care to the party that would have had relatively little chance of success in preventing the accident". If the plaintiff, in the case of strict liability, the duty to repair the damage must fall on him. If the plaintiff, in the case of negligence, it is necessary to advance to the second stage.

The second stage, Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott<sup>236</sup> point out, consists of assessing the negligence or otherwise of the individual conduct, "if we are dealing with the negligence rule and the author is qualified as the cheapest cost avoider, then

---

<sup>235</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*, p. 180-183.

<sup>236</sup> *Ibidem*, p. 180-183.

the next step is to investigate whether or not the author meets the requirements of the Learned Hand criterion". If so, if the plaintiff's diligent conduct is characterized, the claim for compensation for the damage must be rejected, because "even if the plaintiff could have avoided the damage at a lower cost, if the costs are much higher than the expected damages (level of damage multiplied by the probability of its occurrence), it does not make sense from the perspective of social welfare to prevent the occurrence of the damage". If not, if the plaintiff's negligent conduct is characterized, the duty to repair the damage must fall on him. The authors conclude<sup>237</sup> by pointing out that: "it is clear that the 'cheapest cost avoider' combined with the Learned Hand criterion provides a clear method for making practical decisions in the courts. It reduces the complexity of legal arguments to simple economic ones that produce the same outcome as legal arguments".

It is possible to evolve in relation to the two-stage script proposed by Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott, conducting joint use of the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard in a three-stage script. The potential for the application of the three-stage script is explored by Eugênio Battesini<sup>238</sup> based on practical examples formulated in algebraic terms, adapted from concrete cases submitted to the Brazilian Judiciary: damages resulting from the crash of a helicopter as a result of collision with electricity transmission cables, and; damages caused to vehicle owners who are involved in an accident when traveling on a highway that presents conservation/signaling problems. In addition to the "verification of which party was the cheapest cost avoider", the first stage, and the investigation of "whether or not the author meets the requirements of the Learned Hand criterion", the second stage, it is nec-

---

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 180-181.

<sup>238</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia, Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, p. 267-272.

essary to add a third stage, the measurement of the degree of distance of the parties' conduct in relation to the ideal standard indicated by the Incremental Learned Hand Standard. As evidenced in item 3 of the present study, the use of the Incremental Learned Hand Standard allows the measurement of the degree of negligence of the agents involved in a situation of risk of accident, severe, ordinary and slight negligence, a relevant factor for the purpose of quantifying compensation when considering the application of the institutes of concurrent fault/negligence of the injured agent, punitive damages, and equitable reduction of the amount of compensation. The idea of quantifying the amount of compensation in relation to the damage according to the degrees of fault/negligence proves to be socially useful, being justified by reasons of allocative efficiency and equity, rewarding the adoption of precautionary levels close to the efficient level of care and penalizing the adoption of precautionary levels that deviate from the optimal level of care.

It is verified, therefore, that the resolution of tort cases by the Judiciary can be systematized in a three-stage script, with the combined use of the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard. Once the existence of damage that can be repaired, a logical assumption of liability, is characterized, the first stage of the process of attributing liability is the determination of the causation, the link between the damage and the action/omission verified. As evidenced in item 5 of the present study, the comparison of the position of the parties involved in a situation of accident risk dialogues with the Cheapest Cost Avoider Criterion, whether in tort systems that adopt the theory of adequate causation, "test of adequate causation", the theory of proximate cause, "test of proximate cause and remoteness", or foreseeable cause "foresseeability test", and with tort systems that use flexible or multifactorial approaches, "openly flexible approach". The comparison of the position of the parties involved in a situation of accident risk, considering



as an evaluation standard the costs of alternative prevention measures or "gross costs", the costs of alternative prevention measures plus the respective expected damage with accidents or "smallest net loss", or the prevention strategies that can be carried out by the parties, proves to be a useful directive for the establishment of the causal link by the Judiciary when assessing concrete tort cases. The case-by-case analysis shows that the injurer agent often has a prevention strategy with greater effectiveness, and it is possible to establish the causal link in relation to him, since he is characterized as the cheapest cost avoider. On the contrary, if the analysis of the specific case shows the injured agent or a third party as the cheapest cost avoider, given that they have a prevention strategy endowed with greater effectiveness, it is possible to apply the exclusions of causation of the exclusive fact of the victim or of the exclusive fact of a third party, ruling out the liability of the injurer agent.

Once the preliminary filter of the determination of causal link has been applied, the second stage of the liability attribution process consists of establishing the imputation nexus. As evidenced in item 4 of the present study, a central issue in the matter of imputation consists in the identification of a "clear cut test" that makes it possible to determine the boundary between subjective negligence and strict liability, a theme that dialogues with the Cheapest Cost Avoider Criterion, especially in legal systems in which there is a tendency to apply the rule of strict liability based on the risk theory. The idea that it is possible to identify categories or activities with greater knowledge of the risk involved and how to avoid it, cheapest cost avoiders, and holding them liable regardless of the existence of fault/negligence, is a fertile directive for the implementation of strict liability. In activities with risk of accidents, frequently, one of the parts of the relationship is better positioned to adopt preventive measures, to promote the reduction of the level of risk activity, to carry out the social dispersion of damage, in addition to having greater

knowledge of the risk conditions and how to avoid it, emerging as a natural candidate for the position of cheapest cost avoider. Such reasoning is compatible with the dynamics of strict liability in areas such as product liability, labor relations, State liability, among others, whether in legal systems in which strict liability is established under analysis *ex-ante*, with provision in the constitutional text, civil code or special legislation, or in legal systems in which strict liability is established under analysis *ex post*, through the application of the risk theory by the Judiciary. From this perspective, in the light of the application of the economic reasoning inherent to the Cheapest Cost Avoider Criterion, the role of the Judiciary in establishing the imputation nexus when assessing concrete cases remains significantly simplified, being limited to the recognition that a certain category or activity is strict liable by a previous normative provision or to the recognition that a certain category or activity is strict liable for developing a risky activity, since it has a comparative advantage in reducing the costs of accidents and increasing social welfare.

Notwithstanding the protagonism of strict liability and Cheapest Cost Avoider Criterion, fault/negligence and Incremental Learned Hand Standard also play a key role in tort, whether in terms of the imputation nexus, the second stage, or in the context of the quantification of the amount of compensation, the third stage of the process of attributing liability. As evidenced in items 2 and 3 of the present study, the analysis of the individual conduct of the parties involved in a situation of accident risk dialogues with the Incremental Learned Hand Standard in legal systems in which the assessment/grading of fault/negligence is relevant: for the purposes of establishing the imputation nexus, when considering the rule of negligence; and/or; for the purpose of quantifying the amount of compensation. The idea that it is possible to measure and grade the fault/negligence of the conduct by weighing the costs of prevention *vis a vis* the damages expected from accidents (cost/benefit analysis) proves

to be a useful directive for the establishment of the imputation nexus and for the quantification of the amount of compensation by the Judiciary when assessing concrete tort cases. Considering the deviation of the conduct of the injurer agent in relation to the optimal standard of precaution, the Judiciary can determine whether fault/negligence was characterized with a view to establishing the imputation nexus. Considering the deviation of the conduct of the injurer agent in relation to the optimal standard of precaution, the Judiciary may determine the degree of fault/negligence with a view to increasing the compensation in relation to the damage, punitive damages, and/or with a view to equitable reduction of the amount of compensation in relation to the damage, fairness. Considering the deviation of the conduct of the injured agent from the optimal standard of precaution, the Judiciary may determine the degree of concurrent fault/negligence with a view to reducing the amount of compensation in relation to the damage, comparative negligence.

The idea of systematizing and rationalizing the decision-making process in tort cases, of elaborating a script which acts as a “logarithmic table”<sup>239</sup>, a “map that simplifies navigation”<sup>240</sup>, capable of assisting in the establishment of the causal link, in the establishment of the imputation link and in the quantification of the amount of compensation, is relevant, since the relationships established between the parties involved in activities with risk of accidents are often complex and multifaceted. The analysis conducted shows that the use of the Cheapest Cost Avoider Criterion and of the Incremental Learned Hand Standard is fruitful with a view to the elaboration of a script capable of guiding the judicial action in the challenging task of determining the legal positions of the parties involved in litigation as a result of accidents. However, it is necessary to note that the

---

239 RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*, p. 60.

240 NORTH, Douglas. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, p. 3.

rationalization of the decision-making process has limits, and, as Humberto Theodoro Júnior<sup>241</sup> points out, "no matter how much one tries in doctrine to equate a rule for the generality of cases of tort, the solutions are always incomplete and serve only as a roadmap, whose observance will always depend on an integration by the judge, who will have to make use of prudence and the logic of reasonableness, in the light of the details of the concrete case".

It is therefore verified that Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard are institutes that dialogue with each other and dialogue with the elements of tort law, having the potential to be used in legal practice. The Cheapest Cost Avoider Criterion acts in the binomial causal link-strict liability, not dispensing, however, the joint use of the Incremental Learned Hand Standard as an instrument for assessing fault/negligence for the purpose of establishing the imputation nexus in cases of negligence and as an instrument for grading fault/negligence for the purpose of quantifying compensation, through the application of the institutes of punitive damages, fairness and concurrent fault/negligence. The Incremental Learned Hand Standard, in turn, acts in the binomial negligence-quantification of compensation, not dispensing, however, the joint use of the Cheapest Cost Avoider Criterion for the purposes of establishing the causal link and for the purpose of establishing the imputation link in cases of strict liability. The Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard are complementary techniques, heuristic devices that have the potential to be used in a combined way, in a script with three-stages, with a view to promoting allocative efficiency in the process of assigning liability. The next stage of the present study precisely explores the practical application of such institutes, law in practice, investigating how the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion have been ef-

---

<sup>241</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*, p. 94.

fectively used in various tort systems.

## 7. INCREMENTAL LEARNED HAND STANDARD, CHEAPEST COST AVOIDER CRITERION AND LEGAL PRACTICE

The seventh part of the present study investigates how the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion have been used in legal practice, law in practice, in systems of common law and civil law tradition. The main research parameters are the works of referential authors in tort law and economics such as Catherine Sharkey, Cento Veljanovski, Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott, Michael Faure, Riccardo Pardolese/Bruno Tassone, in addition to the contribution of Eugênio Battesini, when analyzing the Brazilian tort system, conducted in doctoral and postdoctoral research<sup>242</sup>.

A contemporary phenomenon is the use of law and economics foundations by the Judiciary in the process of attributing liability, which has occurred at various levels in different legal systems. From a comparative perspective, it can be seen that the use of the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard by the Judiciary has been carried out, explicitly or implicitly, either in countries with a common law tradition, with emphasis on the consolidated situation of the United States, or in countries with a civil law tradition, with emphasis on the emerging case of Brazil.

In the United States, Catherine Sharkey<sup>243</sup> points out that "the law and economics- inspired view of tort law is ascendant,

---

<sup>242</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, p. 199-202, 213-227 and 233-248, and; *Idem. Análise Econômica da Responsabilidade Civil: Limites e Possibilidades de Aplicação do Incremental Learned Hand Standard e do Cheapest Cost Avoider Criterion, com Ênfase na Responsabilidade Civil do Estado em Portugal e no Brasil*, p. 78-103.

<sup>243</sup> SHARKEY, Catherine M. *Modern Tort Law: Preventing Harms, Not Recognizing Wrongs*, p. 1424.

not only in the legal academy but also in the decisions of influential state and federal courts, including the U.S. Supreme Court". Established in United States legal practice is the use of the Incremental Learned Hand Standard as a directive for assessing the fault/negligence of the injurer agent and the injured agent, with a view to establishing the imputation nexus and/or quantifying the indemnity. Kenneth Abraham<sup>244</sup> records that the Incremental Learned Hand Standard decisively influenced American legal practice: "the substance of the negligence calculus has been embodied in the *Restatement (Second) of Torts* §§ 291-293<sup>245</sup> (1965), and in the current Draft *Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical Harm (Basic Principles)*<sup>246</sup>, both which are compilations of Tort Law rules prepared by American Law Institute". Stephen Gilles<sup>247</sup> points out that, in different versions, the "cost-benefit balance" has been a central part in the determination of negligence in the American Tort Law, even before the algebraic formulation carried out by Judge Learned Hand, explaining that the *First Restatement of Law* (1934) already stipulated the performance of cost-benefit weighing for

<sup>244</sup> ABRAHAM, Kenneth S. *The Forms and Functions of Tort Law*, p. 61.

<sup>245</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law Second, Torts*, p. 9. §282. Definition of Negligence. Negligence is conduct that falls below the standard established by law for the protection of others against unreasonable risk of harm.

<sup>246</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical Harm*, p. 34. § 3. Negligence. A person acts negligently if the person does not exercise reasonable care in all the circumstances. Primary factors to consider in ascertaining whether the person's conduct lacks reasonable care are the foreseeable likelihood that the person's conduct will result in harm, the foreseeable severity of any harm that may ensue, and the burden of precautions to eliminate or reduce the risk of harm.

<sup>247</sup> GILLES, Stephen G. *On Determining Negligence: Hand Formula Balancing, the Reasonable Person Standard, and the Jury*, p. 815 e 823, and; *Idem. The Invisible Hand Formula*, p. 1054. For a critical view of the application of the Hand formula as a standard for characterizing negligence in the United States, see: GREEN, Michael D. *Negligence = Economic Efficiency: Doubts*, p. 1605-1643; PERRY, Stephen R. *Cost-Benefit Analysis and the Negligence Standard*, p. 893-899; ALLEN, Ronald J.; ROSENBERG, Ross M. *Legal Phenomena, Knowledge, and Theory: a Cautionary Tale of Hedgehogs and Foxes*, p. 1-87, and; WRIGHT, Richard W. *Hand, Posner, and the Myth of the 'Hand Formula'*, p. 145-274.

the purposes of determining how a reasonable person should act in different circumstances, and then defends the contemporary application of the Incremental Learned Hand Standard by the Judiciary: “an invisible Hand Formula” is better than “no Hand Formula”, and a “visible Hand Formula” methodically applied, is even better.

William Landes and Richard Posner, in an analogous way, state that the method of dispute resolution encapsulated in the Incremental Learned Hand Standard, for a long time, has been used by the United States courts, citing, among others, the precedents *Mackintosh v. Mackintosh* (1864) and *Hendricks v. Peabody Coal Co.* (1969). In *Mackintosh v. Mackintosh*<sup>248</sup>, the court stated that in all cases the level of precaution which the prudent man will adopt varies infinitely according to the circumstances, and the level of precaution must be appropriate to the degree of current risk and the magnitude of the harm that may be caused. In the concrete case, it was considered reasonable to expect that the prudent man will be more careful when carrying a lighted lamp in a magazine than when carrying it in a damp basement. In *Hendricks v. Peabody Coal Co.*<sup>249</sup>, the company that owns an abandoned mine was found negligent and ordered to compensate for the damages suffered by a 16-year-old boy who was seriously injured on a submerged rock while bathing in a water reservoir formed by the rains. The court based its decision on the fact that the cost of eliminating the water reservoir was somewhere between \$12,000 and \$14,000, an amount significantly lower than the \$200,000 of the damages actually verified, also considering that the company failed to adopt alternative preventive measures, such as restricting access by isolating the area and placing signposts.

---

<sup>248</sup> Quoted by: LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Tort Law*, p. 86 [*Mackintosh v. Mackintosh*, 2 M. 1357, 1362-63, 36 Scot. Jur. 678, 681 (Scot. Ct. Sess. 1864)].

<sup>249</sup> Quoted by: *Ibidem*, p. 96-97 [*Hendricks v. Peabody Coal Co.*, 115 Ill. App. 2d 35, 253 N.E.2d 56 (1969)].

Considering the contemporary context, emblematic is the statement of the American Law Institute, in the *Restatement of the Law Third, Torts, Liability for Physical and Emotional Harm*<sup>250</sup>:

REPORTERS' NOTE

*Restatement Third, Torts: Apportionment of Liability*, makes clear that the standards for determining plaintiff contributory negligence are the same as the standards for determining defendant negligence... Leading torts treatises support the balancing approach to negligence. DAN B. DOBBS, *THE LAW OF TORTS* (2000), FOWLER V. HARPER, FLAMING JAMES Jr. & OSCAR S. GRAY, *HARPER, JAMES AND GRAY ON TORTS* (2007), W. PAGE KEATON ET AL., *PROSSER & KEATON ON THE LAW OR TORTS* (1984). The approach is also highlighted in almost every tort casebooks, most of which indeed present as a central case the Judge Hand's opinion in *United States v. Carroll Towing Co.* E.g., MARK A. FRANKLIN ET AL., *TORT LAW AND ALTERNATIVES* (2006), ROBERT E. KEATON ET AL., *TORT AND ACCIDENT LAW* (2004) ... A balancing approach to negligence has been accepted in judicial opinions in the large majority of jurisdictions... Many opinions in essence incorporate the balancing approach by stating that the 'amount of care' required of an actor is 'proportionate to' or 'commensurate with' the extent of the danger involved... Many judicial opinions, not explicitly discussing the balancing, utilize terminology that focuses on reasonable care, the reasonably careful person, or their equivalent... Overall, then, a large number of judicial opinions support the balancing approach to negligence set forth in § 3... What is of special interest is the inability to identify any jurisdiction whose judicial cases explicitly (or by clear implication) reject the balancing approach as an interpretation of the negligence standard.

Vast is the range of contemporary precedents<sup>251</sup> that make use of the economic reasoning inherent to the Incremental

<sup>250</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical Harm*, p. 38 and 40-43.

<sup>251</sup> On this topic, see the extensive list presented by: AMERICAN LAW INSTITUTE. *Op. Cit.*, p. 40-42.



Learned Hand Standard, for example: *Dobson v. Louisiana Power & Light Co.* (1990) and *Halek v. United States* (1999). In *Dobson v. Louisiana Power & Light Co.*<sup>252</sup>, the Louisiana Supreme Court stated that "the generally accepted view is that negligence is defined as conduct that falls below the standard established by law for the protection of others against an unreasonable risk of harm, Restatement (Second) of Torts, § 282 (1965)", specifying that the test for determining whether a risk is unreasonable is provided by the Incremental Learned Hand Standard:

The test for determining whether a risk is unreasonable is supplied by the following formula. The amount of caution "demanded of a person by an occasion is the resultant of three factors: the likelihood that his conduct will injure others, taken with the seriousness of the injury if it happens, and balanced against the interest which he must sacrifice, or the cost of the precaution he must take, to avoid the risk." L. Hand, J. in *Conway v. O'Brien*, 111 F.2d 611, 612 (2d Cir.1940). If the product of the likelihood of injury multiplied times the seriousness of the injury exceeds the burden of the precautions, the risk is unreasonable and the failure to take precautions or sacrifice the interest is negligence... The foregoing conception has been referred to by legal scholars as the "Hand formula," the "Learned Hand test" or the "risk-benefit" balancing test. See Prosser & Keeton, *supra* § 31 at 173 n. 46; Harper, James & Gray, *supra* § 16.9 at 468 n. 5; G. Rodgers, *Rationality and Tort Theory*, 54 S. Cal. L. Rev. 1, 8 (1980); R. Epstein, *A Theory of Strict Liability*, 2 J. Legal Stud. 151, 154 (1973); R. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. Legal Stud. 29, 33 (1972); G. Calabresi & J. Hirschoff, *Toward a Test for Strict Liability of Torts*, 81 Yale L.J. 1055, 1056 (1972).

In the specific case, the court condemned Louisiana Power & Light Co. to compensate for the damages caused to the victim, who was injured while pruning trees near electricity transmission lines, considering negligent the conduct of transmitting electricity at high voltage in a residential region, without

---

<sup>252</sup> Quoted by: POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, p. 168 [*Dobson v. Louisiana Power & Light Co.*, 567 So.2d 569, 574-575 (La., 1990)], and; AMERICAN LAW INSTITUTE. *Op. Cit.*, p. 40.

the proper precautionary measures being adopted. The court considered that the magnitude of the expected damage was extreme when compared to the relatively inexpensive preventive measures, such as the regular inspection of equipment and transmission lines or the installation of warning signs of the danger represented by transmission lines.

In *Halek v. United States*<sup>253</sup>, the victim sued the United States for serious injuries he sustained while performing maintenance on an elevator at the Great Lakes Naval Training Center. In considering the specific case, the United States Court of Appeals, Seventh Circuit, upheld the decision rendered by the court of origin that found the United States negligent, but reduced the amount of compensation by 20% considering the concurrent fault/negligence of the injured agent, setting this amount at 1.4 million dollars. Acting as a magistrate, when assessing the appeals filed by the parties, Richard Posner applied the economic reasoning inherent to the Incremental Learned Hand Standard, highlighting that:

Unless the danger was so obvious to the people working on the elevator machinery, or so easily avoidable by them (Halek had only to turn off the power to be entirely safe in reaching for the bolt), that the probability of an accident was really quite negligible. For in that event the failure to take precautions against such an accident might not have been negligent, cheap as those precautions would have been. Negligence is a function of the likelihood of an accident as well as of its gravity if it occurs and of the ease of preventing it, e.g., *Jackson v. TLC Associates, Inc.*, 706 N.E.2d 460, 463 (Ill. 1998); *Bucheleres v. Chicago Park District*, supra, 665 N.E.2d at 836-37; *McCarty v. Pheasant Run, Inc.*, 826 F.2d 1554, 1556-57 (7th Cir. 1987) (applying Illinois law); *Bammerlin v. Navistar Int'l Transportation Corp.*, 30 F.3d 898, 902 (7th Cir. 1994); *Liriano v. Hobart Corp.*, 132 F.3d 124, 131 n. 12 (2d Cir. 1998); *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947) (L. Hand, J.).

---

<sup>253</sup> Quoted by: EPSTEIN, Richard A. *Cases and Materials on Torts*, p. 210-211. [*Halek v. United States*, [178 F.3d 481 (7th Cir. 1999)].

It is interesting to note that both in *Dobson v. Louisiana Power & Light Co.* as much as *Halek v. United States*, even without express reference to Cheapest Cost Avoider Criterion, the reasoning inherent to the institute intuitively guides the decisions rendered by the courts for the purpose of establishing the causal link, since they considered that, respectively, the company Louisiana Power & Light Co. and the United States Navy were in a better position to avoid the accident compared to the injured agents, respectively, Dobson and Halek. It is verified, in addition, that in the case of *Halek v. United States*, even if the conduct of the injured agent was not considered the cause of the harmful event, his concurrent fault/negligence was considered for the purpose of reducing the amount of compensation in relation to the damage.

The Cheapest Cost Avoider Criterion acts as a guide in the implementation of risk theory in the United States, a typically open system<sup>254</sup> in which the application of strict liability rule is conducted by the Judiciary through individualizing analysis, case-by-case decisions. As mentioned in item 4 of the present study, Jon Hirschoff and Guido Calabresi<sup>255</sup> point out that the strict liability test, based on the notion of cheapest cost avoider, is compatible with the main United States doctrines of strict liability, such as ultra hazardous or abnormally hazardous

---

<sup>254</sup> As Eugênio Battesini points out, three categories of legal systems can be identified according to the role of the Judiciary and the Legislature in the process of defining which risky activities are subject to strict liability, namely: open systems, in which it is the Judiciary's responsibility to implement strict liability for the risk of the activity, as is the case in the United States; closed systems, in which it is the Legislature's responsibility to define the list of dangerous activities for the purposes of strict liability, restricting the Judiciary's role to applying the list developed by the Legislature, as is the case in Germany; and; hybrid systems, in which, in addition to applying the list of dangerous activities developed by the Legislature, the Judiciary has the power to expand the application of strict liability to other dangerous activities not listed by the Legislature, as is the case in Italy, Portugal and Brazil. BATTESINI, Eugênio. *Tort Law and Economics Development: Strict Liability in Legal Practice*, p. 5 and 27-28.

<sup>255</sup> CALABRESI, Guido; HIRSCHOFF, Jon T. *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, p. 1066.

activities, workmen's compensation and product liability, in which one of the parties usually has superior information about the risks of the activity and the alternatives of action in order to avoid the occurrence of accidents. Considering the jurisprudential evolution on strict liability for abnormally dangerous activities in the United States, Dan Dobbs<sup>256</sup> points to the contemporary consolidation around activities that involve: the use, transportation, and storage of explosives and other potentially flammable products, such as gasoline and propane gas; the generation and transmission of energy, especially involving high-voltage; the use, transport and storage of chemicals and other toxic materials, such as pesticides; air transport, and; activities that involve soil removal and mineral prospecting.

A recent decision handed down by the U.S. Supreme Court in the context of product liability, the case of *Air Liquid Systems Corp. v. DeVries*<sup>257</sup> (2019), highlighted the Cheapest Cost Avoider Criterion. In the case, when deciding who has the duty to warn about the dangers arising from the incorporation of a component containing asbestos in its composition into the final manufactured product ("bare-metal products", such as turbine, fan or sprinkler pump), whether the manufacturer of the final product ("product manufacturer") or the manufacturer of the component containing asbestos in its composition ("parts manufacturer"), the United States Supreme Court, in the leading opinion of Justice Brett Kavanaugh, considered that the manufacturer of the final product is in a better position to warn the consumer about the danger offered by the product in question, since it is more aware of the associated risks and, as such, should be held liable for the resulting damages.

In the wake of the decision handed down by the United States Supreme Court, in the case *Air Liquid Systems Corp. v.*

---

<sup>256</sup> DOBBS, Dan B. *The Law of Torts*, p. 954-959.

<sup>257</sup> U.S. Supreme Court, *Air Liquid Systems Corp. v. DeVries* (139 S. Ct. 986, 2019). Available at: [https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1104\\_2co3.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1104_2co3.pdf).

*DeVries*, Catherine Sharkey<sup>258</sup> develops the argument that the use of the economic reasoning inherent in the Cheapest Cost Avoider Criterion "permeates judicial decisions, especially in the realm of products liability". She goes on to state that the Cheapest Cost Avoider Criterion has been the "protagonist in the real world of products liability", given that "judicial reasoning as to products liability centers around deterrence and the 'cheapest cost avoider' intuition that the manufacturer, rather than the unwitting consumer, is in the best and most knowledgeable position to minimize the losses that arise out of the general use of its product"<sup>259</sup>. The expansion of modern products liability law and its development towards strict liability, Catherine Sharkey points out<sup>260</sup>, are phenomena associated with the use of economic reasoning inherent to the "cheapest cost avoider theory", as evidenced by the evolution of jurisprudence, with emphasis on the precedents *MacPherson v. Buick*<sup>261</sup>, *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*<sup>262</sup>, *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*<sup>263</sup>, *Elmore v. American Motors Corp.*<sup>264</sup> and *T.H. v. Novartis Pharm. Corp.*<sup>265</sup>, in which the reasoning used as a basis for decision-making identifies that manufacturers, *vis a vis* consumers, are in a better position to minimize the damage resulting from the general use of the products they bring to the market.

---

<sup>258</sup> SHARKEY, Catherine M. *Modern Tort Law: Preventing Harms, Not Recognizing Wrongs*, p. 1425.

<sup>259</sup> SHARKEY, Catherine M. *Modern Tort Law: Preventing Harms, Not Recognizing Wrongs*, p. 1435.

<sup>260</sup> *Ibidem*, p. 1436-1448.

<sup>261</sup> *MacPherson v. Buick*, 111 N.E. 1050 (N.Y. 1916). Available at: [https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1104\\_2co3.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1104_2co3.pdf).

<sup>262</sup> *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, 150 P.2d 436 (Cal. 1944). Available at: [https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1104\\_2co3.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1104_2co3.pdf).

<sup>263</sup> *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, 377 P.2d 897 (Cal. 1963). Available at: [https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1104\\_2co3.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1104_2co3.pdf).

<sup>264</sup> *Elmore v. American Motors Corp.*, 451 P.2d 84, 89 (Cal. 1969). Available at: [https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1104\\_2co3.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1104_2co3.pdf).

<sup>265</sup> *T.H. v. Novartis Pharm. Corp.* 407 P.3d 18 (Cal. 2017). Available at: [https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1104\\_2co3.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1104_2co3.pdf).

Emphasizing that the United States Supreme Court's decision in *Air Liquid Systems Corp. v. DeVries* is a "testament to the ascendancy" of the "cheapest cost avoider theory" in the "firmament of tort law," Catherine Sharkey shrewdly<sup>266</sup> notes that the use of the "cheapest cost avoider theory" is "cause for celebration given its ability to handle the most urgent modern torts issues concerning the interface between tort and federal regulation and widespread societal harms", as well as highlights that "the challenge going forward is how to refine and apply the 'cheapest cost avoider' framework in novel areas of tort law".

Extrapolating the context of United States, it can be seen that also in the common law of British tradition the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion find receptivity. The Incremental Learned Hand Standard stands out as a criterion for assessing the fault/negligence applied by the Judiciary. Stephen Gilles<sup>267</sup> notes that the "cost-benefit balancing is now a major (but not dominant) feature of English negligence law", noting that, "English judges use cost-benefit balancing intuitively and qualitatively, without attempting to make the evaluative dimension of balancing rigorous or even explicit". For Cento Veljanovsky<sup>268</sup>, the Hand formula "encapsulates the main considerations used by the courts in England and in other Commonwealth countries, and most law casebooks and texts use the three factors (risk, precaution and gravity) to organize their discussion of the cases".

Stating that "the Hand Test formula can be regarded as a convenient summary of the factors relevant in determining whether the defendant has breached his duty to take reasonable care for the protection of others", Cento Veljanovsky refers to the following "classic cases" of English jurisprudence: *Bolton v. Stone* (1951), and; *Harley v. London Electricity Board* (1964).

---

<sup>266</sup> SHARKEY, Catherine M. *Op. cit.*, p. 1425 e 1454.

<sup>267</sup> GILLES, Stephen G. *The Emergence of Cost-benefit Balancing in English Law*, p. 7.

<sup>268</sup> VELJANOVSKI, Cento. *The Economic of Law*, p. 96.

In *Bolton v. Stone*, there is the situation that a cricket batsman threw a ball over a fence, hitting a person passing by on a nearby road. With a view to the definition of negligence or not of the conduct, Judge Lord Reid that the test to be applied is "whether the risk of damage to a person on the road was so small as a reasonable man... considering the matter from the view of safety, would have thought it right to refrain from taking steps to prevent the danger". The House of Lords considered that there was no negligence given that: the risk of an accident occurring was very low, because, as evidenced, during the 90 years of practice of the sport no one had yet been injured and in the previous 30 years the ball had been thrown over the fence on only six occasions; in addition, reasonable precautionary measures had been taken, since there was a fence 8.8 meters high.

Dealing with the issue of State liability and entities equivalent to it, in *Harley v. London Electricity Board*, a visually impaired person, while walking on the public sidewalk, fell into a hole opened by the London Electricity Board and was seriously injured. The House of Lords considered the conduct of the London Electricity Board was negligent, since the probability of a visually impaired person passing through the accident site was reasonable (at the time of the accident more than 500 people in London were visually impaired), justifying the implementation of additional precautionary measures, such as the placement of a fence of adequate height, around 0.60 meters.

An aspect worth noting is the fact that the use of the economic reasoning inherent to the Incremental Learned Hand Standard for the purpose of assessing the fault/negligence of the conduct, in the cases *Bolton v. Stone* and *Harley v. London Electricity Board*, led to different results regarding the allocation of damage, the injured agent in the first case and the injurer agent in the second case. It is also interesting to note that in both cases, even without express reference to the Cheapest Cost Avoider Criterion, the reasoning inherent to the institute intuitively

guides the decisions rendered by the courts for the purpose of establishing the causal link, since the fact that, respectively, the Bolton cricket club and the company London Electricity Board were in a better position to avoid the accident compared to the victims, respectively, Miss Stone and the visually impaired Harley, who were simply walking on a public sidewalk.

Unlike what occurs in the Unites States tort system, in which strict liability is attributed in case-by-case decisions by the Judiciary, in the British context the use of the inherent economic reasoning of the Cheapest Cost Avoider Criterion, even without express reference to the institute, dialogues strongly with the application of the risk theory in generalized analysis, category determination, carried out by Parliament. In an elucidative statement, Horton Rogers<sup>269</sup> highlights that "it is difficult in all cases to classify a particular head of liability as fault-based or strict" since the elements of both are often present, suggesting that, in substantial terms, negligence and strict liability are "really a continuum instead of two categories". It goes on to record that the best known example of strict liability is the leading case *Rylands v. Fletcher*<sup>270</sup>, in which the House of Lords stated that the owner was responsible for the risks arising from any unnatural use of his land, in this case, the water deposited in a reservoir that broke, causing damage to the adjacent property. Horton Rogers concludes<sup>271</sup> by stating that: "of course we have no Code... but numerous statutes impose liability stricter than that for pure fault": Reservoirs Act 1975, Railway Fires Acts 1906 and 1923, Gas Act 1965, Environmental Protection Act 1990, Merchant Shipping Act 1995, Civil Aviation Act 1982, Nuclear Installations Act 1965, Animals Act (1971) and Consumer Protection Act 1987.

---

<sup>269</sup> ROGERS, W. V. Horton. *Unification of Tort Law: Strict Liability, England*, p. 101.

<sup>270</sup> Quoted by: EPSTEIN, Richard A.; *Cases and Materials on Torts*, p. 110-115 (L.R. 3 H.L. 330, 1868).

<sup>271</sup> ROGERS, W. V. Horton. *Op. cit.*, p. 106-107.



In the context of civil law of germanic tradition, the use of economic reasoning inherent to the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard echo in Germany and Switzerland. In Switzerland, the application of the Incremental Learned Hand Standard is analyzed by Balz Hammer and Sandra Duss<sup>272</sup>, who point out that economic considerations have been felt in the determination of due care, references to the costs of prevention, the magnitude of potential damage and the probability of damage are conducted by the doctrine and by the law enforcers. They point out that the Supreme Court of Switzerland makes use of "cost-benefit analysis", for example, to determine the behavior of the reasonable person when applying the negligence rule.

In Germany, Heico Kerkmeester and Louis Visscher<sup>273</sup> point out that the use of the Incremental Learned Hand Standard, in the concretion of article 823, 1 and 2, and article 826 of the German Civil Code<sup>274</sup>, has been discussed in the doctrine on tort law, finding defenders such as the renowned civil lawyer and comparative lawyer Hein Kötz. Here is the elucidative statement:

Law and Economics approach in Europe has received attention especially in Germany. The Hand formula has even found a place in positive legal literature regarding tort law. In his textbook *Deliktsrecht*, Hein Kötz discusses the Hand formula extensively... Numerical examples illustrate the weighing of care

---

<sup>272</sup> HAMMER, Balz; DUSS, Sandra. *The "Hand Rule" as a Standard of Care in Swiss Tort Law?*, p. 203.

<sup>273</sup> KERKMEESTER, Heico; VISSCHER, Louis. *Learned Hand in Europe, a Study in the Comparative Law and Economics of Negligence*, p. 9-10.

<sup>274</sup> GERMAN CIVIL CODE. Article 823. 1. A person who intentionally or negligently injures the life, body, health, freedom, property or other right of another is obliged to compensate him for any resulting damage. Article 823. 2. The same obligation applies to a person who violates a statute intended to protect others. If, according to the provisions of the statute, an infringement is possible even without fault, the obligation to make reparation arises only in the event of fault. Article 826. A person who intentionally causes damage to another in a manner contrary to public policy is obliged to compensate him for the damage. BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon V. *Pure Economic Loss in Europe*, p. xxx.

costs against expected accident losses.... The leading German Law and Economics textbook is for a large part concerned with tort law, and much attention is spent to the Hand formula... Also in Germany, the plaintiff proposes an untaken precaution that the defendant could have taken, and the court determines in a way similar to the Hand formula whether the failure of taking this measure was negligent.

Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott<sup>275</sup> record that "even if in German law Hand's formula has not found explicit application, the fundamental idea of this formula is not strange, and is perceived in many judicial decisions", since despite the fact that the courts do not carry out a "classical utilitarian calculation" to assess the negligence of the conduct, they act "according to a criterion of efficiency closely identified with the procedure at a one stage of Hand's rule". Illustrating the joint application of the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion, the authors refer to a paradigmatic decision handed down by the *Bundesgerichtshof*<sup>276</sup>, in a case in which there was a question about the liability of the State for the damages suffered by a driver who, while driving at night on an expressway, skidded due to the sudden formation of ice on the road (black ice), colliding with his car on a bridge near the city of Dortmund. In deciding the case, the court stated that the public power was not responsible for the accident:

The content and scope of the duty of due care for the safety and therefore the duty to grit are determined by the measures that are objectively required to avert danger and which are considered to be reasonable by some objective criterion. It would be excessive demand on the duty of care for safety to require that for a relatively small amount of traffic an enormous organizational and material efforts is made to ensure gritting at any possible time. It would mean that the general public would have to bear a considerable cost for this small group of road users. It is, therefore, the drivers who must take care in order to avoid

---

<sup>275</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, p. 222, and; *Idem. The Economic Analysis of Civil Law*, p. 150-160.

<sup>276</sup> *Idem. The Economic Analysis of Civil Law*, p. 158-159 (BGH NJW 1972).

accidents due to black ice while driving at night.

The parallel with economic reasoning, Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott<sup>277</sup> record, it is obvious, "the court simply made a cost-benefit analysis", weighing the costs of precaution and the benefits of avoiding the risk situation, along the lines of the Incremental Learned Hand Standard, to remove negligence from the conduct of the public power. In addition, the *Bundesgerichtshof* identified that the driver had a strategy endowed with greater preventive effectiveness, to be careful with a view to avoiding accidents as a result of sudden formation of ice on the road when driving at night, being in a better position to avoid the accident in comparison with the public power, thus constituting the cheapest cost avoider agent.

Analogous to what occurs in the British system, in Germany the use of the economic reasoning inherent to the Cheapest Cost Avoider Criterion dialogues strongly with the application of risk theory in generalized analysis, category determination. German law, a typically closed system in which it is the competence of the Legislature to establish strict liability for the risk of the activity, Jörg Fredtke and Ulrich Magnus<sup>278</sup> state, is "basically dominated by the principle of fault liability", whereas "strict liability is regarded as an exception", which "has been developed exclusively by the legislator and nearly always in the form of special statutes", outside the German Civil Code of 1900. Advancing the argument, Franz Werro, Vernon Palmer, and Anne-Catherine Hahn<sup>279</sup> point out that: "the bulk of strict liability is found in specific statutes rather than in the Civil Codes... The scope of these statutes is generally limited to one specific activity that the legislator has qualified as ultra-hazardous... The technique of relegating strict liability rules to special

---

<sup>277</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*, p. 159.

<sup>278</sup> FEDTKE, Jörg; MAGNUS, Ulrich. *Unification of Tort Law: Strict Liability, Germany*, p. 147.

<sup>279</sup> WERRO, Franz; PALMER, Vernon V.; HAHN, Anne-Catherine. *Strict Liability in European Tort Law: an Introduction*, p. 26.

statutes reflects the idea that they represent an exceptional deviation from the principle of fault. It is for that very reason that the German judges... are not authorized to create strict liability rules by drawing analogies with existing liability rules". The idea of identifying categories or activities with greater knowledge of the risk involved and ways to avoid it, cheapest cost avoiders, and holding them strict liable, is fertile in the Germanic context. As recorded by Jörg Fredtke and Ulrich Magnus<sup>280</sup>, the legislative technique used consists of connecting strict liability to potentially dangerous activities or to certain objects or things that constitute a potential source of danger, highlighting situations such as: industrial facilities aimed at the production, manufacture, storage or transportation of products potentially dangerous to the environment; electricity transmission and water and gas supply networks; facilities connected with the production of nuclear energy; damage caused by wild animals; damage caused by genetically modified organisms; mining activities; hunting activity; damage caused by defective products; damage caused in rail, air and road transport.

In the French tradition of civil law, the use of economic reasoning inherent to the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard by the Judiciary has been considered in several legal systems. In France, Michael Faure<sup>281</sup> points out, "it is certainly possible to incorporate the economic notion of fault (through weighing marginal costs versus marginal benefits) into article 1382 of the French Civil Code"<sup>282</sup> and even if an "explicit comparison" of precautionary costs versus expected damage, as is the case of Hand formula,

---

<sup>280</sup> FEDTKE, Jörg; MAGNUS, Ulrich. *Op. cit.*, p. 154-155.

<sup>281</sup> FAURE, Michael. *Tort Liability in France: an Introductory Economic Analysis*, p. 169-181.

<sup>282</sup> FRENCH CIVIL CODE. Article 1382. Any act of man which causes harm to another obliges him to make reparation for the wrong committed. Article 1383. Every person is responsible for the harm he causes not only by his own act, but also by his negligence or imprudence. BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon V. *Pure Economic Loss in Europe*, p. xxix.

cannot be found in French jurisprudence, implicitly the French judges seem to make use of economic logic. Michael Faure<sup>283</sup> concludes by emphasizing that the way French judges interpret the notion of fault is in line with economic theory, since, even if they do not determine the standard of precaution by explicitly weighing costs and benefits, some elements used in the characterization of fault, such as predictability, in addition to the interpretation of the paradigm of the *bonus pater familiae*, are broadly in line with economic analysis.

The French context of using the economic reasoning inherent to the Cheapest Cost Avoider Criterion points to a hybrid model, combining the role of the Judiciary and the Legislature in the process of identifying and objectively holding accountable categories or activities with greater knowledge of the risk involved and the ways to avoid it. Considering the dichotomy negligence and strict liability, Suzanne Galand-Carval<sup>284</sup> points out that: "the expanding of strict liability is a prominent feature of the general evolution of French law of torts... Today, strict liability is extremely common and, in the field of compensation for personal injuries, it has almost supplanted liability for negligence". In addition to the rules contained in the French Civil Code of 1804, liability caused by animals (article 1385 of the French Civil Code) and liability caused by ruined buildings (article 1386 of the French Civil Code), and in specific statutes such as the Aviation Code (1924), the Civil Liability Law for Damage to Nuclear Energy (1965), the Water Pollution Law (1977) and the Badinter Law (1985), which introduced strict liability for road traffic accidents, the use of the economic reasoning inherent to the Cheapest Cost Avoider Criterion in the implementation of the risk theory is carried out in case-by-case decisions by the Judiciary. As Franz Werro, Vernon Palmer and Anne-Cath-

---

<sup>283</sup> FAURE, Michael. *Op. Cit.*, p. 179.

<sup>284</sup> GALAND-CARVAL, Suzanne. *Unification of Tort Law: Strict Liability, France*, p. 127.

erine Hahn<sup>285</sup> point out, jurisprudence has played a fundamental role in the process of objectifying liability in France: "Of all the legal systems covered in our survey, the French system is therefore probably the one where the courts contributed most to the development of strict liability...., Unlike the other European legal systems, in French law, the legitimacy of the judge-made strict liability rules does not seem to have ever been seriously contested. Quite to the contrary, scholarly claims for an extension of strict liability were welcome rather openly by the judiciary".

In the Netherlands, prominent is the application of the Incremental Learned Hand Standard. Jef De Mot, Anita Canta and Vendena Gangapersadsing<sup>286</sup> record that the judiciary, when applying article 6:162, 1, of the Dutch Civil Code<sup>287</sup>, makes use of the economic reasoning inherent to the institute, pointing out that "the elements of the Hand formula clearly play a significant role when judges in Netherlands determine whether an injurer has been negligent", recalling that in the famous *Kelderluik* case the "High Council summed up the three elements of the formula explicitly and considered them as building-bricks of negligence".

In the "famous *Kelderluik* case<sup>288</sup>", *Coca Cola Export Corporation v. M. Duchateau*, Heico Kerkmeester, and Louis Visscher<sup>289</sup> record that elements of the Incremental Learned Hand Standard were explicitly considered by the *Hoge Raad*. In

---

<sup>285</sup> WERRO, Franz; PALMER, Vernon V.; HAHN, Anne-Catherine. *Strict Liability in European Tort Law: an Introduction*, p. 29-30.

<sup>286</sup> MOT, Jef P. B. De; CANTA, Anita; GANGAPERSADSING, Vendena. *The Learned Hand Formula: The Case of the Netherlands*, p. 14.

<sup>287</sup> DUTCH CIVIL CODE. Article 6:162. 1. A person who commits an unlawful act against another person, for which he can be held liable, is obliged to repair any damage suffered by the other person as a result of the act. BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon V. *Pure Economic Loss in Europe*, p. xxxviii.

<sup>288</sup> Quoted by: KERKMEESTER, Heico; VISSCHER, Louis. *Learned Hand in Europe, a Study in the Comparative Law and Economics of Negligence*, p. 10, and; MOT, Jef P. B.; CANTA, Anita; GANGAPERSADSING, Vendena. *Op. cit.*, p. 8-9 (*Hoge Raad* November 5, 1965, NJ 1966, 136).

<sup>289</sup> KERKMEESTER, Heico; VISSCHER, Louis. *Op. cit.*, p. 10-11.

the case, there was a question about the characterization of negligent conduct on the part of employees of the Coca Cola Export Corporation who, when supplying a bar, during the loading and unloading procedure, kept the trapdoor of the warehouse open, placing empty crates as a bulkhead, and a person passing through the place was injured when he fell into the trapdoor. The *Hoge Raad*, similarly to Judge Learned Hand in the case of *United States v. Carroll Towing Company*, expressly stated the relevant factors in determining negligence: the likelihood that the necessary care and attention had not been observed; the burden of adopting appropriate precautionary measures; the likelihood of an accident occurring; and; the severity of the consequences of the accident. The *Hoge Raad* characterized the negligence of the conduct of the employees of the Coca Cola Export Corporation, so additional security measures that properly insulated the trapdoor would be easy to conduct.

Note the similarity between the *Kelderluik* case and the British precedent *Harley v. London Electricity Board*. In the two judicial precedents, even without express reference to the Cheapest Cost Avoider Criterion, the reasoning inherent to the institute intuitively guides the decisions rendered by the courts for the purpose of establishing the causal link, since the fact that the Coca Cola Export Corporation and the London Electricity Board were in a better position to avoid the accident compared to the injured agents. In addition, the application of the Incremental Learned Hand Standard led in both cases to the characterization of negligence on the part of injurer agents.

In Italy, the use of economic foundations in the study of law has a long tradition, dating back to the precursor works developed at the end of the nineteenth century by Achille Loria<sup>290</sup>

---

<sup>290</sup> Studies considering Achille Loria as a pioneer in law and economics, especially in view of the ideas developed in the works *Les Bases Économiques de la Constitution Sociale* (1893) e *La Teoria Economica della Costituzione Politica* (1886), are conducted by: FREZZA, Giampaolo; PARISI Francesco. *Achille Loria (1857-1943)*, p. 607-617, and; PEARSON, Heath. *Origins of Law and Economics, the Economists'*

and Augusto Graziani<sup>291</sup>. Tort law, in particular, served as a substrate for the original contribution of Pietro Trimarchi<sup>292</sup>, an author contemporary to Guido Calabresi<sup>293</sup>, who studies the structure and functions of a tort system in the light of economic foundations, developing the theory of strict liability for risk of enterprise. Contemporaneously, renowned civilists<sup>294</sup>, such as Guido Alpa, Stefano Rodotà and Pier Giuseppe Monateri, make incursions into the economic analysis of tort, opening space for the use of the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard by the Italian Judiciary.

Roberto Pardolese and Bruno Tassone<sup>295</sup> point out that "on the basis of recent studies, it appears that Italian judges are highly sensitive to L&E guidance, and often use it to decide interesting cases at any level of judicial system. Ranging from Constitutional Courts to the Judges of Peace, decisions exist

---

*New Science of Law, 1830-1930*, p. 40-41 and 132-133.

<sup>291</sup> Studies considering Augusto Graziani as a pioneer in law and economics, especially in view of the ideas developed in the work *Il Fondamento Economico del Diritto* (1893), are conducted by: FREZZA, Giampaolo; PARISI Francesco. *Augusto Graziani (1865-1944)*, p. 522-530, and; PEARSON, Heath. *Op. cit.*, p. 41, 52, 58 and 60.

<sup>292</sup> Studies evaluating Pietro Trimarchi's contribution to law and economics, especially the works *La responsabilità per il fatto dei dipendenti: Contributo ad una teoria del rischio d'impresa* (1959), *Rischio e Responsabilità Oggettiva* (1961), *Causalità e Danno* (1967) e *Sul Significato Economico dei Criteri di Responsabilità Contrattuale* (1970), are conducted by: FREZZA, Giampaolo; PARISI, Francesco. *Pietro Trimarchi (1934-)*, p. 709-726; PARISI, Francesco. *Laudatio: Pietro Trimarchi*, p. 3-9, and; BATTESINI, Eugênio. *A História do Pensamento em Direito e Economia Revisitada: dos Precursores à Pós-Modernidade*.

<sup>293</sup> Referring to Pietro Trimarchi's contribution, Guido Calabresi highlights: "Trimarchi develops an approach to accidents closely analogous to that which I developed independently in various articles published virtually contemporaneously with his works. His treatment of what I call the market or general deterrence method of accident control contains some notable differences in the approach and conclusions from mine. But the similarities are striking, especially in view of the totally different legal environment from which his and my works springs". CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, p. 3-4.

<sup>294</sup> See: ALPA, Guido (org.). *Analisi Economica del Diritto Privado*, p. 231-243 and 265-298.

<sup>295</sup> PARDOLESE, Roberto; TASSONE, Bruno. *Guido Calabresi on Torts: Italian Courts and the Cheapest Cost Avoider*, p. 13-14.



whose rationale is based on the achievements of economic analysis of law", and that many relevant decisions "underline the intense (and rather necessary) link between law of torts and L&E principles". The Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard, the authors record<sup>296</sup>, has served as a guidelines for the Judiciary in the contemporary process of "re-interpret some key provisions of the Civil Code". The incorporation of the economic reasoning inherent to such institutes by the Italian Judiciary is carried out "with various 'weights' and with different degrees of recognition, contributing to the final decision in an extremely varied ways", oscillating from the rare clear and direct application of the institutes as *ratio decidendi* to the more frequent tacit adhesion or intuitive use of the economic reasoning inherent to the institutes<sup>297</sup>.

Identifying several Italian precedents that use the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard, Roberto Pardolese and Bruno Tassone classify them into two basic categories<sup>298</sup>: decisions that apply the general negligence rule contained in Article 2.043 of the Italian Civil Code<sup>299</sup>, in which the use of the Cheapest Cost Avoider Criterion is accompanied by the use of the Incremental Learned Hand Standard, and; decisions that apply the special liability regime (presumed negligence and strict liability) contained in articles 2.047 to 2.054 of the Italian Civil Code, prevailing the logic inherent to the "cheapest cost-avoider strict liability".

In the first category, emblematic is the decision handed down by the *Tribunale di Vibo Valentia*<sup>300</sup> (2001) in a case in

---

<sup>296</sup> *Ibidem*, p. 38-39.

<sup>297</sup> *Ibidem*, p. 13-14.

<sup>298</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>299</sup> ITALIAN CIVIL CODE. Art. 2043. Compensation for unlawful act. Any intentional or negligent act that causes unjust damage to another obliges the person who committed the act to compensate for the damage. Available at: <https://www.gazzettaufficiale.it/anteprima/codici/codiceCivile>.

<sup>300</sup> PARDOLESE, Roberto; TASSONE, Bruno. *Guido Calabresi on Torts: Italian Courts and the Cheapest Cost Avoider*, p. 22-24.

which a financial institution was held liable for damages suffered by its customers in the event of a robbery that occurred on its premises. The *Tribunale di Vibo Valentia* established the causal link in relation to the financial institution, agent considered to be in a "best position to prevent or avoid the accident", applying the economic reasoning inherent to the Cheapest Cost Avoider Criterion, as well as considering the negligence of its conduct to be characterized, under the terms of article 2.043 of the Italian Civil Code, given that "the bank had adopted only very basic and insufficient measures to manage the risk of a relevant and multipart damage", applying the economic reasoning inherent to the Incremental Learned Hand Standard.

In the second category, emblematic is the decision handed down by the *Tribunale di Venezia*<sup>301</sup> (2007) in a case involving the liability of the State, in which it was established the liability of the *Comune di Venezia* for damages suffered by a citizen who, while crossing a street, suffered serious injuries when he got his foot stuck in a manhole that did not have a protective railing. The *Tribunale di Venezia* considered that the holder of the thing in custody is in "a best position to control the risk and invest in precautions suitable to reduce it", considering that the rule of article 2.051 of the Italian Civil Code<sup>302</sup> "does not implement a mere presumption of negligence but rather a rule of strict liability based on the relation of custody", application of the idea of "cheapest cost-avoider strict liability", which can be avoided only by "proving a fact outside the sphere of control of the custodian (such as the conduct of a third party or of the victim) which would exclude the nexus of causality".

Highlighting the role played by the Cheapest Cost Avoider Criterion, Roberto Pardolese and Bruno Tassone<sup>303</sup>

---

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 29-32.

<sup>302</sup> ITALIAN CIVIL CODE. Art. 2051. Damage caused by thing in custody. Each person is liable for damage caused by things in custody, unless a fortuitous event is proven. Available at: <https://www.gazzettaufficiale.it/anteprema/codici/codiceCivile>.

<sup>303</sup> PARDOLESE, Roberto; TASSONE, Bruno. *Op. cit.* p. 32 and 38-39.

point out that the contemporary expansion of the field of application of strict liability in substitution of the general rule of negligence, through the process of re-interpretation of the Italian Civil Code carried out by the Judiciary, can be considered as an "endorsement of the ideas coming from New Haven", suggesting, in a shrewd way, that the "unmistakable familiarity with the analysis developed in *The Costs of Accidents*" is an indication that "Calabresi is speaking through the judges' pages".

In Portugal, the issue of "determining the optimal measure of care to be taken by the accused... the one that, in balancing the costs (of care) and damages (which are imputed to the subject) gives rise to more utility" is highlighted by Antônio Menezes de Cordeiro<sup>304</sup>, who, even without express reference to the Incremental Learned Hand Standard, qualifies tort law and economics as "an important instrument of analysis that greatly contributes to the modern Science of Law, of a universal nature". Fernando Araújo's statement is emphatic<sup>305</sup>: "it can be said that the rule of Learned Hand arrived in these domains at a good time, rescuing tort law from its dogmatic compartmentalization and adding sensitivity to pragmatic interests... and the value of efficiency as the just consummation of freely formed and shared purposes".

Franz Werro, Vernon Palmer and Anne-Catherine Hahn draw the parallel between the Portuguese tort system<sup>306</sup> and the Italian tort system<sup>307</sup>, which adopt a hybrid model, harmonizing the performance of the Legislative and the Judiciary, of application of strict liability rule, based on the idea of identifying categories or activities with greater knowledge of the risk involved

---

<sup>304</sup> CORDEIRO, António M. *Tratado de Direito Civil, VIII, Direito das Obrigações*, p. 347-348.

<sup>305</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*, p. 851-852.

<sup>306</sup> See: CORDEIRO, António M. *Tratado de Direito Civil, VIII, Direito das Obrigações*, p. 584-587 and 596-597.

<sup>307</sup> See: COMPORTI, Marco. *Il Codice Civile Commentario, Fatti Illeciti: le Responsabilità Oggettive*, p. 191-200.

and ways to avoid it, cheapest cost avoiders. As stated by the authors<sup>308</sup>, in such countries, strict liability is subject to legal provision in specific statutes, as in the case of damage to the environment and damage resulting from nuclear accidents, in addition to being provided for in the Italian Civil Code of 1942 and in the Portuguese Civil Code of 1966, for example, damage caused by animals (Article 2052 of the Italian Civil Code and Article 502 of the Portuguese Civil Code of 1966), damage caused by owners of ruined buildings (Article 2053 of the Italian Civil Code; Article 492 of the Portuguese Civil Code) and damage caused by road traffic accidents (Article 2054 of the Italian Civil Code and Article 503 of the Portuguese Civil Code). The judicial action consists, preponderantly, in the application of the rules of strict liability provided for in the legislation, and, as the authors note<sup>309</sup>, as is the case with German judges, to Italian and Portuguese judges it is "not allowed to extend the scope of this liability rules by way of analogy". However, Franz Werro, Vernon Palmer and Anne-Catherine Hahn continue, highlighting that the distinctive feature of such legal systems is the existence of "general clauses of liability for dangerous activities", Article 2050 of the Italian Civil Code<sup>310</sup> and Article 493, 2, of the Portuguese Civil Code<sup>311</sup>, which significantly expanded the role of judges, who were explicitly authorized to "qualify certain activities as dangerous, thereby making them subject to a form of

---

<sup>308</sup> WERRO, Franz; PALMER, Vernon V.; HAHN, Anne-Catherine. *Strict Liability in European Tort Law: an Introduction*, p. 28.

<sup>309</sup> *Ibidem*, p. 28-29.

<sup>310</sup> ITALIAN CIVIL CODE. Article 2050. Anyone who causes damage to another in the exercise of an activity that is dangerous by its nature or by the nature of the means of operation, is obliged to make compensation, unless he proves that he has taken all appropriate measures to avoid the damage. Available at: <https://www.gazzettaufficiale.it/anteprima/codici/codiceCivile>.

<sup>311</sup> PORTUGUESE CIVIL CODE. Article 493, 2. Whoever causes damage to another in the exercise of an activity, dangerous by its own nature or by the nature of the means used, is obliged to repair it, unless he shows that he took all the measures required by the circumstances in order to prevent it. Available at: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>.

stricter-than-usual liability". They conclude<sup>312</sup> by establishing the connection with the economic reasoning inherent to the Cheapest Cost Avoider Criterion, as well as praising the hybrid systems of Portugal and Italy:

Not all of the European legal systems take as narrow an approach to strict liability for dangerous activities as German or English law... Italian and Portuguese law have gone a considerable step further in including 'general clauses of liability for dangerous activities' in their codes... Under this provisions, judges are explicitly authorized to qualify as dangerous any activity that presents particular risk because of its nature or because of the means used for its exercise. These risks can result from the magnitude of the harm that is to be expected in case of an accident or from the fact that the occurrence of accidents is very probable... Activities that have been qualified as dangerous include excavation, the use of explosives, ski lifts, the production of pharmaceuticals (including the preparation of blood) and the use of firearms for hunting.

The economic analysis of law in Brazil<sup>313</sup> presents a *sui generis* situation, characterized by a late reception in the early 2000s and by exponential expansion from the 2010s onwards. There has been a growing interest in the economic analysis of law in academia and its use as a decision-making basis by the Judiciary, especially after the enactment of the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law (LINDB - Law 13.655/2018), which, in articles 20 and 21<sup>314</sup>, introduced a duty for the judges

---

<sup>312</sup> WERRO, Franz; PALMER, Vernon V.; HAHN, Anne-Catherine. *Strict Liability in European Tort Law: Synthesis and Survey of the Cases and Results*, p. 403-404.

<sup>313</sup> See: BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, p. 88-90; and; BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO NETO, Giacomo; TIMM, Luciano B. *O Movimento de Direito e Economia no Brasil*, p. 17-21.

<sup>314</sup> INTRODUCTION LAW TO THE RULES OF BRAZILIAN LAW (Decree-Law n. 4.657 of September 4, 1942, amended by Law n. 13.655 of April 25, 2018). Article 20. In the administrative, controlling and judicial spheres, no decision shall be based on abstract legal values without considering the practical consequences of the decision. Sole paragraph. The motivation shall demonstrate the need for and adequacy of the measure imposed or the invalidation of an act, contract, adjustment, process or administrative rule, including in view of possible alternatives. Article 21. The decision

to take into account the practical consequences of the judicial decision. Empirical studies show the ascendant use of fundamentals of economic analysis of law in the *Supremo Tribunal Federal*<sup>315</sup> and in the *Superior Tribunal de Justiça*<sup>316</sup>, as a logical consequence, such analytical tools have also been used at other levels of the judicial system. In tort law<sup>317</sup>, notwithstanding the intellectual influence of pioneering authors of the interactive study of law-economics, such as Victor Mataja, Pietro Trimarchi and Guido Calabresi, the Brazilian doctrine, over time, has shown itself to be refractory to the use of fundamentals of economic analysis of law. This panorama, however, has changed, with the increase in academic production on the subject, for example, the publications of: Eugênio Battesini<sup>318</sup>, *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil* (2010); Diogo Naves Mendonça<sup>319</sup>, *Análise Econômica da Responsabilidade Civil, o Dano e a sua Quantificação* (2012), and; Thais G. Pascoaloto Venturi<sup>320</sup>, *Breves Notas sobre a Análise Econômica da Responsabilidade Civil* (2008).

The use of the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard by the Brazilian Judiciary

---

that, in the administrative, controlling or judicial spheres, decrees the invalidation of an act, contract, adjustment, process or administrative rule shall expressly indicate its legal and administrative consequences. Sole paragraph. The decision referred to in the caput of this article must, when applicable, indicate the conditions for regularization to occur in a proportional and equitable manner and without prejudice to general interests, and cannot impose on the affected parties burdens or losses that, due to the peculiarities of the case, are abnormal or excessive. Available at: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm).

<sup>315</sup> CAON, Guilherme M. *Análise Econômica do Direito: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal*.

<sup>316</sup> THEVENARD, Lucas. *Análise Econômica do Direito na Jurisprudência do STJ*.

<sup>317</sup> See: BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, p. 34-35, 58 and 89-90.

<sup>318</sup> *Ibidem*, p. 201-202.

<sup>319</sup> MENDONÇA, Diogo N. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil, o Dano e a sua Quantificação*.

<sup>320</sup> VENTURI, Taís G. P. *Breves Notas sobre a Análise Econômica da Responsabilidade Civil*.

has advanced gradually, and can be identified in several judicial precedents, either through the application of the economic reasoning inherent to the institutes, or through the clear and direct application of the institutes as a *ratio decidendi*. Regarding the Incremental Learned Hand Standard, Eugênio Battesini<sup>321</sup> points out that "the idea that tort law plays a relevant social function in preventing accidents, combined with the perception that the general clause of negligence acts as a mechanism to control the individual conduct of the plaintiff, allows the incorporation of the economic notion of fault, through weighing the cost-benefit ratio, to article 927, combined with article 186, of the Civil Code of 2002". It goes on to record that Brazilian magistrates, in the implementation of the precautionary standard represented by the *bonus pater familiae*, intuitively, seem to make use of the economic logic inherent to the Incremental Learned Hand Standard, as evidenced by decisions rendered by the *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, by the *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul* and by the *Tribunal Regional Federal da Quarta Região*.

In a decision similar to the aforementioned precedent of United States, *Hendricks v. Peabody Coal Co.*, when considering Civil Appeal No. 422.298.5/4-00<sup>322</sup>, the *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* characterized the negligence of the conduct of Companhia de Saneamento Básico de São Paulo - SABESP, condemning it to pay compensation for material damages to Gival Pereira da Cruz, as a result of the death by drowning of two of its children, who were bathing in the Juqueri River, in a place close to a water collection point that is part of the Cantareira Supply System, operated by the public entity. Here is the statement of Reporting Judge Ronaldo Frigini:

---

<sup>321</sup> BATTESINI, Eugênio. *Op. Cit.*, p. 220-227.

<sup>322</sup> BRAZIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Civil Appeal n. 422.298.5/4-00. Gival Pereira da Cruz v. Companhia de Saneamento Básico de São Paulo - SABESP. Rapporteur: Judge Ronaldo Frigini. December 1, 2008. Available at: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/esaj/portal.do?servico>>.

The place of the facts, as pointed out by the defendant, is dangerous and should not be used by third parties for any purpose, so much so that, at the time, there were two signs with the words DANGER OF DEATH. DEEP CHANNEL AND STRONG CURRENTS. PROHIBITED TO PRACTICE MOTOR SPORTS. PRESERVE YOUR LIFE AND THE ENVIRONMENT.

Thus, despite being naturally dangerous, the defendant did not have any other form of inspection on site, except for the two signs already pointed out. It is perfectly clear that the place is perfectly free for people to access. (...)

In view of these considerations, there is no doubt that the defendant was careless with the place. Easy access, no one's vigilance, are favorable conditions for the use of the place (even if they are sported by danger warnings). And although it may seem symptomatic, the warning signs do not display the classic phrase: no swimming, but no motor sports. (...)

In fact, it was up to SABESP to prevent access to the accident area by residents of the region or by anyone. So much so that after the misfortune he hired an employee to inspect the area uninterruptedly, who has his own place to stay, already existing since the construction of the facilities.

Now, the need for greater vigilance results even from the very dynamics of the narrative of the place and the facts by the defendant in her response, as mentioned above. If she herself recognizes the natural danger of the place, she could not remain in the tranquility of only two signs with incisive sayings, but not entirely explanatory. He did not need to wait for the tragic event to only then adopt the necessary measures.

It is noted that, by contrasting the probability of occurrence of accidents of serious proportions, "danger of death" by drowning, and the additional precautionary measures that can be adopted in order to avoid the accident, the hiring of an employee to inspect the area, the *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* applied the economic reasoning inherent to the Incremental Learned Hand Standard as a criterion for determining the negligence of the conduct of the public entity.

In a decision similar to the aforementioned British precedent *Harley v. London Electricity Board* and the aforemen-



tioned Dutch precedent *Coca Cola Export Corporation vs. M. Duchateau*, the *Kelderluik* case, the *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, when considering Civil Appeal n. 70030093868<sup>323</sup>, characterized the negligence of the conduct of the Departamento Municipal de Água e Esgotos - DMAE, condemning it to pay compensation for moral damages to Nelson Pletsch, a visually impaired person who fell into a sewer hole that was open, having his right kidney extirpated. Here is the statement of the Reporting Judge Marilene Bonzanini Bernardi:

NELSON PLETSCHE filed an ORDINARY ACTION against DMAE - DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTOS and MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, alleging that he is retired, 62 years old and visually impaired. He said that, on 02/20/2006, he was crossing Padre João Batista Réus Street, in order to reach the bus stop, when he fell into a sewer hole of the Departamento Municipal de Água e Esgotos, which was open, without any type of signaling. He claimed that, after the accident, an easel was placed at the site. He maintained that he always moved alone, with his cane, and was even an amateur athlete. He pointed out that, due to the accident, his right kidney was removed, and he was hospitalized. (...)

The fact narrated by the plaintiff, which was not even denied by the Municipality and generally contested by the DMAE, is amply supported by the evidence in the records. (...)

The photographs of p. 30-2 show the accident site, and it is possible to see new cement around the manhole cover, in addition to a fallen trestle next to it. (...) Now, even if there was an easel or temporary cover to cover the manhole, as evidenced in the photograph of p. 30, it must be understood that this was a totally ineffective measure to prevent the fall of people, especially children, the elderly and people with physical disabilities in general, who are more vulnerable than they are to this type

---

<sup>323</sup> BRAZIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Civil Appeal n. 70030093868. Nelson Pletsch v. Departamento Municipal de Água e Esgotos – DMAE. Rapporteur: Judge Marilene Bonzanini Bernardi. June 24, 2009. D.J., July 9, 2009. Available at: <[http://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70030093868&num\\_processo=70030093868](http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70030093868&num_processo=70030093868)>.

of accident. The trestle did not completely cover the sewer box, in addition to being mobile, susceptible to falling, being absolutely incapable of preventing any misfortunes.

The DMAE should foresee this situation of risk, taking precautions in order to prevent, especially, that people with special needs – whose protection of rights has deserved special protection from the State – from suffering accidents due to their omission. (...) The security of the place could have been done through isolation with a protective screen to completely prevent access, which would remove the risk of falling for those who pass there. The fact is that the way the trestle was placed did nothing to avoid the accident.

For all the above, I consider that the DMAE is at fault in the harmful event, in the form of negligence, since it failed to take the appropriate measures to safely seal the sewage tank under maintenance on the public road, giving rise to the accident that victimized the plaintiff.

It is verified that when contrasting the probability of occurrence of accidents of serious proportions, "the fall of people, especially children, the elderly and people with physical disabilities in general", and the additional precautionary measures that can be adopted in order to avoid the accident, the "isolation with a protective screen to completely prevent access" to the sewage tank, the *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul* applied the economic reasoning inherent to the Incremental Learned Hand Standard as a criterion for determining the negligence of the conduct of the public entity.

In a decision analogous to the one taken in Germany by the *Bundesgerichtshof*, referred to above, in a case involving the sudden formation of ice (black ice) on a highway, the *Tribunal Regional Federal da Quarta Região*, when considering Civil Appeal n. 2001.71.01.000571-4/RS<sup>324</sup>, considered that the neg-

---

<sup>324</sup> BRAZIL. *Tribunal Regional Federal da Quarta Região*. Civil Appeal n. 2001.71.01.000571-4/RS. Felícia Maria Rolhano Goulart and others v. Departamento Nacional de Estradas e Rodagem – DNER. Rapporteur: Judge Marga Inge Barth Tessler. April 1, 2009. D.J., April 22, 2009. Available at: <[http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?lo-cal=trf4&documento=2696357&hash=4bcf3d7545eaf6ff14454236ba100a59](http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?lo-cal=trf4&documento=2696357&hash=4bcf3d7545eaf6ff14454236ba100a59)>.

ligence of the conduct of the Departamento Nacional de Estradas e Rodagem - DNER was not characterized, exempting it from the payment of compensation for material and moral damages to Felícia Maria Rolhano Goulart and others, due to the death of Hélio Rodrigues Goulart, as a result of injuries suffered in the collision of a vehicle with an animal that crossed the BR 392 highway. Here is the statement of Reporting Judge Marga Inge Barth Tessler:

In summary, they requested that the defendants be ordered to pay compensation for moral and material damages, in view of the death of Hélio Rodrigues Goulart, as a result of injuries suffered in the collision of his Ford/F-100 truck, license plates IHW-4375, with a bovine, which occurred on BR 392. (...)

In kind, the situation occurred on a common highway, not on a high-speed expressway, in a stretch of moderate circulation of automobiles, and absolute vigilance by the Public Power is impractical, preventing the entry of animals into the roadway, during the 24 hours of the day. (...)

It is true that, on high-speed highways, the Government must build and maintain an infrastructure such as to guarantee the total isolation of its marginal lands, in order to avoid risks. It cannot be required, however, that the DNER build concrete fences or any other type of isolation system along the entire length of the country's federal highways... On the other hand, even if the DNER had a huge contingent of inspectors, it would be impossible for it to prevent the access of animals, twenty-four hours a day, along the entire length of the country's federal highways. (...) Without proof that the State concurred, through reprehensible omissive conduct, taking into account the type of action that would be reasonable to require, considering the real possibilities of preventing the harmful event, there is no question of fault, nor of liability for an unlawful act.

Therefore, when contrasting the probability of occurrence of accidents of serious proportions, such as the death of a vehicle driver "as a result of injuries suffered in the collision" with animals on a non-express highway, and the additional precautionary measures that can be adopted in order to avoid accidents, the construction of "concrete fences or any other type of

isolation system", the *Tribunal Regional Federal da Quarta Região* applied the economic reasoning inherent to the Incremental Learned Hand Standard as a criterion for characterizing non-negligent behavior of the public entity.

An aspect worthy of note is the fact that the use of the economic reasoning inherent to the Incremental Learned Hand Standard led to different results in the aforementioned judicial precedents: with the characterization of the negligence of the conduct and allocation of damages to public entities, respectively, SABESP in the decision rendered by the *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, and DMAE in the decision rendered by the *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, and; with the non-characterization of the negligence of the conduct of the public entity, DNER, and the allocation of the damage to the victim, in the decision rendered by the *Tribunal Regional Federal da Quarta Região*. It is also interesting to note that in these precedents, the reasoning inherent to the Cheapest Cost Avoider Criterion intuitively guides the decisions rendered by the courts in relation to the establishment of the causal link, considering that: the public entities, SABESP and DMAE, had an action strategy endowed with greater preventive effectiveness, respectively in the decisions rendered by the *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* and by the *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, and; that the injured agent, the driver of the motor vehicle, had an action strategy endowed with greater preventive effectiveness in the decision rendered by the *Tribunal Regional Federal da Quarta Região*.

Still with regard to the application of the Cheapest Cost Avoider Criterion in its strategic formulation with a view to establishing the causal link, Eugênio Battesini<sup>325</sup> exemplifies the use of the economic reasoning inherent to the institute by referring to decisions rendered by the *Superior Tribunal de Justiça*

---

<sup>325</sup> BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, p. 201-202.

in cases of "railway surfing". In cases of "railway surfing", the *Superior Tribunal de Justiça* has repeatedly ruled out the liability of public transport companies, in a procedure that conducts a comparative analysis of the strategic position of the parties involved in the accident and the identification of the party able to trigger a course of action that presents the best preventive performance. In this regard, in votes rendered in Special Appeal n. 160,051/RJ<sup>326</sup> and Special Appeal n. 60,929/RJ<sup>327</sup>, Minister Antônio de Pádua Ribeiro and Minister Costa Leite expressed themselves as follows, respectively:

The judgment under appeal concluded that, because he was an irregular passenger, that is, a "train surfer", who travels on the roof of railway trains, risking his life, he would bear the same consequences of his own recklessness (...) This understanding is in harmony with the guidance of this Court on the subject, which understands that in cases of railway surfers, they bear the responsibility of traveling clandestinely, on top of the roofs of the trains, as it would even be unenforceable from the company to carry out effective inspection.

(...)

In fact, the sentence and the judgment that confirmed it, sovereignly examining the evidence, established that the victim, at the time of the accident, practiced railway "surfing" (...) Under such circumstances, it is necessary to recognize that the harmful event resulted solely from the victim's recklessness, and there is no question of concurrent fault (...) It is not denied that the railroad has the duty of vigilance, but this is inherent to the provision of transport service in normal conditions, and it can-

---

<sup>326</sup> BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Special Appeal n. 160.051/RJ. Cláudia Cilene de Miranda Mosqueira v. Companhia Fluminense de Trens Urbanos – FLUMITRENS. Rapporteur: Minister Antônio de Pádua Ribeiro. 05 dez. 2002. D.J., 17 fev. 2003. Available at: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre\\_documento.asp?sSeq=388181&sReg=199700923282&sData=20030217&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_documento.asp?sSeq=388181&sReg=199700923282&sData=20030217&formato=PDF)>.

<sup>327</sup> BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Special Appeal n. 60.929/RJ. Juscelino Isidro da Costa v. Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTURJ. Rapporteur: Minister Paulo Costa Leite. 18 abr. 1995. D.J., 29 mai. 1995, p. 15513. Available at: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199500073986&dt\\_publicacao=29-05-1995&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199500073986&dt_publicacao=29-05-1995&cod_tipo_documento=>)>.

not be required to have a safety apparatus capable of avoiding accidents of the type that is dealt with here.

It is verified, therefore, that in cases of "railway surfing", even without express reference to the Cheapest Cost Avoider Criterion, the *Superior Tribunal de Justiça* uses the economic reasoning inherent to the institute, comparing the strategic position of the parties and establishing the causal link in relation to the agent able to trigger a course of action that presents better preventive performance, the passenger, who has a more effective preventive strategy, to travel properly accommodated inside the train, *vis a vis* the preventive strategies of the public urban transport company, such as driving the train at low speed or restricting access to the outside of the train. In addition, by weighing the costs of precaution, constitution of a "safety apparatus", and the benefits arising, avoiding the atypical situation of risk, it is verified that the *Superior Tribunal de Justiça* develops the economic reasoning inherent to the Incremental Learned Hand Standard to rule out negligence in the conduct of public transport companies.

Another characteristic of the Brazilian tort system is related to the fact that the idea of identifying and holding accountable categories or activities with greater knowledge of the risk involved and the ways to avoid it, cheapest cost avoiders, serves as a directive for the implementation of strict liability, either through individualizing analysis, case-by-case decisions made by the Judiciary, or through generalized analysis. category determination made by the Legislature. Brazil, like Portugal and Italy, adopts a hybrid model of strict liability for the risk of the activity, harmonizing the actions of the Legislative and Judiciary. Strict liability<sup>328</sup> is provided for in specific statutes and in the Brazilian Civil Code of 2002, comprising: rail transport (Decree n. 2.681, of December 7, 1912), nuclear activities (Law n.

---

<sup>328</sup> See: BATTESINI, Eugênio; ELTZ, Magnum K. F.; SANTOLIM, Cesar. *Tort Law in Brazil*, p. 133-166.

6.453 of October 17, 1977), activities that cause damage to the environment (Law n. 6.938, of August 31, 1981), mining activities (Decree-Law n. 227, of February 28, 1967), air transport (Law n. 7.565, of December 19, 1986), products liability (Law n. 8.078, of September 11, 1990; Article 931 of the Brazilian Civil Code of 2002), damage caused by animals (Article 936 of the Brazilian Civil Code of 2002), damage caused by ruined buildings and objects thrown from buildings (articles 937 and 938 of the Brazilian Civil Code of 2002). Judicial action consists, preponderantly, in the application of the rules of strict liability provided for in the legislation, and judges are not allowed to expand the scope of such rules, by analogy. However, in the wake of one of the main innovations of the Brazilian Civil Code of 2002<sup>329</sup>, the general liability clause for dangerous activities of article 927, sole paragraph, the role of judges was significantly expanded, since they were explicitly authorized to qualify certain activities as dangerous, making them subject to strict liability. In this sense, Anderson Schreiber's elucidative statement<sup>330</sup>:

The most reasonable conclusion seems to be that the general strict liability clause is simply aimed at dangerous activities, that is, activities that present a high degree of risk either because they focus on intrinsically harmful goods (such as radioactive material, explosives, firearms, etc.) or because they employ methods with high harmful potential (such as the control of water resources, nuclear energy manipulation, etc.)... It is true that the definition, although always elastic, of a list of activities included in the scope of application of the sole paragraph of article 927 is a task to depend, primarily, on jurisprudential action and doctrinal investigation.

Once again, the application of the Cheapest Cost Avoider

---

<sup>329</sup> BRAZIL. Civil Code of 2002. Article 927. Sole paragraph. There will be an obligation to repair the damage, regardless of fault, in the cases specified by law, or when the activity normally conducted by the author of the damage implies, by its nature, a risk to the rights of others. Available at: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm).

<sup>330</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*, p. 25.

Criterion emerges, with reference to the paradigmatic decision rendered by the *Superior Tribunal de Justiça*, in Special Appeal n. 896568/CE,<sup>331</sup> which qualified as a highly dangerous activity, in accordance with the sole paragraph of article 927 of the Civil Code of 2002, the transmission of electricity, sentenced the Companhia Energética do Ceará – COELCE – to pay material and moral damages to Antônio Silvério de Paiva, due to serious damage caused by electrocution, when carrying out repairs to the residential electrical network. Here is the statement of Minister Luis Felipe Salomão:

In the present case, the plaintiff, who worked as an electrician, was hired to conduct emergency repairs to the electrical network in the residence of Geraldo Lopes de Castro. When trying to break, with all the necessary precautions, the cable that brought energy to the house, the plaintiff received a strong electrical discharge due to the overload of the network, originating from the fall of a high voltage wire in the region, resulting in his total inability to work.

It is observed that the defendant, a public service concessionaire, operates in the electricity transmission sector, an activity that, despite its essentiality, presents high dangerousness, offering risks to the population.

In this context, the "Risk Theory" must be applied, which recognizes the obligation of those who cause damage to others, due to the dangers inherent to their activity or profession, to repair the damage.

In fact, if a certain risky activity is performed and, above all, profits are reaped from it, the company must also be liable for the damages that may be caused to third parties, regardless of the proof of intent or fault in its conduct.

This is the orientation honored by our legal system, in article 927, sole paragraph, of the Civil Code. (...)

In the doctrine of risk, liability is objective, that is, it does not require proof of fault in the omissive or commissive conduct.

---

<sup>331</sup> BRAZIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Special Appeal n. 896568/CE. Antônio Silvério de Paiva v. Companhia Energética do Ceará – COELCE. Rapporteur: Minister Luis Felipe Salomão. 19 mai. 2009. D.J., 30 jun. 2009, p. 233. Available at: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp? Registro=200602196193&dt\\_publicacao=30/06/2009](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?Registro=200602196193&dt_publicacao=30/06/2009)>.



The victim is only responsible for demonstrating the causal link between the injury suffered and the activity performed by the agent.

The clear and direct joint application of the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard as *ratio decidendi* by the Brazilian Judiciary was conducted in a set of emblematic decisions handed down by the *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul* in the case of the "tobacco growers". As a reference, in the Judgment nº 70069954626, the *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*<sup>332</sup> established the liability of the RGE – Rio Grande Energia, for the damages caused to tobacco growers during the process of drying tobacco *in natura* as a result of the interruption in the supply of electricity (obligation contractually assumed by the electricity concessionaire), determining, however, the distribution of damages in the ratio of 1/3 to the concessionaire company and 2/3 to the tobacco producers, who would have contributed to the harmful event because they did not have installed their own generator that worked in the uninterruptible power supply.

The leading vote delivered by Judge Eugênio Facchini Neto<sup>333</sup> justifies the distribution of damages by expressly resorting to the Cheapest Cost Avoider Criterion, applied in conjunction with the theory of duty to mitigate the loss:

*DUTY TO MITIGATE THE LOSS.* Considering that the cost of installing a generator is not high, being below most of the indemnity claims presented, it is reasonable, economically and

---

<sup>332</sup> BRAZIL, *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Judgment nº 70069954626 (CNJ nº 0205656-85.2016.8.21.7000). Adão Adelmir da Rosa Ferreira v. RGE – Rio Grande Energia. Rapporteur: Judge Eugênio Facchini Neto. 30 mar. 2017. Available at: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index).

<sup>333</sup> The interface between academic production in tort law and economics and Brazilian legal practice is highlighted by Judge Eugênio Fachini Neto: "extremely interesting considerations about the 'level of precaution' required of potential victims, in light of the economic analysis of law, are made in the exhaustive research carried out by Eugênio Battesini, the result of his doctoral thesis at UFRGS, on whose committee I had the honor of being a member, and which later became the work *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*.

legally, to require tobacco growers to adopt measures to avoid damages. As a basis for such a requirement, the doctrine of "duty to mitigate the loss" is invoked.

*CHEAPEST COST AVOIDER.* If the issue is examined from the perspective of the economic analysis of law, the doctrine of cheapest cost avoider can be invoked. This doctrine defends the idea that an objective criterion for minimizing losses and avoiding costs is to try to identify who can avoid the damage at a lower cost. In the case in question, given the inevitability of the occurrence of interruptions of electricity, even for short periods, the tobacco grower can avoid the damage at a lower cost, with the acquisition of a UPS generator.

In addition, Judge Eugênio Facchini Neto, resorts to the Incremental Learned Hand Standard, as an instrument for the application of article 945 of the Brazilian Civil Code, recognizing that the concurrent fault of tobacco growers for the harmful event is characterized:

It is also possible to invoke the well-known "HAND FORMULA", according to which negligence can be identified when the cost to avoid the damage is lower than the value of the potential loss, multiplied by the probability that it will occur. In the case of tobacco growers, this cost is relatively low (installation of a *UPS* generator), compared to the foreseeable occurrence of losses derived even from short interruption of the electricity supply during the drying process.

In short, the comparative analysis highlights the contemporary context of application of the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard, revealing that such institutes have been used in legal practice, law in practice, in legal systems of common law and civil law tradition. The incorporation of the economic reasoning inherent to the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard has been carried out with various weights and with different degrees of recognition, oscillating from the clear and direct application of the institutes, as in the paradigmatic Brazilian case of "tobacco growers" and in the United States cases *Halek v. United States* and *Air Liquid Systems Corp. v. DeVries*, to tacit adherence or intuitive use of the economic reasoning inherent to

the institutes, as in the paradigmatic Dutch case *Kelderluik* and in the Brazilian, English and Italian judgments mentioned above.

The Incremental Learned Hand Standard emerges in all countries considered as an instrument used by the Judiciary, case-by-case decisions, in assessing the fault/negligence of the injurer agent with a view to establishing the imputation nexus, but also as an instrument for grading the injured agent fault/negligence with a view to quantifying compensation. The Cheapest Cost Avoider Criterion emerges, according to the legal system considered, as an instrument used by the Judiciary, case-by-case decisions, and/or by the Legislature, category determination, with a view to applying strict liability for the risk of the activity. In addition, even if there is no explicit application of the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard in a two or three-stages script, it is possible to identify some degree of systematization in the use of the institutes. The Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard are used together as guidelines in the characterization of the three elements of the liability attribution process, with the Cheapest Cost Avoider Criterion gravitating towards the causation-strict liability binomial and the Incremental Learned Hand Standard gravitating around the negligence-quantification of indemnity binomial. Finally, it should be noted that the comparative analysis carried out reveals that, despite the differences in legal systems, the transnationality of the conceptual structures and operational rules of tort law and the existence of groups and types of cases that are common to all legal systems create a favorable environment for the use of the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard in legal practice, law in practice, which leads us to the reexamination of the introductory propositions and to the conclusion of the present study.

## CONCLUSION

In conclusion, the synthesis of the main ideas developed in the present study is conducted, evidencing that the basic working hypothesis that the Incremental Learned Hand Standard and Cheapest Cost Avoider Criterion are useful instruments for allocating damages, algorithms that contribute to the resolution of methodological problems that permeate the legal practice of tort law. The answers to the seven central questions that the present study proposed to answer corroborate this statement.

1. Does the transnationality of conceptual structures and operational rules create a favorable environment for the use of economic analysis instruments in the study of tort law? Yes. The present study showed that tort systems share a common core, conceptual structures and operational rules, working rules, which lead to equivalent results when applied in legal practice, law in practice. A major expression of the transnationality of conceptual structures and operational rules is the fact that tort systems are traditionally built on the basis of three elements: the existence of damage, injury or loss, property or moral, to a third party; the existence of a nexus of imputation, of an action legally qualified based on the idea of fault or risk created, negligence *vis a vis* strict liability, and; the existence of a causal nexus, of a link that connects the action to the damage, the cause and effect relationship between the action performed and the damage verified. The transnationality of conceptual structures and operational rules, combined with the existence of groups and types of cases that are common to all legal systems, provides a favorable environment for the study of tort law through the use of fundamentals of economic analysis of law, mitigating the effects of the fact that such literature adopts as a substrate, preponderantly, the common law system of United States. Tort law provides a fertile substrate for the use of law and economics instruments, the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion.

2. Is it possible to apply the Incremental Learned Hand Standard as a directive for assessing fault/negligence for the purpose of establishing the imputation link? Yes. The present study showed that the Incremental Learned Hand Standard dialogues with the traditional legal theory of fault/negligence (conceptual structure) and provides a consistent criterion for assessing negligence (operational rule, working rule), helping to solve methodological problems that permeate legal practice (law in practice). The Incremental Learned Hand Standard provides a significant theoretical contribution that helps to solve the important methodological problem of the establishment of the nexus of imputation, that is, the comparison of concrete behavior with abstract behavior for the purpose of characterizing the lawfulness or otherwise of the conduct. A significant attempt to establish an objective criterion for assessing negligence was made by Judge Learned Hand, in the case *United States v. Carroll Towing Company*, who: condensed the general notion of reasonable behavior into three variables, the probability that an action or omission will cause harm ("P"), the magnitude of the harm ("L"), and the burden of appropriate precautionary measures ("B"); and expressed algebraically that negligence is characterized when the burden of precautionary measures is less than the magnitude of the damage multiplied by the probability of the damage occurring (" $B < P.L$ "). William Landes and Richard Posner evolve from the original formulation of Judge Learned Hand by proposing to compare incremental variations in precaution costs and the resulting benefits in terms of expected harm reduction. The Incremental Learned Hand Standard shows that the efficient level of precaution occurs when the increment in precaution costs (" $C.X$ ", where "C" represents the unit cost of precaution and "X" represents the level of precaution) is equal to the change in the expected loss multiplied by the probability of the harmful event [" $p(X). D$ ", where " $p(X)$ " represents the probability of an accident and "D" represents the magnitude of the damage]. As a

tool for comparing incremental variations in concrete behavior *vis a vis* the abstract behavior corresponding to the efficient level of precaution (optimal marginal precautionary cost/expected marginal losses ratio; cost/benefit ratio of 1:1), the Incremental Learned Hand Standard is a useful criterion for assessing the fault/negligence of the conduct, representing a consistent directive for the application of the negligence rule.

3. Is it possible to apply the Incremental Learned Hand Standard as a directive for grading fault/negligence for the purpose of quantifying compensation? Yes. The present study showed that the Incremental Learned Hand Standard dialogues with the traditional legal theory of the gradation of fault/negligence, the tripartite classification into severe, ordinary and slight fault/negligence, and with the institutes of concurrent fault of the injured agent, punitive damages, and the equitable reduction of the amount of compensation (conceptual structures) and provides a consistent criterion for quantifying compensation (operational rule, working rule), helping to solve methodological problems that permeate legal practice (law in practice). The Incremental Learned Hand Standard provides a significant theoretical contribution that helps to solve the important methodological problem of the quantification of the amount of compensation, that is, the comparison of concrete behavior with abstract behavior for the purpose of grading fault/negligence. In some tort systems, the low level of fault/negligence of the injurer agent is one of the factors used for the equitable reduction of the amount of compensation in relation to the damage, fairness. In some tort systems, the high level of fault/negligence of the injurer agent is one of the factors used to increase the amount of compensation in relation to the damage, punitive damages, or to determine the amount of compensation for the pain or suffering of the injured agent. In most tort systems, some kind of fault/negligence gradation is used in the application of concurrent negligence of the injured agent, as a way of allocating dam-

ages between the injurer agent and the injured agent. The allocation of damages between the injurer agent and the injured agent can be carried out in proportion to their relative fault/negligence, considering the extent to which the behavior of each party deviates from the efficient level of precaution and the marginal value of such deviations. In this sense, the importance of the Incremental Learned Hand Standard as a criterion of fault/negligence gradation is highlighted, together with the traditional tripartite classification of the degrees of fault/negligence as severe, ordinary and slight, with the purpose of determining the percentages of reduction/increase of compensation in relation to damage and allocating the damage between the parties. As an instrument that allows the comparison of incremental variations in concrete behavior *vis a vis* the abstract behavior corresponding to the efficient level of precaution, the Incremental Learned Hand Standard is a useful criterion for grading the fault/negligence of the conduct, representing a consistent directive for the quantification of the amount of compensation.

4. Is it possible to apply the Cheapest Cost Avoider Criterion as a directive for delimiting the scope of action of negligence and strict liability? Yes. The present study showed that the Cheapest Cost Avoider Criterion, in connection with the theoretical contribution made available by the contemporary literature of tort law and economics, dialogues with the traditional legal theory, the dualistic system of imputation of liability, negligence *vis a vis* strict liability, (conceptual structures) and provides a consistent criterion, clear cut test, for delimiting the field of action of negligence and strict liability (operational rule, working rule), helping to solve methodological problems that permeate legal practice (law in practice). In Guido Calabresi's original formulation, the basic idea inherent to the notion of cheapest cost avoider is that, in a tort system aimed at reducing the sum of accident costs and accident avoidance costs, liability should be attributed to the agent who can prevent the occurrence

of damage at a lower cost, to the agent who has a comparative advantage in the production of safety/harm reduction, "to those acts or activities (or combination of them) which could avoid accident costs more cheaply". The rereading of the Cheapest Cost Avoider Criterion in the light of the contemporary literature on tort law and economics shows that the idea of objectively holding accountable categories, acts or activities or a combination of them, which have a comparative advantage in reducing the costs of accidents and increasing the level of social welfare, is relevant: either because they are better positioned to adopt preventive measures (level of precaution); because they are better positioned to promote the reduction of risk activity (level of activity); because they have greater knowledge of the risk conditions and how to avoid it (level of information), and; because they are broad enough to achieve the social dispersion of damage (level of risk aversion). Another relevant finding of the contemporary literature on tort law and economics concerns the need to add to the rule of strict liability a mechanism that considers the behavior of the injured agent, in order to provide appropriate incentives for him to also adopt an efficient level of precaution, in this particular, stands out the rule of strict liability with the reduction/exclusion of the amount of compensation proportional to the fault/negligence of the injured agent. As an instrument for comparing individual conducts and/or for comparing acts or activities developed by categories of individuals, the Cheapest Cost Avoider Criterion, in the light of the contributions of the contemporary literature on tort law and economics, provides a significant theoretical contribution that helps to solve an important methodological problem that permeates the imputation nexus, that is, the establishment of a clear cut test for the delimitation of the field of action of negligence and strict liability, and apply it in legal practice, either through individualizing analysis carried out by the Judiciary, case-by-case decisions, and/or through generalized analysis carried out by the Legislature, cat-



egory determination.

5. Is it possible to apply the Cheapest Cost Avoider Criterion as a directive for establishing the causal link? Yes. The present study showed that the Cheapest Cost Avoider Criterion dialogues with the legal theory of causation (conceptual structure) and acts as a heuristic device that contributes to the process of identifying the causative agent of the damage (operational rule, working rule), helping to solve methodological problems that permeate legal practice (law in practice). The idea of comparing the position of the parties involved in a situation of accident risk, with a view to establishing the causal link, dialogues strongly with the notion of cheapest cost avoider. The identification of who had the "best or most efficient opportunity to avoid the damage", considering as a standard of comparison, according to the specifics of the specific case, the costs of alternative prevention measures or "gross costs", the costs of alternative prevention measures plus the respective expected damages with accidents or "smallest net loss", or the prevention strategies that can be carried out by the parties involved in a situation of risk of accident, proves to be useful in the resolution of the "difficult cases", in which the causation is complex or multiple. As an instrument for comparing individual conducts, the Cheapest Cost Avoider Criterion dialogues with the legal theories of adequate causation, "test of adequate causation", of the proximate cause, "test of proximate cause and remoteness", or foreseeable cause "foreseeability test", and with flexible or multifactorial approaches, "openly flexible approach", revealing itself to be a theoretical contribution that helps in the establishment of the causal link in legal practice, in an individualizing analysis carried out by the Judiciary, case-by-case decisions.

6. Can the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion be used together in the process of assigning liability? Yes. The present study showed that the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned

Hand Standard are institutes that dialogue with each other and dialogue with the elements of tort law, having potential for use in legal practice. The Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard have common characteristics, they are institutes/theoretical formulations with economic origin incorporated into the study of tort law, whose function is the promotion of social welfare and the objective is to promote the efficient allocation of damage with a view to generating incentives for the adoption of optimal preventive behavior by the parties involved in a situation of accident risk. Despite the common aspects, the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard have specific characteristics and interact with the elements of tort law in a different way. The Cheapest Cost Avoider Criterion, an instrument for comparing individual conduct, usually the conduct of the injurer agent *vis a vis* the conduct of the injured agent, and/or for comparing acts or activities developed by categories of individuals, based on the identification of who can avoid the occurrence of damage at a lower cost or on the identification of the individual/category that has a comparative advantage in reducing the costs of accidents, operates in the binomial causal link-strict liability, not dispensing, however, the joint use of the Incremental Learned Hand Standard as an instrument for assessing fault/negligence for the purpose of establishing the imputation nexus in cases of negligence and as an instrument for grading fault/negligence for the purpose of quantifying compensation, through the application of the institutes of punitive damages, fairness and concurrent fault/negligence. The Incremental Learned Hand Standard, an instrument for measuring the individual's conduct, the injurer agent, the injured agent or the third party involved in a situation of accident risk, based on the weighing of the costs of prevention *vis a vis* damages expected from accidents (cost/benefit analysis), operates in the binomial negligence-quantification of compensation, not dispensing, however, the joint use of the Cheapest

Cost Avoider Criterion for the purposes of establishing the causal link and for the purpose of establishing the imputation link in cases of strict liability. The Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard are complementary techniques that contribute to the resolution of tort cases by the Judiciary, case-by-case decisions, heuristic devices that have the potential to be used in a combined way, in a three-stage script, with a view to promoting allocative efficiency in legal practice, law in practice.

7. How the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion have been used in legal practice by the Judiciary in the process of assigning liability? The contemporary context of application of the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard, emphasizing the consolidated situation of the United States and the emerging case of Brazil, reveals that these institutes have been used in legal practice, law in practice, in legal systems of common law and civil law tradition, with various weights and with different degrees of recognition, ranging from the clear and direct application of the institutes to the tacit adherence or intuitive use of the economic reasoning inherent to the institutes. The Incremental Learned Hand Standard emerges in all countries considered as an instrument used by the Judiciary, case-by-case decisions, in assessing the fault/negligence of the injurer agent with a view to establishing the imputation nexus, but also as an instrument for grading the fault/negligence of the injured agent with a view to quantifying compensation. The Cheapest Cost Avoider Criterion emerges, according to the legal system considered, as an instrument used by the Judiciary, case-by-case decisions, and/or by the Legislature, category determination, with a view to applying strict liability for the risk of the activity. In addition, even if there is no explicit application of the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard in a two or three-stage script, it is possible to identify

some degree of systematization in the use of the institutes. The Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard are used together as guidelines in the characterization of the three elements of the liability attribution process, with the Cheapest Cost Avoider Criterion gravitating towards the causation-strict liability binomial and the Incremental Learned Hand Standard gravitating around the negligence-quantification of compensation binomial. The comparative analysis carried out shows that, despite the differences between legal systems, the transnationality of the conceptual structures and operational rules of tort law and the existence of groups and types of cases that are common to all legal systems create a favourable environment for the use of the Cheapest Cost Avoider Criterion and the Incremental Learned Hand Standard in legal practice, law in practice.

The answers to the seven proposed questions and the confirmation of the basic working hypothesis that the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion are useful instruments for allocating damages, algorithms that contribute to the resolution of methodological problems that permeate the theory and legal practice of tort law allow us to envision a promising future for the application of such institutes. The perception that the promotion of social welfare (maximization of the net benefit, total benefit minus social costs, provided to society by activities involving accident risk) can be accomplished through the use of instruments such as the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion has inspired academia and legal practice. Judges, either through the use of economic reasoning or through clear and direct application as a decision-making basis, have used the logic inherent to such institutes in the resolution of tort cases, performing the efficient allocation of damages (reparatory function) with a view to generating incentives for the adoption of optimal preventive behavior (preventive function) by the parties involved in

a situation of risk of accidents. Legislators have used the logic inherent to such institutes in the formulation of public policies and in the edition of tort rules.

It is imperative to highlight, however, that the use of such institutes in legal practice has limitations and must be conducted sparingly. The touchstone, not only for the resolution of concrete cases of tort by the Judiciary, but for the very integration of the tort law and economics foundations, is the notion of fairness. In this sense, emblematic are the manifestations of José de Aguiar Dias and Guido Calabresi. José de Aguiar Dias<sup>334</sup> states that: "the system that we believe is capable of resolving the problem of civil liability attributes a considerable role to equity, by recognizing the influence of the economic situation of the parties. This will be the subject of prudent assessment by the judge when regulating losses and damages. By influence of the economic situation of the parties it must be understood that, when assigning the burden of compensation, the judge must maintain a certain psychological pressure, sufficient, according to the degree of development of the society in question, to prevent damages". Considering that any tort system has two main objectives, "first, it must be just or fair; second, it must reduce the costs of accidents", Guido Calabresi<sup>335</sup> notes that fairness acts as "a veto or constraint on what can be done to achieve cost reduction", constituting "a final test which any system of accident law must pass".

Going further, the present study highlighted the relevant role played by the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider in the methodological plan, since they constitute a paradigmatic example of dialogue between law and economics. Theoretical formulations with economic origin, based on the idea of allocative efficiency and maximization of

---

<sup>334</sup> DIAS, José A. *Da Responsabilidade Civil*, p. 125.

<sup>335</sup> CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*, p. 24.

social welfare, incorporated into the study of law, such institutes dialogue with conceptual structures and operational rules, working rules, of tort law, the imputation nexus, the causation nexus and the damage, triggering, in the terminology used by Giuseppe Bellantuono, an interdisciplinary process of "genuine collaboration" that contributes to the resolution of relevant methodological problems inherent to the theory and legal practice of tort law, the establishment of a: directive for assessing fault/negligence; a directive for determining the causal link; a directive for delimiting the limits of negligence and strict liability, and; a directive for quantifying the amount of compensation in relation to the damage.

Finally, the present study showed that the Incremental Learned Hand Standard and the Cheapest Cost Avoider Criterion act as dynamic elements of transboundary communication between jurists and provide a theory applicable to all legal systems, sharing the analytical tools of economics and of law to address problems that permeate the legal theory and legal practice, as such, contributing to making the study of law "more scientific". In the witty fiction of the attribution of the Nobel Prize to legal science proposed by Thomas Ulen, natural candidates to receive the distinction would be jurists such as Richard Posner, for the development of the marginal formulation of the Hand formula, the Incremental Learned Hand Standard, and Guido Calabresi, for the proposition of the Cheapest Cost Avoider Criterion. Jurists ahead of their time, Richard Posner and Guido Calabresi made audacious contributions that took root and definitively marked the study of the science of law.



## CONSULTED WORKS

- ABRAHAM, Kenneth S. *The Forms and Functions of Tort Law*. 2. ed. New York: Foundation Press, 2002.
- ALLEN, Ronald J.; ROSENBERG, Ross M. Legal Phenomena, Knowledge, and Theory: a Cautionary Tale of Hedgehogs and Foxes. *Northwestern University School of Law, Public Law and Legal Theory Papers*, n. 35, 2002.
- ALPA, Guido, et. al. *Analisi Economica del Diritto Privato*. Milan: Giuffrè Editore, 1998.
- AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law Second, Torts*. 2. ed. St. Paul: American Law Institute Publishers, 1965.
- . *Restatement of the Law Third, Torts: Liability for Physical Harm*. Proposed Final Draft n. 1. Philadelphia: American Law Institute, 2005.
- ANDRADE, André G. *Dano Moral e Indenização Punitiva, os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. 2nd ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.
- BARNES, David W; STOUT, Lynn A. *Cases and Materials on Law and Economics*. St. Paul: West Publishig Company, 1992.
- BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011.
- . Tort Law and Economic Development: Strict Liability in Legal Practice. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, vol. 1, issue 1, article 2, 2013.
- . A História do Pensamento em Direito e Economia Revisitada: dos Precursores à Pós-modernidade. *Revista Ju-*

*ridica Luso Brasileira - RJLB*, year 5, n. 1, 2019.

Incremental Learned Hand Standard, Degrees of Negligence and Allocation of Damages: a Comparative Tort Law and Economics Approach. *EALR*, v. 11, n. 1, p. 48-79, jan./apr., 2020.

Análise Econômica da Responsabilidade Civil: Limites e Possibilidades de Aplicação do Incremental Learned Hand Standard e do Cheapest Cost Avoider Criterion, com Ênfase na Responsabilidade Civil do Estado em Portugal e no Brasil. *Postdoctoral Dissertation*, 145 p. (unpublished text). Lisbon: Faculty of Law of the University of Lisbon, 2024.

BATTESINI, Eugênio; BALBINOTTO NETO, Giácomo; TIMM, Luciano B. O Movimento de Direito e Economia no Brasil, p. 17-21. In: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. Porto Alegre: Bookman, 2010.

BATTESINI, Eugênio; ELTZ, Magnum K. F.; SANTOLIM, Cesar. *Tort Law in Brazil*. 2<sup>a</sup> ed. The Netherlands: Kluwer Law International, 2021.

BELLANTUONO, Giuseppe (ed.), Rescuing Comparative Law and Economics? Exploring Successes and Failures of an Interdisciplinary Experiment. *Comparative Law Review*, vol. 12, n. 2, 2021.

BELLANTUONO, Giuseppe. Introduction: Comparative Law and Interdisciplinary Bridges, p. 7-23. In: BELLANTUONO, Giuseppe (ed.), *Rescuing Comparative Law and Economics? Exploring Successes and Failures of an Interdisciplinary Experiment*, 2021.

BEN-SHAHAR, Omri. Causation and Forseeability. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*, p. 644-668. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 2, Civil Law and Economics. 807 p.



- BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. V. 2, Civil Law and Economics.
- \_\_\_\_\_. *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. V. 1, p. 505-538. The History and Methodology of Law and Economics. 1094 p.
- BROWN, John P. Learned Hand Rule. In NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, v. 2, p. 514-516. London: Macmillan, 1998.
- BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon V. (eds.). *Pure Economic Loss in Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- BUSSANI, Mauro; SEBOK, Anthony. *Comparative Tort Law*. Elgar, *Global Perspective*. Cheltenham: Edward Elgar, 2021.
- CAHALI, Yussef S. *Dano e Indenização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- CALABRESI, Guido. Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499-553, mar. 1961.
- \_\_\_\_\_. *The Cost of Accidents, a Legal and Economic Analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970.
- \_\_\_\_\_. Concerning Cause and the Law of Torts: an Essay for Harry Kalven Jr. *The University of Chicago Law Review*, v. 43, n. 1, p. 69-108, Autumn 1975.
- CALABRESI, Guido; HIRSCHOFF, Jon T. Toward a Test for Strict Liability in Torts. *The Yale Law Journal*, v. 81, n. 6, p. 1055-1085, may. 1972.
- CALIXTO, Marcelo J. *A Culpa na Responsabilidade Civil, Estrutura e Função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CAON, Guilherme M. *Análise Econômica do Direito: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.
- CATERINA, Raffaele, Comparative Law and Economics, p.

- 333–344. In: SMITS, Jan M.; HUSA, Jaakko; VALCKE, Catherine; NARCISO, Madalena (eds.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2023.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- COASE, The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, v. III, p. 1-44, oct., 1960.
- COLOMA, German. *Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.
- COMPORTI, Marco. *Il Codice Civile Commentario, Fatti Illeciti: le Responsabilità Oggettive*. Milan: Giuffrè Editore, 2009.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 5. ed. Boston: Pearson Education, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- CORDEIRO, António M. *Tratado de Direito Civil, VIII, Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2014.
- CRUZ, Gisela S. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DAM, Cees Van. *European Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- DARI-MATTIACCI, Giuseppe. Tort Law and Economics. *Utrecht University Working Paper*, 2003. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=347801>>.
- DARI-MATTIACCI, Giuseppe; GAROUPA, Nuno. Least Cost Avoidance. *George Mason University, School of Law, Law and Economics Working Paper Series*, n. 04-27, jun. 2004. Available at: <[http://ssrn.com/abstract\\_id=560062](http://ssrn.com/abstract_id=560062)>.
- DARI-MATTIACCI, Giuseppe; HENDRIKS, Eva S. Relative Fault and Efficient Negligence: Comparative Negligence Explained. *Review of Law and Economics*, v. 9, n. 1, jun. 2013.

- DE GEEST, Gerrit (ed.). *Economics of Comparative Law*. 3 v. Cheltenham: Edward Elgar, 2009.
- DE GEEST, Gerrit; VAN DEN BERGH, Roger (eds.), *Comparative Law and Economics*, 3 v. Cheltenham: Elgar Publishing, 2004.
- DEFFAINS, Bruno; KIRAT, Thierry (ed.). *Law and Economics in Civil Law Countries*. Amsterdam: Elsevier Science, 2001.
- DIAMOND, John L.; LEVINE, Lawrence C.; MADDEN, M. Stuart. 3. ed. *Understanding Torts*. Newark: LexisNexis, 2007.
- DIAS, José de A. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DINIZ, Maria H. *Curso de Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil*. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- DIXIT, Avinash K.; NALEBUFF, Barry J.; *Thinking Strategically, the Competitive Edge in Business, Politics, and Everyday Life*. New York: W. W. Norton Company, 1991.
- DOBBS, Dan B. *The Law of Torts*. St. Paul: West Group, 2000.
- ELLICKSON, Robert. Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County. *Stanford Law Review*, v. 38, n. 3, Feb., p. 623-687, 1986.
- EISENBERG, Theodore; RAMELLO, Giovanni B. (ed.). *Comparative Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016.
- ENGLARD, Izhak. Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: a Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort. *International Review of Law and Economics*, n.10, p. 173-191, 1990.
- EPSTEIN, Richard A. A Theory of Strict Liability, 2 *Journal of Legal Studies*, n. 151, 1973.
- \_\_\_\_\_. Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability, 3 *Journal of Legal Studies*, n. 165, 1974.

- \_\_\_\_\_. Intentional Harms, 4 *Journal of Legal Studies*, n. 391, 1975.
- \_\_\_\_\_. *Torts*. New York: Aspen Law and Business, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Cases and Materials on Torts*. 8. ed. New York: Aspen Publishers, 2004.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. Principes du Droit Européen de la Responsabilité Civile. Paris: *Société de Législation Comparée*, 2011.
- FAURE, Michael G. Tort Liability in France: an Introductory Economic Analysis. In: DEFFAINS, Bruno; KIRAT, Thierry (ed.). *Law and Economics in Civil Law Countries*. Amsterdam: Elsevier Science, 2001.
- \_\_\_\_\_. Strict Liability, Economic Analysis. In: KOCH, Bernhard A.; KOZIOL, Helmut (eds.). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. Principles of European Tort Law, v. 6, p. 361-394. European Centre of Tort Law and Insurance Law.
- \_\_\_\_\_. How Law and Economics May Contribute to the Harmonisation of Tort Law in Europe. In: ZIMMERMAN, Reinhard (ed.). *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, p. 31-82. Baden Baden: Nomos, 2003.
- \_\_\_\_\_. Economic Analysis of Contributory Negligence. In: MAGNUS, Ulrich; MARTIN-CASALS, Miquel (eds.). *Unification of Tort Law: Contributory Negligence*. The Hague: Kluwer Law International, 2004. Principles of European Tort Law, v. 8, p. 233-256. European Centre of Tort Law and Insurance Law.
- \_\_\_\_\_. Economic Analysis of Fault. In: WIDMER, Pierre (ed.). *Unification of Tort Law: Fault*. The Hague: Kluwer Law International, 2005. Principles of European Tort Law, v. 10, p. 311-330. European Centre of Tort Law and Insurance Law.
- \_\_\_\_\_. Tort and Insurance Law, the View from Law and Economics. In: WAGNER, Gerhard (ed.). *Tort Law and Li-*

- ability Insurance*. Wien: Springer, 2005. Tort Law and Insurance Series, v. 16, p. 239-273. European Centre of Tort Law and Insurance Law. 361 p.
- \_\_\_\_\_. *Tort Law and Economics*, 2<sup>a</sup> ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009.
- FAUST, Florian, Comparative Law and Economic Analysis of Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. ed., p. 826-851. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- FEDTKE, Jörg; MAGNUS, Ulrich. *Unification of Tort Law: Strict Liability, Germany*. In: KOCH, Bernhard A.; KOZIOL, Helmut (eds.). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. Principles of European Tort Law, v. 6, p. 147-176. European Centre of Tort Law and Insurance Law.
- FELDMAN, Allan M.; KIM, Jeonghyun. The Hand Rule and United States v. Carroll Towing Co. Reconsidered. *Brown University Department of Economics Working Paper* n. 2002-27, 2003. Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=364102](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=364102).
- FREZZA, Giampaolo; PARISI, Francesco. Achille Loria (1857-1943). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 607-617. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.
- \_\_\_\_\_. Augusto Graziani (1865-1944). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 522-530. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.
- \_\_\_\_\_. Pietro Trimarchi (1934-). In: BACKHAUS, Jürgen G. (ed.). *The Elgar Companion to Law and Economics*. 2. ed., p. 709-726. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.
- GALAND-CARVAL, Suzanne. *Unification of Tort Law: Strict*

- Liability, France*. In: KOCH, Bernhard A.; KOZIOL, Helmut (eds.). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. Principles of European Tort Law, v. 6, p. 127-146. European Centre of Tort Law and Insurance Law.
- GAROUPA, Nuno. *Trends in Comparative Law and Economics*. London: Anthem Press, 2022.
- GEISTFELD, Mark A. *Products Liability*, p. 287-340. In: FAURE, Michael (ed.). *Tort Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009.
- GILLES, Stephen G. Negligence, Strict Liability and the Cheapest Cost Avoider. *Virginia Law Review*, p. 1291-1375, vol. 78, n. 6, sep. 1992.
- \_\_\_\_\_. The Invisible Hand Formula. *Virginia Law Review*, v. 80, n. 5, p. 1015-1054, Aug. 1994.
- \_\_\_\_\_. On Determining Negligence: Hand Formula Balancing, the Reasonable Person Standard, and the Jury. *Vanderbilt Law Review*, v. 54, n. 813, p. 813-861, 2001.
- \_\_\_\_\_. The Emergence of Cost-Benefit Balancing in English Negligence Law. *Chicago-Kent Law Review*, v. 77, n. 3, p. 489-486, 2002.
- GONÇALVES, Vítor F. A Análise Econômica da Responsabilidade Civil Extracontratual. *Revista Forense*, v. 357, p. 129-163, set. 2001.
- GORDLEY, James. *The Architecture of the Common Law and Civil Law of Torts, an Historical Survey*. In: BUSSANI, Mauro; SEBOK, Anthony. *Comparative Tort Law*. Elgar, *Global Perspective*. Cheltenham: Edward Elgar, 2021.
- GREEN, Michael D. Negligence = Economic Efficiency: Doubts >. *Texas Law Review*, v. 75, p. 1605-1643, 1996-1997.
- HAMMER, Balz; DUSS, Sandra. The “Hand Rule” as a Standard of Care in Swiss Tort Law?. In: MATHIS, Klaus

- (ed.) *Law and Economics in Europe, Foundations and Applications*. Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship, v. 1, p. 177-205. Dordrecht: Springer, 2014.
- HARPER, Fowler V. Foreseeability Factor in the Law of Torts. 7 *Notre Dame L. Rev.* 468, 1932. Available at: <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol7/iss4/4>.
- HIRSCH, Werner Z. *Law and Economics, an Introductory Analysis*. 3. ed. San Diego: Academic Press, 1999.
- HYLTON, Keith N. Calabresi and the Intellectual History of Law and Economics. *Boston University School of Law, Working Papers Series, Law and Economics Working Paper* n. 04-04, may. 2004, 20 p. Available at: <http://ssrn.com/abstract=547082>.
- \_\_\_\_\_. *Tort law, a Modern Perspective*. New York: Cambridge, 2016.
- KERKMEESTER, Heico; VISSCHER, Louis. Learned Hand in Europe, a Study in the Comparative Law and Economics of Negligence. *German Working Papers in Law and Economics*, n. 6, 2003. 12 p. Available at: <http://www.bepress.com/gwp/default/vol2003/iss1/art6>.
- KFOURI NETO, Miguel. Graus de culpa e redução equitativa da indenização, p. 47-66. *Revista dos Tribunais*, v. 839, set. 2005.
- KOCH, Bernhard A.; KOZIOL, Helmut (eds.). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. Principles of European Tort Law, v. 6, European Centre of Tort Law and Insurance Law.
- \_\_\_\_\_. Strict Liability, Comparative Conclusions. In: \_\_\_\_\_ (eds.). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. Principles of European Tort Law, v. 6, European Centre of Tort Law and Insurance Law. 435 p.

- KRAAKMAN, Reinier H. Vicarious and corporate civil liability, p. 134-152. In: FAURE, Michael (ed.) *Tort Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2009.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Positive Economic Theory of Tort Law. *Georgia Law Review*, v. 15, p. 815-924, 1981.
- \_\_\_\_\_. Causation in Tort Law: an Economic Approach. *The Journal of Legal Studies*, v. 12, n. 1, p. 109-134, jan. 1983.
- \_\_\_\_\_. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987. 329 p.
- LOPES, Miguel M. S. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2000.
- MAGNUS, Ulrich; Causation in German Tort Law. In: SPIER, Jaap. (ed.). *Unification of Tort Law: Causation*. Cambridge: Kluwer Law International, 2000. Principles of European Tort Law, v. 4, European Centre of Tort Law and Insurance Law.
- MAGNUS, Ulrich; MARTIN-CASALS, Miquel. Comparative Conclusions. In: \_\_\_\_\_ (ed.). *Unification of Tort Law: Contributory Negligence*. The Hague: Kluwer Law International, 2004. Principles of European Tort Law, v. 8, European Centre of Tort Law and Insurance Law.
- \_\_\_\_\_. (eds.). *Unification of Tort Law: Contributory Negligence*. The Hague: Kluwer Law International, 2004. Principles of European Tort Law, v. 8, European Centre of Tort Law and Insurance Law.
- MATHIS, Klaus (ed.) *Law and Economics in Europe, Foundations and Applications*. Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship, v. 1, p. 177-205. Dordrecht: Springer, 2014.
- MATTEI, Ugo. *Comparative Law and Economics*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1998.
- MATTEI, Ugo; CAFAGGI, Fabrizio. *Comparative Law and*



- Economics*. In NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, v. 1, p. 346-351. London: Macmillan, 1998.
- MATTEI, Ugo; ANTONIOLLI, Luisa e ROSSATO, Andrea. Comparative Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1, p. 505-538. The History and Methodology of Law and Economics. 1094 p.
- MENDONÇA, Diogo N. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil, o Dano e a sua Quantificação*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- MEZA, David de. Coase Theorem. In NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, v. 1, p. 270-282. London: Macmillan, 1998.
- MICELI, Thomas J. *Economics of the Law; Torts, Contracts, Property and Litigation*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2009.
- MOT, Jef P. B.; CANTA, Anita; GANGAPERSADSING, Vandena. The Learned Hand Formula: The Case of the Netherlands. *Global Jurist Advances*, v. 4, n. 2, article 1, 2004. Available at: <<http://www.bepress.com/gj/advances/vol4/iss2/art1>>.
- NEWMAN, Peter (ed.). *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, v. 1 e 2. London: Macmillan, 1998.
- NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- OGUS, Anthony. Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 48, n. 2, 1999, p. 405-418.
- OWEN, David G. *Products Liability Law*. St Paul: Thomson West, 2005.

- PARDOLESE, Roberto; TASSONE, Bruno. Guido Calabresi on Torts: Italian Courts and the Cheapest Cost Avoider. *Erasmus Law Review*, v. 1, n. 4, 2008.
- PARISI, Francesco. Laudatio: Pietro Trimarchi. *Review of Law and Economics*, v. 3, n. 1, p. 3-9, 2007.
- PASTOR, Santos. Derecho de Daños. In: SPECTOR, Horacio (org.). *Elements of Economic Analysis of Law*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- PAULA, Carolina B. A. *As Excludentes da Responsabilidade Civil Objetiva*. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- PEARSON, Heath. *Origens of Law and Economics: the Economists New Science of Law, 1830-1930*. New York: Cambridge University Press, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.
- PERRY, Stephen R. Cost-Benefit Analysis and the Negligence Standard. *Vanderbilt Law Review*, v. 54, p. 893-899, 2001.
- POSNER, Richard A. A Theory of Negligence. *Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 1, p. 29-96, jan. 1972.
- \_\_\_\_\_. Strict Liability: A Comment. *Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 1, p. 205-221, jan. 1973.
- \_\_\_\_\_. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007. 453 p.
- RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.) *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. ed., p. 826-851. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- ROGERS, W. V. Horton. Unification of Tort Law: Strict Liability, England. In: KOCH, Bernhard A.; KOZIOL, Helmut (eds.). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. Principles of European Tort Law, v. 6, European Centre of Tort Law

- and Insurance Law.
- ROGERS, W. V. Horton. Causation in English Law. In: SPIER, Jaap. (ed.). *Unification of Tort Law: Causation*. Cambridge: Kluwer Law International, 2000. Principles of European Tort Law, v. 4, European Centre of Tort Law and Insurance Law.
- ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo O. *Responsabilidade Civil, Novas Tendências*. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2018.
- ROWLEY, Charles. Law and Economics, Gordon Tullock. Selected Works of Gordon Tullock, v. 9. Indianapolis: Liberty Fund, 2005. 472 p.
- RUBINFELD, Daniel L., The Efficiency of Comparative Negligence. *Journal of Legal Studies*, v. XVI, p. 375-394, jun. 1887.
- SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Translated by Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Translation by Macarena C. Lichterfelde. Madrid: Tecnos, 1991.
- . *The Economic Analysis of Civil Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004.
- SCHÄFER, Hans-Bernd; SCHÖNENBERGER, Andreas. *Strict Liability versus Negligence, an Economic Analysis*. In: WERRO, Franz; PALMER, Vernon V. (eds.). *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, p. 39-65. Durham: Carolina Academic Press, 2004.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil, Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SCHWARTZ, Gary T. *Causation under US Law*. In: SPIER, Jaap. (ed.). *Unification of Tort Law: Causation*. Cambridge: Kluwer Law International, 2000. Principles of

- European Tort Law, v. 4, European Centre of Tort Law and Insurance Law.
- SHARKEY, Catherine M. Modern Tort Law: Preventing Harms, Not Recognizing Wrongs. *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, n. 20-58, 2020.
- SHAVELL, Steven. An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts. *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 3, p. 463-516, jun. 1980.
- . *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.
- . *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- SMITS, Jan M.; HUSA, Jaakko; VALCKE, Catherine; NARCISO, Madalena (eds.) *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2023.
- SPECTOR, Horacio. *Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- SPIER, Jaap. (ed.). *Unification of Tort Law: Causation*. Cambridge: Kluwer Law International, 2000. Principles of European Tort Law, v. 4, European Centre of Tort Law and Insurance Law.
- SPIER, Jaap; HAAZEN, Olav A. *Comparative Conclusions on Causation*. SPIER, Jaap. (ed.). *Unification of Tort Law: Causation*, p. 127-154. Cambridge: Kluwer Law International, 2000. Principles of European Tort Law, v. 4, European Centre of Tort Law and Insurance Law.
- STEPHEN, Frank H. *The Economics of the Law*. Hertfordshire: Harvester Wheatsheaf, 1988.
- TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil Objetiva e Risco, a Teoria do Risco Concorrente*. São Paulo: Editora Método, 2011.
- TEIXEIRA, Sálvio F. (org.). *Comentários ao Novo Código Civil*. 3. ed., v. III, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Dos Atos Jurídicos Lícitos*,

- dos Atos Ilícitos, da Prescrição e da Decadência, da Prova. In: TEIXEIRA, Sálvio F. (org.). Comentários ao Novo Código Civil. 3. ed., v. III, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- THEVENARD, Lucas. *Análise Econômica do Direito na Jurisprudência do STJ*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021. Available at: <https://dej.fgv.br/noticias/analise-economica-do-direito-na-jurisprudencia-do-stj>.
- TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e Responsabilità Oggettiva*. Milan: Dott A. Giuffrè Editore, 1961.
- TULLOCK, Gordon. The Logic of Law. In: ROWLEY, Charles. Law and Economics, Gordon Tullock. Selected Works of Gordon Tullock, v. 9. Indianapolis: Liberty Fund, 2005. 472 p.
- ULEN, Thomas S. A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law. *University of Illinois Law Review*, Illinois Law and Economics Working Papers Series, Working Paper n. LE03-008, 2002. Available at: <https://ssrn.com/abstract=419823>.
- VAN BOOM, Willem. Harmonizing Tort Law: A Comparative Tort Law and Economics Analysis, p. 435-449. In: FAURE, Michael, *Tort Law and Economics*, 2ª ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2009.
- VELJANOVSKI, Cento. *The Economics of Law*. 2ª ed. Londres: The Institute of Economic Affairs, 2006.
- VENTURI, Taís G. P. Breves Notas sobre a Análise Econômica da Responsabilidade Civil. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo O. *Responsabilidade Civil, Novas Tendências*. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2018.
- VICENTE, Dário Moura. *Comparative Law of Obligations*. Cheltenham: Edward Elgar, 2021.
- WARD, Justin. Filling the Gaps: The Value of the Common Law Approach to Gross Negligence and Punitive Damages.

- Journal of Civil Law Studies*, v. 6, n. 1, p. 215-249, 2013.
- WERRO, Franz; PALMER, Vernon V. (ed.). *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2004.
- \_\_\_\_\_. Strict Liability in European Tort Law: an Introduction. In: \_\_\_\_\_ (ed.). *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2004.
- \_\_\_\_\_. Strict Liability in European Tort Law: Synthesis and Survey of the Cases and Results. In: \_\_\_\_\_ (ed.). *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2004.
- WIDMER, Pierre. Comparative Report on Fault as a Basis of Liability and Criterion of Imputation (Attribution). In: \_\_\_\_\_ (ed.) *Unification of Tort Law: Fault*, p. 331-377. The Hague: Kluwer Law International, 2005. Principles of European Tort Law, v. 10, European Centre of Tort Law and Insurance Law.
- \_\_\_\_\_. (ed.). *Unification of Tort Law: Fault*. The Hague: Kluwer Law International, 2005. Principles of European Tort Law, v. 10, European Centre of Tort Law and Insurance Law.
- WRIGHT, Richard W. Actual Causation vs. Probabilistic Linkage: the Bane of Economic Analysis. *The Journal of Legal Studies*, v. 14, n. 2, p. 435-456, jun. 1985.
- \_\_\_\_\_. Hand, Posner, and the Myth of the 'Hand Formula'. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 4, n. 1, p. 145-274, jan. 2003.
- ZIMMERMAN, Reinhard Zimmerman (ed.). *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*. Baden Baden: Nomos, 2003.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Londres: Oxford University Press, 1998.

# A EXTRAFISCALIDADE AMBIENTAL A PARTIR DE ESTUDOS PRECURSORES À NORMA JURÍDICA

Ana Flávia Castilho<sup>1</sup>

Resumo: Trata-se de pesquisa com objetivo geral de apresentar critérios para formulação da norma extrafiscal ambiental nos municípios com a finalidade de propiciar maior eficácia social da norma jurídica, apresentando um conteúdo mínimo essencial ao texto normativo. O objetivo específico é de demonstrar que a aproximação da norma jurídica à realidade socioeconômica e ambiental local pode ser um fator de efetividade da extrafiscalidade ambiental. Considerou como problema o seguinte questionamento: há critérios a serem utilizados na formulação das normas extrafiscais ambientais que possam colaborar com sua eficácia social e como criá-los? A hipótese é que esses critérios são possíveis a partir de estudos precursores ao projeto de lei apresentado para discussão e aprovação ao Poder Legislativo como meio de conhecer o campo de aplicação da norma e adequação aos seus receptores (aos munícipes). O ato participativo dos cidadãos aos estudos prévios à norma jurídica indutora de comportamento, pode ser considerado um incentivo à cidadania e ao fortalecimento democrático na medida em que há uma participação efetiva dos cidadãos tanto na motivação da legislação como na adesão aos incentivos fiscais ambientais de forma voluntária. Como resultado, a pesquisa apontou que a norma jurídica extrafiscal verde que pode apresentar maior efetividade é aquela que ajusta seu texto aos cinco conteúdos compreendidos na pesquisa como essenciais. São eles: (1) fixação de meios de divulgação

---

<sup>1</sup> Doutora em Ciências Jurídicas pela UENP/Jacarezinho PR/Brasil. Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM/Marília SP/Brasil. Pós-graduanda em Gestão Tributária – USP/Esalq/Piracicaba SP/Brasil. Advogada.

da norma; (2) meio pela qual se estimulará o comportamento humano; (3) fixação de meios de ajustamento e assimilação dos propósitos da norma pelos receptores; (4) fixação de adoção de medidas que possam combater possíveis causas de degradação ambiental e (5) monitoramento frequente da emissão de CO<sub>2</sub> regional. A pesquisa se realizou pelo método hipotético-dedutivo e de abordagem qualitativa. Para os testes empíricos foram adotados o método econométrico.

**Palavras-Chave:** Efetividade. Eficácia jurídica. Função promocional do Direito. Incentivos fiscais. Sustentabilidade.

## INTRODUÇÃO

As preocupações com as questões ambientais nasceram com os avanços das ações antrópicas. Tais ações envolvem não somente as atividades necessárias à civilização, mas também, os danos provenientes das atividades econômicas desenfreadas e inconsequentes. Se de um lado, defendeu-se a livre iniciativa econômica e o direito de propriedade, de outro, não se pôde ignorar por muito tempo que a vida humana dependia de um meio ambiente saudável para permanência da espécie.

A revolução industrial ocasionou o movimento acelerado da população rural aos centros urbanos fazendo com que as cidades crescessem de forma desorganizada e de acordo com os conhecimentos urbanísticos da época. Com o desenvolvimento econômico e social, diversas externalidades negativas foram aparecendo, como o aumento inevitável da produção de lixo urbano e industrial, a emissão de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) pelos veículos automotivos e os resíduos industriais descartados no meio ambiente.

Como algumas das consequências das ações humanas que agredem o meio ambiente, têm-se: o aquecimento global, a poluição atmosférica, a destruição da fauna e da flora, as catás-



trofes ambientais e a urgência em manter a Terra um lugar que suporte a manutenção da vida humana.

Com essa perspectiva, a preservação do meio ambiente para essa e às futuras gerações, tornou-se um dever universal, independentemente da área de conhecimento. As Ciências Jurídicas vêm colaborando com o desenvolvimento sustentável e pode colaborar ainda mais, pois o Direito tem um papel de extrema relevância na sociedade – o poder de transformação, seja ele de forma compulsória ou facultativa.

O Direito pertence aos estudos das Ciências Jurídicas e Sociais, sendo um subsistema do sistema social. Considerado uma ciência autônoma e de características peculiares quanto às análises científicas, o Direito por vezes deixou de ser considerado uma ciência em virtude da atuação subjetiva do legislador que parecia expressar sua vontade, assim como foi instrumento autorizador de formas autoritárias de governos.

Com a expansão do positivismo jurídico que atribuía à norma jurídica caráter científico, essencialmente, a pureza do Direito defendida por Hans Kelsen, o Direito ganha mais espaço como objeto de estudo das Ciências Jurídicas, nas quais se consolidam por diversas áreas de atuação na sociedade (direito público e direito privado) e de forma universal, como a positivação interna dos direitos humanos e a adesão aos pactos internacionais por maioria dos países.

Quanto à função do Direito na sociedade, essa deixa de ser somente repressiva e protetora com as perspectivas do pós-positivismo, passando a considerar a função promocional das normas como meio de condução do indivíduo a executar ações positivas ao coletivo, como a recuperação ambiental por meio dos incentivos fiscais (a função dos tributos deixa de ser apenas fiscal, passando a ter uma função extrafiscal). Trata-se de normas não compulsórias e recompensadoras, denominando-se isso de extrafiscalidade.

A extrafiscalidade passou a ser adotada como um meio

de incentivar comportamentos sustentáveis, porém seu caráter não obrigatório, às vezes, prejudica sua efetividade, caso não haja esforço do ente público para divulgá-la e incentivar a sua adesão pelos seus receptores. Pensando nessa ausência de efetividade da norma extrafiscal, essencialmente, nos municípios, é que se passou a considerar as razões da ausência de eficácia e que critérios poderiam ser usados para aumentar o poder de alcance e eficácia da norma indutora de comportamentos.

A partir dessa inquietação e considerando que o protagonismo dos municípios na esfera ambiental parece representar mais possibilidades de efetividade na preservação do meio ambiente, considerou-se formular o presente estudo com o objetivo geral de estabelecer critérios para elaboração das normas extrafiscais nos municípios com finalidades ambientais, apresentando o conteúdo essencial na matéria do projeto legislativo, além de critérios prévios.

O objetivo específico foi de demonstrar que entre esses critérios a aproximação da legislação com a realidade da população receptora e com a situação ambiental do município, poderá dar à norma jurídica extrafiscal uma maior eficácia social. Para alcançar esses objetivos tem-se o seguinte questionamento inicial: existem critérios que podem ser utilizados na formulação da legislação extrafiscal para aumentar as possibilidades de sua eficácia social? Para o problema proposto se apresenta a hipótese de que a adequação da norma jurídica ao seu campo de aplicação e aos seus receptores poderá aumentar a sua efetividade. Essa adequação e aproximação poderá ser feita por estudos precursores à formulação da norma jurídica indutora de comportamentos, ou seja, baseada em estudos científicos ou pesquisas empíricas.

Quanto à metodologia, a pesquisa foi orientada pelo método hipotético-dedutivo, utilizando-se da abordagem qualitativa com objetivos exploratórios. Os testes empíricos realizados foram conduzidos pelo método econométrico e, nos demais es-

tudos sugeridos, foram utilizadas análises de dados constantes em banco de dados públicos.

A inovação que se pretendeu com o desenvolvimento da proposta supracitada (objetivos, problema e hipótese) foi de apresentar ao Direito um dinamismo antecedente a sua concretização formal (processo legislativo) – os estudos precursores – pautando-se a norma jurídica em conhecimentos reais (empíricos) sobre os seus receptores, objetos e campo de aplicação (conhecimentos prévios ou científicos). Para tanto, oportunidades precisam ser criadas pelo administrador público, ou seja, será necessário um interesse político real para que o meio ambiente seja preservado e para que haja um incentivo árduo à colaboração ativa dos cidadãos.

A perspectiva deste trabalho está na participação dos cidadãos nas pesquisas previamente à edição das normas ambientais recompensadoras de seu município e que tenha conhecimento sobre a importância de preservar o meio ambiente equilibrado às futuras gerações, pois a ignorância e a distância que existe entre a norma jurídica e o cidadão parece colaborar com a ausência de sua eficácia social.

## METODOLOGIA

Tratou-se de pesquisa realizada pelo método hipotético-dedutivo com a abordagem mista por possuir parte da investigação qualitativa (revisão bibliográfica) e parte empírica, na qual se adotou o método econométrico.

Estabeleceu-se o problema por meio do seguinte questionamento inicial: quais as razões que levam à falta de eficácia social da norma jurídica extrafiscal sustentável? Os estudos apontaram que a falta de eficácia social da extrafiscalidade ambiental estava intimamente ligada à falta de interesse público em adotá-la e divulgá-la, e a segunda, à criação de normas “deficientes” quanto aos seus propósitos (Castilho, 2018, p. 144). A

“deficiência legislativa” e a “falta de interesse do ente público” passam a ser as variáveis conhecidas às interrogativas.

Respondida à questão acima, outro questionamento surgiu, tornando-se o problema da presente pesquisa: existem critérios que podem ser utilizados na formulação da legislação extrafiscal para aumentar as possibilidades de sua eficácia social? Para este problema deduziu-se a seguinte hipótese: a eficácia social da norma jurídica extrafiscal pode aumentar se houver a “adequação da norma à realidade social” com o planejamento em sua criação e aplicabilidade, bem como sua “edição baseada na ciência” (estudos precursores).

Sob esse contexto, as normas com funções extrafiscais tendem a ter ausência de eficácia social pela falta de planejamento da extensão da letra da lei e falta de interesse público. É com esse raciocínio, que esta pesquisa busca apresentar instrumentos que possam servir dentro do Direito como meio de se obter leis com grau de aplicabilidade e eficácia maior em relação ao sistema de criação da legislação sem os estudos precursores.

Os estudos que foram realizados na presente pesquisa são socioeconômicos com a construção da curva de Kuznets por meio do índice de Gini, tendo como fornecedor de dados três municípios brasileiros. Não foi necessário para o resultado da pesquisa o estudo da percepção ambiental e o estudo dos problemas ambientais específicos para cada município, fundamentando somente a importância destes na complementação dos demais.

O estudo do perfil de cada município – socioeconômico - teve a finalidade de conhecer as perspectivas de alguns municípios para criar critérios básicos sobre como as normas com funções extrafiscais poderão ser editadas com probabilidade de maior efetividade. Os estudos socioeconômicos foram realizados em três cidades com distanciamentos geográficos a fim de evitar que os resultados das análises sejam semelhantes.

Para a escolha dos municípios não se utilizou de ne-

nhuma técnica de amostragem. Isso porque se trata de exemplos e não de amostras, pois a finalidade deles para a pesquisa é apenas de fornecimento de dados para falseamento das hipóteses. Além disso, as suas características independem para os objetivos iniciais, optando-se por terem uma população de quantidade semelhante para não interferir na construção da curva de Kuznets. Para isso, foram utilizados dados de municípios de pequeno porte, sendo de população aproximada entre 40 e 50 mil habitantes.

Foram criadas referências aos municípios, objetos dos levantamentos de dados, anotando o nome, o estado e o código do município no IBGE, conforme o quadro abaixo, bem como a denominação de representação na pesquisa aos respectivos objetos de pesquisa:

Quadro 1. Municípios, Estados, Códigos no IBGE e denominações para representação dos municípios.

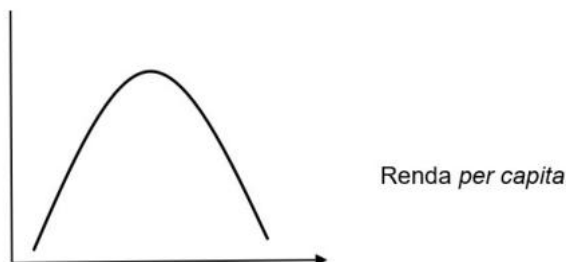
| Município          | Estado/código IBGE | Denominação |
|--------------------|--------------------|-------------|
| Jacarezinho        | PR/4111803         | A           |
| Paraguaçu Paulista | SP/3535507         | B           |
| Paranaíba          | MS/5006309         | C           |

Fonte: a autora.

As informações socioeconômicas dos municípios foram submetidas a uma análise empírica pela construção da Curva Ambiental de Kuznets (CAK), utilizando-se do indicador de desigualdade social o coeficiente de Gini. A curva de Simon Kuznets e sua teoria foi apresentada em 1955 pelo estudo empírico publicado no texto *Economic Growth And Income Inequality* na revista *The American Economic Review*, o qual pode ser representada pelo gráfico abaixo:

Gráfico 1. Curva Ambiental de Kuznets (CAK)

Poluição



Fonte: elaborada pela autora a partir de Kuznets (1955)

A curva de Kuznets aponta, de um lado, a poluição e, de outro, a renda *per capita* em uma linha crescente. Para formar a curva em um desenho de U invertido se tem a seguinte explicação: no estágio inicial do desenvolvimento econômico a degradação ambiental cresce juntamente como se inevitável fosse. Após alcançar um certo nível de bem-estar econômico a população se torna mais sensível e disposta a colaborar e pagar pela melhoria do meio ambiente.

Os dados que alimentaram o gráfico de Kuznets na pesquisa foram os coeficientes de Gini dos municípios entre o ano de 1991, 2001 e 2010 coletados do site do IBGE. Não houve a possibilidade de cálculos mais recentes, pois a fonte de informações de dados se concentra no site do IBGE, que apresenta dados de renda *per capita* para todos os municípios do país do ano de 2010. Porém, os municípios têm condições de calcular seus coeficientes pelo método de Gini ou outro que lhes parecer mais adequado, caso pretendam o estudo pela econometria.

O coeficiente de Gini se apresenta pela seguinte formula:

$$G = \frac{A}{(A+B)}$$

Onde,

A= área de concentração de renda;

B = área acumulada de pessoas

G estará entre 0 e 1.

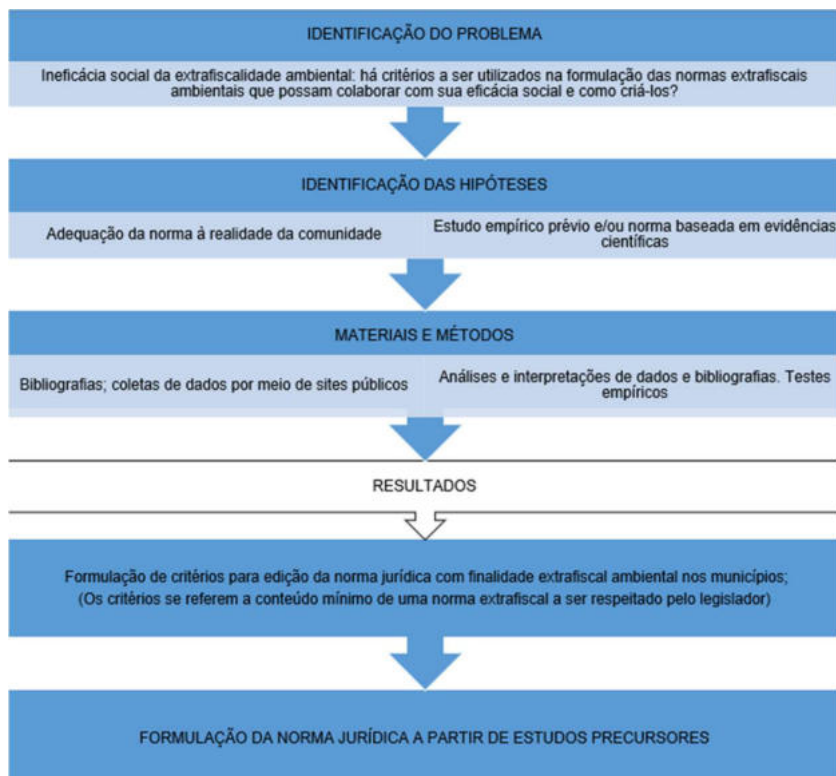
A metodologia da econometria tradicional, segundo Milton Biage (2012b, p. 79-80), utiliza-se da metodologia científica

e está estruturada por uma combinação de procedimentos de análise indutivos e/ou dedutivos, por meio de oito (8) passos:

1. Formulação de teoria ou hipótese;
2. Observação do problema, que caracteriza o levantamento dos dados, por meio de pesquisa de campo ou mediante fontes secundárias de informação;
3. Especificação do modelo matemático da teoria, utilizando uma relação funcional conhecida e, supostamente, considerada apropriada para o estudo do problema;
4. Especificação do modelo econométrico da teoria, que se dá transformando um modelo funcional determinístico (causal) numa relação, contendo um componente de tendência que satisfaça a relação funcional, sobreposta por uma perturbação estocástica (probabilidade);
5. Estimativa dos parâmetros do modelo econométrico;
6. Teste de hipótese;
7. Previsão do resultado;
8. Utilização do modelo para fins de controle ou política.

No caso da pesquisa, parece que estão presentes todos os requisitos apontados por Biage (2012b), podendo ser estipulada a econometria como metodologia para os estudos precursores da extrafiscalidade

Para ilustração, o fluxograma abaixo resume a pesquisa:



## RESULTADO E DISCUSSÃO

Para o estudo, foram trabalhados três municípios, os quais tiveram o papel de fornecer dados reais de seu perfil socioeconômico e do ambiente. Os municípios foram escolhidos aleatoriamente, tendo em vista que suas características independem para os objetivos da pesquisa, exigindo apenas o número de população semelhante, optando-se por municípios de pequeno porte com população aproximada entre 40 e 50 mil habitantes a fim de alimentar o gráfico de Kuznets com dados quantitativamente parecidos.

As denominações dos municípios foram de acordo com



o Estado e código no IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), passando a ser nominados de Município A, Município B e Município C, sendo tais denominações uma alternativa na pesquisa para isentar as identificações diretas do objeto.

Quadro 2. Estados, Códigos no IBGE e denominações para representação dos municípios.

| Estado/código IBGE | Denominação |
|--------------------|-------------|
| PR/4111803         | Município A |
| SP/3535507         | Município B |
| MS/5006309         | Município C |

Fonte: a autora.

Os dados que foram levantados e analisados no estudo socioeconômico são referentes aos indicadores de população, trabalho e rendimento, educação, economia, idade e ambiente, que podem ser representados na maioria deles pelo índice de desenvolvimento social (Gini), exceto a idade, a educação e o ambiente.

Todos esses dados são disponibilizados pelo IBGE e são de consultas públicas pelo site <http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/ibge/censo/cnv/ginibr.def>. Os números de CNPJ cadastrados nos municípios e as características das empresas predominantes foram levantadas pelo site do SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas), disponível em <https://datasebrae.com.br/totaldeempresas/>.

### Município A

Os indicadores sociais do Município A apresentam os seguintes dados no perfil socioeconômico de acordo com o IBGE:

- População e educação:

A população estimada até o ano de 2020 foi de 39.322 mil pessoas, sendo considerada uma cidade com predominância

de pessoas jovens e adolescentes, entre 14 e 29 anos, com índice de idosos de 8,29% apenas. A população censitária urbana é estimada em 34.774 mil habitantes e a população rural em 4.347 mil.

Quanto à educação, a escolarização primária alcança 98,1% das crianças e adolescentes de 6 a 14 anos. No ensino médio, em 2018 havia 1.881 jovens matriculados.

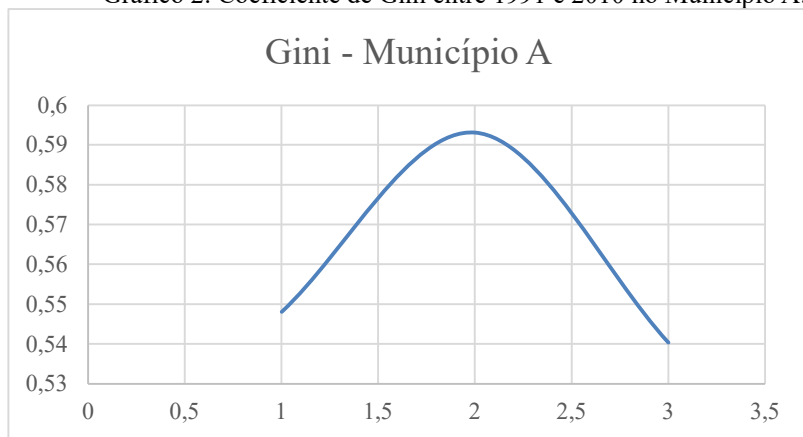
- Índice de Gini:

1991= 0,5481

2001= 0,5931

2010= 0,5404

Gráfico 2. Coeficiente de Gini entre 1991 e 2010 no Município A.



Fonte: elaborado pela autora.

O ambiente urbano é composto por 84,4% de vias públicas arborizadas, com 47,5% de urbanização das vias públicas e 90,3% de esgotamento de sanitários adequados.

Em relação ao número de empresas e portes, são regis-

tradas pelo SEBRAE<sup>2</sup> (2020) o total de 3.974 mil empresas, sendo na maioria microempreendedor individual – MEI (2.210 mil CNPJ), seguido de microempreendedor – ME (1.501 mil CNPJ) e os demais portes são representados por 263 CNPJ.

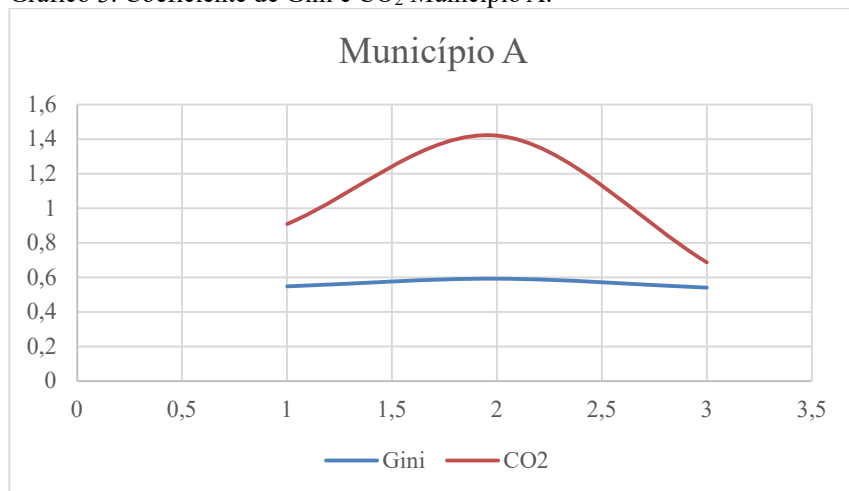
- Curva Ambiental de Kuznets em relação ao índice de Gini

Tabela 1. Coeficiente de Gini e CO<sub>2</sub> Município A

|      | 1990-1991 | 2000-2001 | 2010    |
|------|-----------|-----------|---------|
| Gini | 0,5481    | 0,5931    | 0,5404  |
| CO2  | 0,9088    | 1,42105   | 0,68659 |

Fonte: elaborado pela autora

Gráfico 3. Coeficiente de Gini e CO<sub>2</sub> Município A.



Fonte: elaborado pela autora.

## Município B

Os indicadores sociais do Município B apresentaram os

<sup>2</sup> Dados retirados do site <https://datasebrae.com.br/totaldeempresas/>.

seguintes dados no perfil socioeconômico de acordo com o IBGE:

- População e educação:

A população estimada até o ano de 2020 foi de 45.945 mil pessoas, sendo considerada uma cidade com predominância de pessoas adultas, entre 20 e 34 anos, com índice de idosos de 12,8% da população. A população censitária urbana é estimada em 42.278 mil habitantes e a população rural em 3.964 mil.

Em relação à educação, a escolarização primária alcança 99,4% das crianças e adolescentes de 6 a 14 anos, porém o ensino médio contou com apenas 1551 matrículas em 2018.

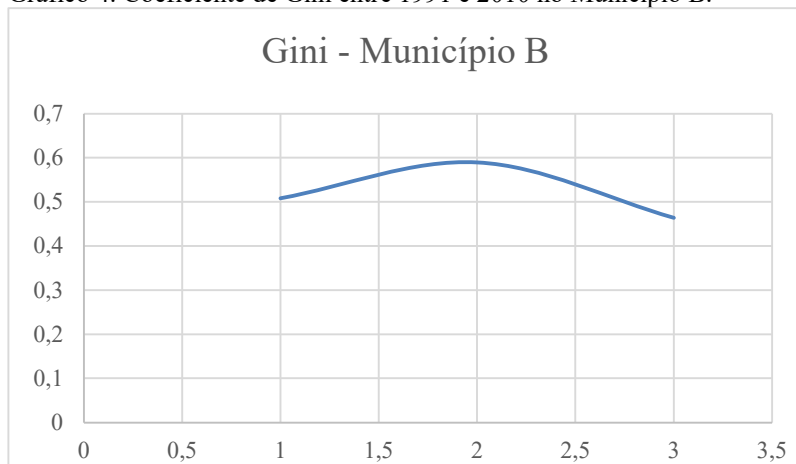
- Índice de Gini:

1991= 0,5081

2001= 0,5899

2010= 0,4641

Gráfico 4. Coeficiente de Gini entre 1991 e 2010 no Município B.



Fonte: elaborado pela autora

O ambiente urbano é composto por uma percentagem maior que o Município A em relação à arborização, sendo 97,6% das vias arborizadas, porém com apenas 5,5% de urbanização das vias públicas. Quanto aos sanitários, atingem a percentagem de 93,5% de esgotamento de sanitários adequados.

Quanto ao número de empresas e portes, foram registradas pelo SEBRAE<sup>3</sup> (2020) o total de 7.018 mil empresas, sendo na maioria representada por empresa de médio e grande porte (2.743 mil CNPJ), seguida pelo microempreendedor individual – MEI (2.420 mil CNPJ), com os demais números representados por microempreendedor – ME e EPP (1.875 mil CNPJ).

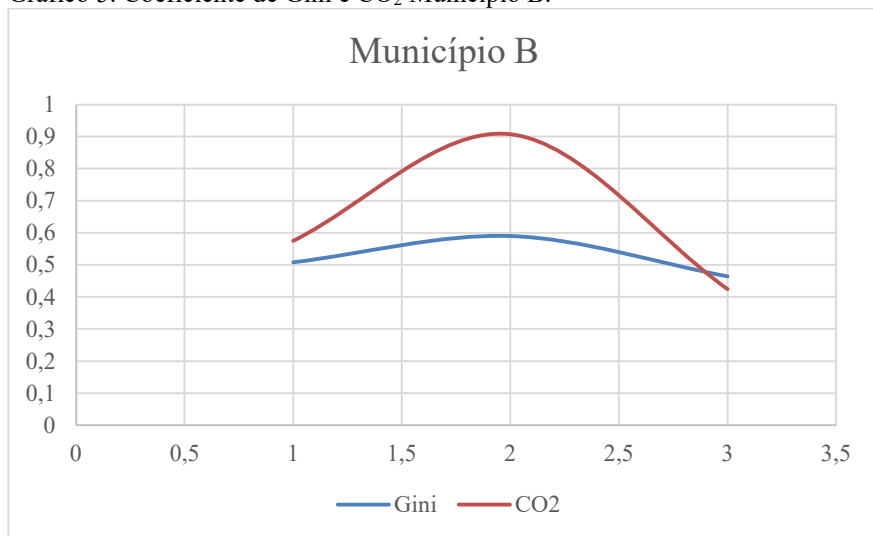
- Curva Ambiental de Kuznets em relação ao índice de Gini

Tabela 2. Coeficiente de Gini e CO<sub>2</sub> Município B.

|      | 1990-1991 | 2000-2001 | 2010     |
|------|-----------|-----------|----------|
| Gini | 0,5081    | 0,5899    | 0,4641   |
| CO2  | 0,575125  | 0,907204  | 0,424732 |

Fonte: elaborado pela autora

<sup>3</sup> Dados retirados do site <https://datasebrae.com.br/totaldeempresas/>.

Gráfico 5. Coeficiente de Gini e CO<sub>2</sub> Município B.

Fonte: elaborado pela autora.

### Município C

Os indicadores sociais do Município C apresentam os seguintes dados no perfil socioeconômico de acordo com o IBGE:

- População e educação:

A população estimada até o ano de 2020 foi de 42.276 mil pessoas, sendo considerada uma cidade com predominância de pessoas jovens, adolescentes, e crianças entre 10 e 29 anos, com índice de idosos de 12,7%. A população censitária urbana é estimada em 35.754 mil habitantes e a população rural em 4.438 mil.

Quanto à educação, a escolarização primária alcança 99,3% das crianças e adolescentes de 6 a 14 anos e no ensino médio havia 1562 jovens matriculados em 2018.

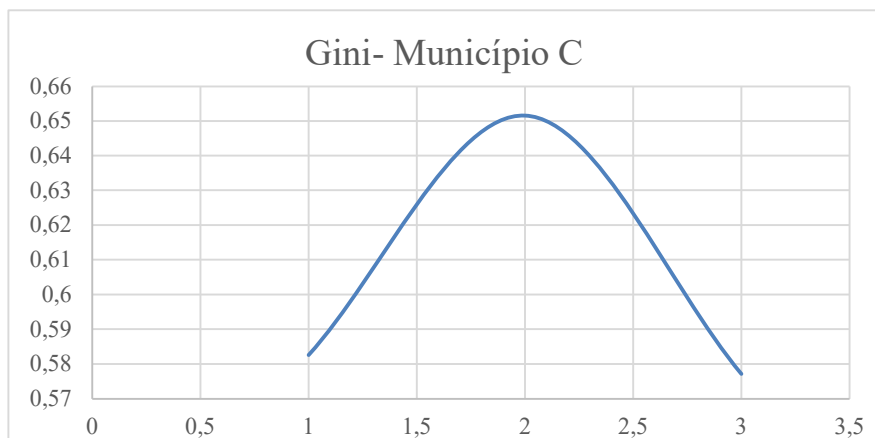
- Índice de Gini:

1991= 0,5826

2001= 0,6516

2010= 0,5772

Gráfico 6. Coeficiente de Gini entre 1991 e 2010 no Município C.



Fonte: elaborado pela autora.

Em relação ao meio ambiente, a arborização das vias públicas corresponde a 94,5% e alcança a percentagem de 7,2% de urbanização das vias públicas. Quanto aos sanitários, atinge apenas a percentagem de 42,2% de esgotamento de sanitários adequados, sendo um número bem abaixo se comparado aos Municípios A e B.

Referente ao número de empresas e portes, o SEBRAE<sup>4</sup> (2020) aponta o total de 4.082 mil empresas, sendo na maioria microempreendedor individual – MEI (1.944 mil CNPJ), seguido de microempreendedor – ME (1.727 mil CNPJ) e os demais portes são representados por 411 CNPJ.

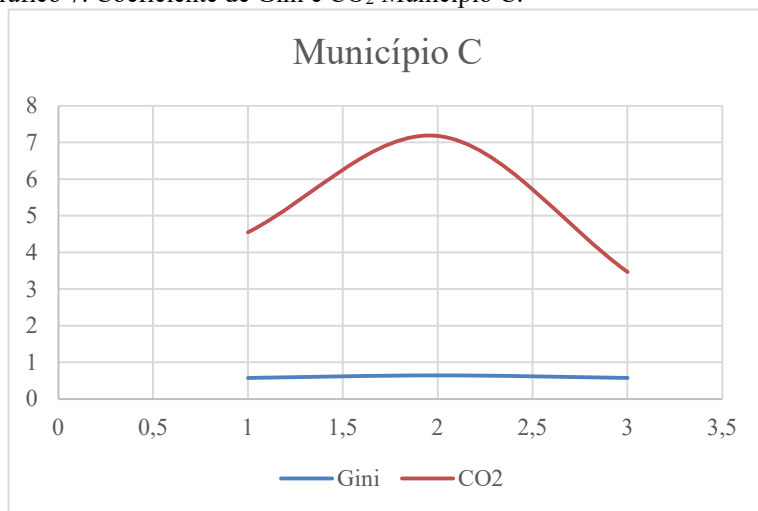
<sup>4</sup> Dados retirados do site <https://datasebrae.com.br/totaldeempresas/>.

- Curva Ambiental de Kuznets em relação ao índice de Gini

Tabela 3. Coeficiente de Gini e CO<sub>2</sub> Município C.

|      | 1990-1991 | 2000-2001 | 2010     |
|------|-----------|-----------|----------|
| Gini | 0,5826    | 0,6516    | 0,5772   |
| CO2  | 4,550046  | 7,177248  | 3,467749 |

Fonte: elaborado pela autora

Gráfico 7. Coeficiente de Gini e CO<sub>2</sub> Município C.

Fonte: elaborado pela autora.

Com as informações acima é possível construir o seguinte quadro de resumo do perfil socioeconômico e ambiente dos municípios:



Quadro 3. Resumo dos indicadores socioeconômicos e ambientais dos Municípios A, B e C

| Município | População | Educação primária (6-14 anos) | Coefficiente de Gini                         | Ambiente                                                                                                             | CO <sub>2</sub>                                 |
|-----------|-----------|-------------------------------|----------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------|
| A         | 39.322    | 98,1%                         | 1991= 0,5481<br>2001= 0,5931<br>2010= 0,5404 | Arborização das vias públicas: 84,4%<br><br>Esgotamento sanitário: 90,3%<br><br>Urbanização das vias públicas: 47,5% | 1991=0,90880<br>2001=1,42105<br>2010=0,68659    |
| B         | 45.945    | 99,4%                         | 1991= 0,5081<br>2001= 0,5899<br>2010= 0,4641 | Arborização das vias públicas: 97,6%<br><br>Esgotamento sanitário: 93,5%<br><br>Urbanização das vias públicas: 5,5%  | 1991=0,575125<br>2001=0,907204<br>2010=0,424732 |
| C         | 42.276    | 99,3%                         | 1991= 0,5826<br>2001= 0,6516<br>2010= 0,5772 | Arborização das vias públicas: 94,5%<br><br>Esgotamento sanitário: 42,2%<br><br>Urbanização das vias públicas: 7,2%  | 1991=4,550046<br>2001=7,177248<br>2010=3,467749 |

Fonte: construído pela autora com dados do IBGE.

O estudo da percepção ambiental é realizado por meio de uma pesquisa empírica utilizada no âmbito acadêmico que pode ser levado à prática antecessora à edição de projetos legislativos com função promocional do Direito. O estudo socioeconômico dos municípios, a curva ambiental de Kuznets – CAK - e o coeficiente de Gini são meios econométricos já existentes e testados em trabalhos científicos para outras finalidades que não seja o embasamento para edição de normas jurídicas.

A curva ambiental de Kuznets criada a partir do coeficiente de Gini e pela quantificação de CO<sub>2</sub> aproximada, não foi observada na literatura pesquisada, podendo ser uma inovação na observação da teoria de Kuznets, uma vez que a tradicional curva de Kuznets considera a frequência *poluição x renda per capita*. Porém, Biage e Almeida (2015) e Sousa *et al* (2017), também, testaram a teoria de Kuznets utilizando o CO<sub>2</sub> *per capita* e outros indicadores em relação a alguns países.

De acordo com os dados do índice de Gini e da emissão aproximada de CO<sub>2</sub> por município estudado, pode-se observar os seguintes resultados:

1º. O índice de Gini apresentou elevação na desigualdade social no ano de 2001 no Município A e C com melhora no coeficiente no ano de 2010. O município C apresentou expressiva elevação do índice de Gini em 2001 em relação ao Município A e B e significativa queda em 2010.

2º. A curva ambiental de Kuznets se comportou de forma sutil quanto à formação de U invertido em todos os Municípios, sendo a formação retromencionada mais aproximada no Município A e C, o que não significou ser o melhor resultado para pesquisa em questão, pois precisaria ser correlacionada com outros estudos.

3º. Ao correlacionar o coeficiente de Gini com a emissão aproximada de CO<sub>2</sub> municipal, a curva am-

biental de Kuznets teve uma aproximação com a curva do coeficiente de Gini no Município B e mais sutilmente o mesmo comportamento no Município A, o que indica uma possível relação entre desenvolvimento econômico, redução da desigualdade social e redução da emissão de CO<sub>2</sub>.

Esses resultados podem ser relacionados com outros indicadores socioeconômicos como a população, educação e ambiente, conforme compilado no Quadro 3:

1º. O Município B que apresentou melhor resultado em relação à CAK e a redução da desigualdade social e redução da emissão de CO<sub>2</sub>, apresenta os seguintes aspectos em relação ao meio ambiente:

- a) maior percentagem de educação primária, 99,4;
- b) melhor índice de Gini no último ano (2010), 0,4641;
- c) maior percentagem de arborização das vias públicas, 97,6%;
- d) maior percentagem de esgotamento sanitário, 93,5%;
- e) menor urbanização das vias públicas, 5,5%;
- f) menor índice de emissão de CO<sub>2</sub> no último ano, 2010.

2º. O Município A que apresentou o segundo melhor resultado em relação à CAK e a redução da desigualdade social e redução da emissão de CO<sub>2</sub>, apresenta os seguintes aspectos em relação ao meio ambiente:

- a) menor percentagem de educação primária, 98,1, em relação ao Município B e C;
- b) melhor índice de Gini no último ano (2010), 0,5404, em relação ao município C e menor em relação ao Município B;
- c) menor percentagem de arborização das vias públicas, 84,4%, em relação ao Município B e C;
- d) maior percentagem de esgotamento sanitário, 90,3%, em relação ao município C e menor em relação ao Município B;
- e) maior urbanização das vias públicas, 47,5%, em relação ao Município B e C;
- f) menor índice de emissão de CO<sub>2</sub> no último ano, 2010, em

relação ao município C e maior em relação ao Município B;.

3º. O Município C apresentou o pior resultado em relação à CAK e a redução da desigualdade social e redução da emissão de CO<sub>2</sub>, apresenta aspectos positivos somente no quesito da arborização das vias públicas, atingindo 94,5%, ficando na frente do Município A e atrás do Município B.

Com os resultados obtidos no estudo socioeconômico em relação à curva ambiental de Kuznets, pode-se considerar que a teoria de Kuznets parece ser positiva quando afirma que o desenvolvimento econômico pode colaborar com a redução da poluição, o que na pesquisa se refere apenas ao CO<sub>2</sub>. Apesar de os gráficos não apontarem uma linha em forma de U invertido com excelência, as curvaturas dos gráficos apontaram para um U invertido de forma sutil.

Por outro lado, se considerar estudos mais recentes a respeito, a teoria de Kuznets não se prolonga no tempo e poderá se tornar um N ao invés de um U invertido. Isso porque, acredita-se que com o avanço do desenvolvimento econômico o grau de poluição poderá cair, porém voltará a subir depois de um determinado tempo.

Biage (2012a), Biage e Almeida (2015), realizaram pesquisas com a curva ambiental de Kuznets com os propósitos de identificar os impactos de diversos indicadores que efetivamente podem influenciar, positivamente ou negativamente a emissão de CO<sub>2</sub> *per capita* e, conseqüentemente definir as características específicas da curva ambiental de Kuznets. Os resultados obtidos nos estudos demonstraram que o crescimento da renda *per capita* constituiu elemento com menor impacto sobre o crescimento da emissão de CO<sub>2</sub> *per capita*, apesar de constatarem uma curva ambiental de Kuznets, na forma de N. Constataram, ainda, que o impacto ambiental cresce em função do desenvolvimento das economias, sendo elas, o desenvolvimento econômico, desenvolvimento social e qualidade de vida.

Voltando-se ao problema da pesquisa, onde se questio-

nou se existem critérios que podem ser utilizados na formulação da legislação extrafiscal para aumentar as possibilidades de sua eficácia social, tem-se a seguinte discussão com base na pesquisa realizada:

A princípio, a resposta seria negativa, haja vista que o processo legislativo segue a lógica da lei autorizadora (no caso do município é a lei orgânica) e os critérios constitucionais. Se a busca da resposta for apenas no campo do Direito não se tem nenhuma novidade além das normas repressivas, protetivas e permissivas. Fora dos muros do Direito, mas não em solo estranho, parece possível pensar além daquilo que as ciências jurídicas já se adaptaram, avançando para o campo das ciências sociais pode não se obter respostas, mas, no mínimo, novas possibilidades. A partir de então, pode-se pensar em uma resposta positiva para a pergunta inicial.

E foi pensando nessas novas possibilidades que foram idealizados os estudos precursores à edição legislativa com o propósito de devolver à sociedade aquilo que os próprios cidadãos ajudaram a formular quando participam das pesquisas direcionadas à matéria ambiental de sua localidade, bem como são componentes das pesquisas socioeconômicas. Muito mais que isso, o envolvimento dos cidadãos nas questões legislativas representam o fortalecimento da democracia e da cidadania.

Sendo a resposta positiva ao questionamento do problema, então pode-se dizer que esses critérios estão nas próprias hipóteses iniciais. Basta verificar se elas constituem uma verdade, ou, ainda, se são testáveis. Volta-se às hipóteses iniciais:

1. A adequação da norma à realidade socioeconômica dos cidadãos pode aumentar a eficácia social da lei.
2. A realização de estudos precursores a norma pode aumentar a eficácia da extrafiscalidade ambiental.

Observa-se que as duas hipóteses, em uma melhor análise, poderão se constituir em apenas uma, pois ambas têm a mesma significação no campo de aplicação: os estudos sociais,

econômicos e ambientais precursores à edição da legislação extrafiscal pode favorecer a eficácia social da norma jurídica.

Desta forma, os critérios que podem ser utilizados na formulação da legislação extrafiscal ambiental serão provenientes dos resultados obtidos nos estudos realizados com a população municipal, sendo o principal e primeiro deles o próprio *estudo precursor*.

Pensar na norma jurídica a partir de estudos científicos ou estudos precursores à letra da lei não se trata de mudar as concepções teóricas das Ciências Jurídicas, principalmente, naquilo que diz respeito às atividades legislativas e à tripartição dos poderes (poder executivo, poder legislativo e poder judiciário). O estudo e análise de problemas na comunidade, do ambiente urbanizado, do meio ambiente e da própria população local são meios de usar os instrumentos da ciência para evoluir o Direito cientificamente.

Para colocar em prática o desenvolvimento sustentável de forma efetiva não basta o uso do poder de legislar dos representantes do povo, mas uma atuação integrada entre o administrativo, o legislativo e os cidadãos. O uso de normas indutoras de comportamentos parece ser um instrumento adequado para essa integração, pois incentiva a participação da comunidade na discussão e resolução de problemas ambientais urbanos locais.

Pesquisando sobre a construção de cidades sustentáveis, Canepa (2007), defendeu a atuação municipal nas questões ambientais como fator fundamental ao desenvolvimento sustentável, destacando, ainda, a necessidade de integração dos cidadãos nas estratégias reguladoras do meio ambiente e o trabalho mútuo da administração pública como ações relevantes para alcançar a participação da população local na proposta de construção de cidades sustentáveis.

Para uma efetiva participação dos atores municipais (administração pública, legislativo e cidadãos), tornam-se pressupostos básicos a “adoção de um processo contínuo de instrução,

informação, pesquisa científica e tecnológica, especialização e ação, em todos os níveis escolares, profissionais e sociais”, enfatiza Canepa (2007, p. 8).

O propósito de estudo por parte do administrativo municipal para discutir e incentivar novas formas de participação cidadã nas questões ambientais e meios de comunicação mais compreensivos entre a administração municipal, o legislativo e a comunidade é uma proposta que parece urgente diante da pouca efetividade dos meios clássicos<sup>5</sup> de intervenção governamental (proteção, repressão e norma gerais de incentivos e benefícios fiscais).

Estudos de indicadores socioeconômicos, sociais e ambientais, foram destacados como de grande relevância por Canepa (2007, p. 9) à orientação de políticas públicas que visam afastar a insustentabilidade ambientais nos municípios, aduzindo que “há de se relevar a importância de adoção de políticas públicas orientadas por indicadores econômicos, sociais e ambientais que reflita de maneira fidedigna as realidades locais”, uma vez que é praticamente impossível, segundo Maricato (2001, p. 71), “pretender administrar bem um território ocupado sem conhecê-lo suficientemente”.

Esta pesquisa não se trata de estudos prévios à formulação de políticas públicas, mas da defesa da proposta de edição de normas extrafiscais ambientais baseada em estudos precursores com a finalidade de conhecimento de problemas e estudos de soluções. Para tanto, os estudos precursores sugeridos são os mesmos indicados por Canepa (2007) às políticas públicas, porém com instrumentos diferentes: indicadores econômicos, sociais e ambientais. Trata-se das seguintes sugestões de estudos

---

<sup>5</sup> “Por meio de uma articulação dos instrumentos disponíveis no nosso ordenamento jurídico com as políticas públicas direcionadas a uma distribuição de competências mais efetiva em nível local e regional, tentar-se-á sugerir atitudes necessárias para que se alcancem as tão desejadas cidades sustentáveis, levando em consideração que temos, antes que enfrentar uma legislação prolixa, excessiva e na maior parte das vezes ineficaz”. (Canepa, 2007, p.8).

prévios à norma:

1º indicador econômico: índice de Gini; (quantificação e caracterização de CNPJ (MEI, ME, EPP e outras)

2º indicadores sociais: população, educação, índice de Gini.

3º indicadores ambientais: estudo da percepção ambiental (medir o conhecimento da população sobre as questões ambientais locais); quantificação de emissão de CO<sub>2</sub> local/estadual/nacional; Curva de Kuznets Ambiental (CKA) (CO<sub>2</sub> local (valor aproximado) x índice de Gini local); percentagem de arborização de vias públicas, esgotamento sanitário e urbanização de vias públicas.

Esta pesquisa realizou o teste da Curva Ambiental de Kuznets (CAK) em três municípios, utilizando-se o Coeficiente de Gini e a quantidade de emissão de CO<sub>2</sub> aproximada emitida por cada localidade. Com os dados obtidos e comparados entre eles foi possível identificar que no município onde a Curva Ambiental de Kuznets (CAK) foi positiva (Município B), os indicadores ambientais, também, foram positivos (reduzidos problemas ambientais urbanos, segundo dados do IBGE) quando comparados aos outros dois municípios.

O contrário foi observado no município em que a Curva Ambiental de Kuznets (CAK) foi negativa (Município C), no qual os indicadores ambientais, também, apresentaram negatividade (problemas ambientais urbanos em maior porcentagem em relação ao demais, segundo dados do IBGE). Em relação ao município que apresentou negatividade moderada na Curva Ambiental de Kuznets (CAK), este apresentou indicadores ambientais desproporcionais, sendo negativos e positivos, demonstrando pouca relação entre a CAK e a desigualdade social.

Pelo estudo realizado com os três municípios, pode-se identificar que o desenvolvimento socioeconômico tem íntima ligação com as questões ambientais. Além dessa constatação, a princípio entende-se que há relevância no estudo precursores



para formar critérios legislativos. Com a CAK, o Coeficiente de Gini e os dados socioeconômicos foi possível construir critérios (sugestões de medidas) de edição de projetos legislativos, conforme segue abaixo:

Quadro 4. Identificação das medidas/incentivos fiscais e/ou políticas nos Municípios A, B e C:

| Município                                                               | Sugestões de medidas                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|-------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| A<br><br>(CAK: reduzido empenho da comunidade para questões ambientais) | <p>Incentivo fiscal por meio do IPTU para:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- melhorar a arborização urbana;</li><li>- estimular a pavimentação sustentável, como utilização de calçamento permeável como <i>pavementos</i> e gramados em residências, indústrias, praças, estacionamentos e calçadas;</li><li>- estimular a construção sustentável;</li></ul> <p>Implementar as políticas econômicas de incentivos aos MEI e comércio local;</p> <p>Implementar as políticas sociais de educação profissionalizantes aos jovens do ensino médio.</p> |
| B<br><br>(CAK: possível empenho da comunidade para questões ambientais) | <p>Incentivo fiscal por meio do IPTU e ISS para:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- incentivo fiscal às empresas pela adoção de medidas sustentáveis efetivamente adotadas;</li><li>- estimular a pavimentação sustentável, como utilização de calçamento permeável como <i>pavementos</i> e gramados em residências, indústrias, praças, estacionamentos e calçadas;</li><li>- estimular a construção sustentável;</li></ul>                                                                                                                         |

|                                                                                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>C</p> <p>(CAK: sem possibilidades de empenho da comunidade para questões ambientais)</p> | <p>Incentivo fiscal por meio do IPTU para:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- melhorar a arborização urbana;</li><li>- estimular a pavimentação sustentável, como utilização de calçamento permeável como <i>pavementos</i> e gramados em residências, indústrias, praças e calçadas;</li><li>- estimular a construção sustentável;</li></ul> <p>Construção de ciclovias;</p> <p>Investimento em tratamento sanitário e políticas de saneamentos básicos;</p> <p>Implementar políticas econômicas de incentivos aos MEI e comércio local;</p> <p>Implementar as políticas sociais de educação profissionalizantes aos jovens do ensino médio.</p> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Fonte: a autora.

Os incentivos fiscais possuem diversos aspectos positivos, conforme foi estudado até o momento, pelo seu caráter promocional dos direitos fundamentais e não repressivo. Porém, não se pode ignorar que as medidas extrafiscais também possuem algumas desvantagens.

Outro ponto a ser observado é que a utilização de estudos precursores pode ter aspectos negativos para o ente que adotar a ideia, uma vez que iria se utilizar de pessoal especializado às vezes, além de ampliação de setores para desenvolvimento das pesquisas. A criação de um órgão específico geraria custos ao município e sua criação deveria estar na lei orgânica do município.

As vantagens e desvantagens de utilizar as medidas econômicas foram listadas por Moura (2016, p. 115) e, neste caso, adaptadas para as medidas extrafiscais que podem ser adotadas pelo governo, independentemente da esfera de competência

(municipal, estadual ou federal), da seguinte forma:

Quadro 5 – vantagens e desvantagens dos incentivos fiscais sustentáveis

| Vantagens                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Desvantagens                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Exemplos                                                                                                                                                                       |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"><li>• flexibilidade;</li><li>• liberdade de escolha para os agentes econômicos;</li><li>• estímulos à inovação;</li><li>• capacidade de incentivo dinâmico – contínuo e progressivo;</li><li>• menores custos de implementação;</li><li>• possibilidade de arrecadar recursos.</li></ul> | <ul style="list-style-type: none"><li>• podem ser de mais difícil aprovação pelo Legislativo;</li><li>• alguns geram resistência dos agentes afetados por implicarem custos, e não oportunidades;</li><li>• em alguns casos, podem ser mais difíceis de operacionalizar por envolverem distintas áreas do governo (econômica e ambiental);</li><li>• necessitam de avaliações e adaptações periódicas.</li></ul> | <ul style="list-style-type: none"><li>• taxas;</li><li>• subsídios;</li><li>• impostos (ICMS Ecológico, IPTU verde);</li><li>• cobrança do uso de recursos naturais;</li></ul> |

Fonte: Moura (2016, p. 115). Adaptado pela autora.

Como estudado, existem critérios antecessores ao processo legislativo que podem provocar um efeito de maior eficácia social da norma extrafiscal. Esses critérios são resultados dos estudos precursores que irão apontar problemas e medidas que poderão colaborar com as soluções de problemas ambientais urbanos e na preservação e recuperação do meio ambiente.

Sobre os objetivos iniciais, resta especificar a proposta principal de estabelecer um conteúdo mínimo na norma com função extrafiscal dentro dos parâmetros constitucionais e legislativos, conforme a pesquisa, análise e discussão desenvolvida até aqui e isso será feito nas considerações finais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito da pesquisa de apresentar novas possibilidades de motivação e construção da legislação com função extrafiscal ambiental foi pensando na busca da efetividade da norma jurídica indutora de comportamentos. Para o problema de ausência de eficácia social da extrafiscalidade ambiental nos municípios, discutiu-se a hipótese de serem os estudos sociais, econômicos e ambientais precursores ao projeto legislativo, uma forma de colaborar com a efetividade dos objetivos da letra da norma.

Estudou-se a viabilidade de inserir em um momento prévio da legislação extrafiscal ambiental pesquisas empíricas com a finalidade de conhecer o campo de aplicação da norma e os mecanismos de sua criação. A ideia possibilita uma interação entre o poder executivo, o poder legislativo e os cidadãos. Durante a pesquisa, as sugestões de estudos foram da percepção ambiental da população, o teste da Curva Ambiental de Kuznets e o estudo do perfil socioeconômico.

Os estudos possuem finalidades de encontrar dados que colaboram com a matéria a ser inserida na norma, encontrando os meios que parecem ser mais oportunos para aquela comunidade em questão e com solução para problemas ambientais específicos.

Cada estudo busca um fim, sendo o estudo da percepção ambiental para conhecimento da comunidade, dos problemas ambientais, de meios de divulgação dos incentivos fiscais sustentáveis e da visão dos municípios sobre as políticas públicas sustentáveis. Já a construção do teste da Curva Ambiental de Kuznets (CAK) busca medir o nível de empenho da população às questões ambientais e em qual estágio os municípios se encontram relativas às questões da poluição urbana, podendo ser um estágio mais ou menos colaborativo. E por finalmente, as análises

ses dos dados socioeconômicos servem para dar subsídios as demais pesquisas, bem como direcionar quais ações são necessárias para manutenção de medidas sustentáveis ou criação de novas medidas.

Quando se propõe um conteúdo mínimo à formulação de um projeto de lei não quer dizer que irá fixar matéria ao texto normativo, mas trata-se de uma sugestão de adicionar no projeto de lei aquilo que foi identificado como essencial nos estudos prévios.

Ao tratar da finalidade do estudo precursor à formulação do projeto de lei municipal extrafiscal foram listados os seguintes fatores a serem encontrados por meio de pesquisas prévias: (a) meio de divulgação da norma; (b) meio pela qual se estimulará o comportamento humano; (c) meios de ajustamento e assimilação dos propósitos da norma pelos receptores; (d) adoção de medidas que possam combater possíveis causas de degradação ambiental; (e) obrigatoriedade de monitoramento de CO<sub>2</sub> regional.

Esses cinco pontos devem ser observados tanto para escolher qual estudo prévio será realizado, bem como para formular a letra da lei. Esses cinco temas seriam o conteúdo mínimo da proposta legislativa. Para tanto, a sugestão de estudo para formular a matéria para os cinco temas apontados foram os seguintes:

- Meio de divulgação da norma: por meio do estudo da percepção ambiental, podendo ser utilizados os mecanismos da tecnologia para pesquisa, como uso de aplicativos para celulares e redes sociais.
- Meio pelo qual se estimulará o comportamento humano: o estudo da percepção ambiental que apontará possíveis problemas ambientais e conhecimento da comunidade às questões ambientais. A CAK, também poderá ser um instrumento para apontar o nível de engajamento às questões ambientais na localidade. Porém, neste caso cabe a

análise prévia orçamentária do município, pois os incentivos fiscais dependem de compensações de receitas.

- Meios de ajustamento e assimilação dos propósitos da norma pelos receptores: envolve conhecer a comunidade sob todos os aspectos – social, econômico e cultural. Pode-se usar a pesquisa da percepção ambiental, socioeconômica e a CAK. O meio de divulgação e tipo de indutor de comportamento deverá ser compatível com os ajustamentos e assimilações dos propósitos da norma jurídica com função extrafiscal.
- Adoção de medidas que possam combater possíveis causas de degradação ambiental: medidas preventivas devem conter em qualquer norma com finalidade de preservação do meio ambiente. Elas podem ser sugeridas pelos próprios munícipes por meio do estudo da percepção ambiental. O estudo da percepção ambiental poderá colaborar com a identificação de possíveis danos ambientais locais e sugerir soluções que podem ser abordadas na formulação do projeto de lei.
- Obrigatoriedade de monitoramento de CO<sub>2</sub> regional: a regular medida de concentração de dióxido de carbono pode ser feita por um aparelho simples denominado de Medidor de CO<sub>2</sub>. Esse aparelho não demanda conhecimentos técnicos específicos complexos e não tem grande custo ao município, sendo a média de preço aproximadamente de R\$ 2 mil (dois mil reais)<sup>6</sup>. A monitoração frequente da emissão de dióxido de carbono de forma regionalizada tem por objetivo criar parâmetros de quais medidas podem ser adotadas, assim como se torna possível acompanhar os resultados das políticas públicas ambien-

---

<sup>6</sup> Valor aproximado do Medidor de CO<sub>2</sub> Com Termo-Higrômetro - AK786 + Certificado de Calibração Rastreável na loja virtual da AKSO. Verificar em: <https://loja.akso.com.br>.

tais adotadas. A cooperação intermunicipal poderá ser solicitada entre os governos locais caso o foco de poluição do ar seja em território de competência de outros municípios.

Destaca-se que a proposta da pesquisa não invade a esfera legislativa de nenhuma competência, bem como não indica caráter obrigatório em nenhuma delas, sugerindo que tanto os estudos precursores, como a adoção de conteúdos mínimos, sejam atribuídos em caráter facultativo e de ações voluntárias, sendo, portanto, todas as ações com o apoio do ente público municipal.

A pesquisa sobre a eficácia das normas jurídicas, ainda, precisa de estudos que tragam mais sugestões de ações que possam melhorar a efetividade das normas indutoras de comportamento em prol de benefícios coletivos, como os incentivos à sustentabilidade. O Direito como instrumento de transformação social pode encontrar na interdisciplinaridade com outras ciências inspirações que possam trazer à sua função promocional um maior protagonismo social.

Pensar na norma jurídica com respaldo científico não se trata de diminuição da autonomia do Direito ou ofensas às normas constitucionais, haja vista que se trata de normas voluntárias com função promocional com estudos prévios que não alteram o processo legislativo tradicional, sendo que o planejamento de ações é apenas uma estratégia em busca da efetividade da intenção do legislador e de direitos fundamentais.

A proposta de estudos prévios com os receptores da norma jurídica a ser elaborada e a obtenção de colaboração destes para formular os critérios sugeridos nesta pesquisa podem ser atos de incentivos ao exercício da cidadania com participação efetiva na construção da motivação do legislativo e do fortalecimento da democracia.



## REFERÊNCIAS

- Biage, Milton. Almeida, Helberte João. Desenvolvimento e impacto ambiental: uma análise da curva ambiental de Kuznets. *Revista Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 45, nº 3, dez. 2015. Disponível em: <https://ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/view/1518>. Acesso em: 01 de julho de 2021.
- Biage, Milton. Relação entre crescimento econômico e impactos ambientais - uma análise da curva ambiental de Kuznets. *Revista Economia Ensaios*, Uberlândia (MG), 27 (1), p. 7-42, Jul./Dez. 2012a.
- Biage, Milton. Estatística econômica e introdução à econometria. Florianópolis: Departamento de Ciências Econômicas/UFSC, 2012b.
- Canepa, Carla. Cidades sustentáveis: o município como *locus* da sustentabilidade. São Paulo: RCS Editora, 2007.
- Castilho, Ana Flávia de Andrade Nogueira. A extrafiscalidade ambiental como instrumento ao desenvolvimento sustentável nos municípios. 2018. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2018, p. 144.
- Maricato, Ermínia. Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.
- Moura, Adriana Maria Magalhães de. Aplicação dos instrumentos de política ambiental no Brasil: avanços e desafios. Brasília, IPEA, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9268>. Acesso em: 19 de outubro de 2021.



- Souza, Luciana Cristina Romeu. Souza, David Silva Pereira. Nascimento, Ricardo Bruno. Curva ambiental de Kuznets: uma análise macroeconômica entre crescimento econômico e impacto ambiental de 2005 a 2010. *Rev. gest. sust. ambient.*, Florianópolis, v. 5, n. 2, p. 227-246, out. 2016/mar. 2017. Disponível em: [http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/gestao\\_ambiental/article/view/3329#:~:text=O%20pre-sente%20es-tudo%20tem%20o,vari%C3%A1veis%20explicat%C3%B3rias%20o%20PIB%20per](http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/gestao_ambiental/article/view/3329#:~:text=O%20pre-sente%20es-tudo%20tem%20o,vari%C3%A1veis%20explicat%C3%B3rias%20o%20PIB%20per). Acesso em: 21 de junho de 2021.
- Kuznets, Simon. Economic Growth And Income Inequality. *The American economic review*. Vol. XLV, nº 1, March, 1955.



# TOURADAS PORTUGUESAS NA BERLINDA: OS (DES)CAMINHOS PARA A SUA INCLUSÃO NA LISTA DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL DA HUMANIDADE

Heron Gordilho\*

Resumo: Este artigo analisa a evolução jurídica dos espetáculos tauromáquicos em Portugal, especialmente as touradas de morte, a tourada à corda e a capeia arraiana. A pesquisa utilizou o método jurídico histórico evolutivo e, como técnica de pesquisa, a análise bibliográfica e documental, através da consulta a livros, sites de jornais, diários oficiais, periódicos científicos, leis e jurisprudência sobre o tema. A pesquisa tem o objetivo de identificar se existem fundamentos jurídicos para que esses rituais festivos sejam incluídos na lista do patrimônio mundial da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), à luz da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (CSPCI/2003). O artigo conclui que os espetáculos tauromáquicos portugueses provocam a indignação e os protestos de diversos setores da sociedade pela violência utilizada contra animais indefesos, comprometendo o principal objetivo da Convenção que é promover as práticas culturais compatíveis com os instrumentos internacionais de direitos humanos, com o direito sustentável e com o respeito mútuo entre as comunidades, grupos e indivíduos. Desse modo, a inclusão desses espetáculos na lista do patrimônio cultural imaterial da humanidade significará um desgaste político para a UNESCO, e consequentemente para a

---

\* Doutor em Direito pela UFPE. Estudos pós-doutorais na Pace University/USA e na École des Hautes Études en Sciences Sociales/FR. Professor do PPGD/UFBA e do PPGD/UCSAL. Promotor de Justiça de Urbanismo e Meio Ambiente da comarca de Salvador - Ministério Público do Estado da Bahia. Brasil. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8485-3729>. E-mail: [heron@ufba.br](mailto:heron@ufba.br)

Organização das Nações Unidas.

Palavras-Chave: Direito ambiental internacional; Direito do Patrimônio Cultural; Direito Animal; Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial; Touradas portuguesas.

## PORTUGUESE BULLFIGHTS ON THE HOT SEAT: THE DETOUR TO ITS INCLUSION ON THE LIST OF INTANGIBLE CULTURAL HERITAGE OF HUMANITY

**Abstract:** This paper analyzes the legal evolution of bullfighting shows in Portugal, especially bullfights of death, bullfights on a rope and capeia arraiana. The research used the historical evolutionary legal method and, as a research technique, the bibliographic and documental analysis, through the consultation of books, newspaper sites, official journals, scientific journals, laws and jurisprudence on the subject. The research aims to identify whether there are legal grounds for these festive rituals to be included in the world heritage list of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), in light of the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (CSPCI/2003). The article concludes that Portuguese bullfighting shows provoke indignation and protests from various sectors of society due to the violence used against defenseless animals, compromising the main objective of the Convention which is to promote cultural practices compatible with international human rights instruments, sustainable law and mutual respect among communities, groups and individuals. Thus, the inclusion of these shows in the list of the intangible cultural heritage of humanity will mean political weariness for UNESCO, and consequently for the United Nations.

**Keywords:** International Environmental Law; Cultural Heritage

Law; Animal Law; Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage; Portuguese Bullfights.

Sumário: 1. Introdução - 2. A proteção do patrimônio cultural imaterial: um novo olhar sobre os bens culturais - 3. Origens históricas dos espetáculos tauromáquicos em Portugal- 4. Os paradoxos da proteção dos animais no Direito português - 5. Estariam os espetáculos tauromáquicos habilitados a ser incluídos na lista da UNESCO do patrimônio cultural imaterial da humanidade? - 6. Conclusão - 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende oferecer uma análise da evolução jurídica dos espetáculos tauromáquicos em Portugal, examinado a conformidade dessa tradição cultural com a Convenção para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial, documento de *hard law* aprovado em 17 de outubro de 2003 pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) e ratificado pelo governo português em 2009.

A pesquisa será feita através do método jurídico de abordagem histórico-evolutivo, visando identificar o conjunto de circunstâncias que ensejaram a edição das normas que regulam os espetáculos tauromáquicos, as normas que regulam a proteção patrimônio cultural e as suas intersecções.

A técnica de pesquisa utilizada será bibliográfica e documental, através da consulta a livros, sites, artigos de jornais, trabalhos acadêmicos, diários oficiais, periódicos científicos, leis e jurisprudência sobre o tema.

Inicialmente, o artigo irá analisar a evolução jurídica da proteção do patrimônio cultural português em sua mútua relação de complementariedade com as normas de direito internacional, identificando como a inicial proteção do patrimônio cultural

evoluiu de uma perspectiva objetiva de proteção da natureza ou bens móveis e imóveis monumentais para a perspectiva subjetiva de valorização dos bens intangíveis inscritos nas expressões culturais e nas diferentes tradições populares de Portugal.

A pesquisa irá também analisar a evolução histórica dos espetáculos tauromáquicos em Portugal, desde os seus primeiros registros pela civilização egípcia até a sua introdução na península ibérica pelos romanos, com especial destaque para a Capeia Arraiana e a Tourada à Corda, respectivamente reconhecidos como patrimônio nacional e regional, contrapondo esse rituais festivos com as atuais normas de proteção animal.

Em seguida, a pesquisa vai analisar o paradoxo que existe na lei de proteção animal portuguesa, uma vez que ao mesmo tempo em que ela proíbe todo tipo de maltrato aos animais, os espetáculos tauromáquicos continuam provocando severos danos ao bem jurídico que ela visa proteger.

Por fim, o artigo irá analisar a possibilidade desses espetáculos tauromáquicos, especialmente a tourada à corda e a capeia arraiana, serem admitidos na lista do patrimônio cultural imaterial da humanidade, nos termos previstos na Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial.

## 2. A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL: UM NOVO OLHAR SOBRE OS BENS CULTURAIS

Em Portugal, a primeira lei de proteção do patrimônio cultural foi um decreto editado em 1901, ainda no período monárquico, visando proteger os bens móveis de valor histórico e os bens imóveis considerados monumentos nacionais<sup>1</sup>.

Com o advento da República, o Decretos de 22 de no-

---

<sup>1</sup>CORREIA, Fernando e AZEVEDO, Bernardo. *O regime jurídico de proteção e valorização do patrimônio cultural em Portugal. El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. 2017, p.93.

vembro de 1910 e o Decreto de 26 de Maio de 1911 passaram a proteger os bens imóveis que embora não fossem considerados monumentos nacionais, possuíam significativo valor artístico ou histórico<sup>2</sup>.

Não obstante, as bases da atual política e regime de proteção e valorização do património cultural português foram estabelecidas pela Lei nº107/2001(LPC/2001), que substituiu a Lei nº13/1985, e passou a considerar como património cultural imaterial uma nova realidade de importância fundamental na compreensão, permanência e construção da identidade e democratização da cultura portuguesa<sup>3</sup>.

Com a necessidade de uma regulação transversal por uma disciplina comum do património histórico, esta lei acabou por conceder uma relativa autonomia aos bens culturais, que passaram então a ser classificados em sua consistência como bens materiais ou imateriais<sup>4</sup>.

O artigo 2º, incisos 1,4 e 6 da LPC/2001 definiu o património cultural como os bens materiais e imateriais que, juntamente com os seus respectivos contextos interpretativos e informativos, possuem valor de civilização ou cultura, e representam um interesse relevante por constituírem parcela estruturante da identidade e memória coletiva de Portugal<sup>5</sup>.

O artigo 91, nº1 desta lei vai incluir expressamente no âmbito do seu regime de proteção, as realidades que não têm suporte em bens móveis ou imóveis, mas representam um testemunho etnográfico ou antropológico de civilização ou cultura<sup>6</sup>.

Assim, a LPC/2001 estabeleceu a necessidade de manter

---

<sup>2</sup>ibid.

<sup>3</sup> PORTUGAL, Lei n.107. *Diário de República Eletrónico*. 8 de setembro de 2001. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/107-2001-629790>

<sup>4</sup> CORREIA, Fernando e AZEVEDO, Bernardo. *O regime jurídico de proteção e valorização do património cultural em Portugal. El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. 2017, p.98.

<sup>5</sup> PORTUGAL, Lei n.107. *Diário de República Eletrónico*. 8 de setembro de 2001. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/107-2001-629790>

<sup>6</sup> Ibid.

vivas as realidades imateriais, como as expressões orais de transmissão cultural representadas pelas técnicas tradicionais de construção e fabrico de utensílios e os modos de preparar alimentos, por meio de incentivos aos “detentores” e “transmissores” deste conhecimento e pela preservação de seus elementos em registros gráficos, sonoros, audiovisuais ou outros meios de valorização cultural<sup>7</sup>.

Em 2003, todavia, a UNESCO, agência especializada da ONU para a paz e segurança no mundo através da educação, ciências naturais, ciências sociais/humanas e comunicações/informação, celebrou o mais importante documento internacional sobre o patrimônio cultural imaterial: a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial (CSPCI/2003)<sup>8</sup>.

Trata-se de um documento de *hard law* que reconhece o patrimônio cultural imaterial como um elemento gerador de diversidade cultural e desenvolvimento sustentável, fundamental para as comunidades na produção e salvaguarda de sua identidade.

O artigo 2º da CSPCI/2003 definiu o patrimônio cultural imaterial como "as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas que, juntamente com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados, as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural<sup>9</sup>.

Diferentemente do patrimônio cultural material móvel, imóvel ou natural, o patrimônio cultural imaterial é um bem jurídico que se revela nas atividades espirituais transmitidas de geração em geração, as quais são constantemente recriadas pelas

---

<sup>7</sup> ALVARENGA, Daniel. *A salvaguarda do patrimônio cultural imaterial: uma perspectiva comparada entre Portugal e Brasil*. Dissertação de mestrado em Direito da Universidade Autónoma de Lisboa. 2019, p.68.

<sup>8</sup> UNESCO. *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial*., 17 de outubro de 2003. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132540\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132540_por)

<sup>9</sup> Ibid.



comunidades e grupos em função do ambiente, das interações com a natureza e da sua própria história<sup>10</sup>.

Para regulamentar a proteção do patrimônio cultural imaterial português, o governo português editou o Decreto-Lei nº139/2009(DLPCI/2009), posteriormente alterado pelo Decreto-Lei nº149/2015, criando um regime jurídico de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial em harmonia com a LPC/2001 e com a CSPCI/2003, reconhecendo a importância do patrimônio cultural imaterial na consolidação de identidades coletivas de âmbito local, regional ou nacional e propiciando um espaço de diálogo, conhecimento e compreensão mútua entre essas diferentes formas de expressão cultural<sup>11</sup>.

Nos termos do art.2º, nº2 da CSPCI/2003 c/c o art.1º, nº2 do DLPCI/2009, cinco são os domínios do patrimônio cultural imaterial português: a) as tradições e expressões orais, incluindo o idioma como veículo do patrimônio cultural imaterial; b) as expressões artísticas; c) as práticas sociais, rituais e atos festivos; d) os conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo e e) as técnicas artesanais tradicionais.

Esse patrimônio cultural imaterial pode ser dividido em três grupos: a) os gêneros da literatura oral tradicional, como os cancioneiros, romanceiros, contos populares, paremiologia, rezas, ensalmos etc; b) as expressões e manifestações ligadas a suportes físicos (lugares de memória) ou a referenciais histórico-religiosos, tais como rituais festivos, crenças do sobrenatural, lendas e mitos, histórias de vida e c) as manifestações culturais

---

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> PORTUGAL. Decreto-Lei nº139. *Diário da República Eletrónico*. 15 de julho de 2009: art1º n2: "...as manifestações culturais expressas em práticas, representações, conhecimentos e aptidões, de caráter tradicional, independentemente da sua origem popular ou erudita, que as comunidades, os grupos e os indivíduos reconheçam como fazendo parte integrante do seu patrimônio cultural, e que, sendo transmitidas de geração em geração, são constantemente recriadas pelas comunidades e grupos em função do seu meio, da sua interação com a natureza e da sua história, inculcando-lhes um sentimento de identidade coletiva". Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/139-2009-494544>.

em permanente atualização e ressignificação em seus trajes, danças, jogos tradicionais, romarias, gastronomia, artesanato, etc.<sup>12</sup>.

Além disso, ao cumprir a obrigação primacial exigida pelo art.12.º da CSPCI/2003, o Decreto-Lei n.º 139/2009A, através das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 149/2015 e pela Portaria n.º 196/2010, instituiu e operacionalizou o Inventário Nacional do Património Cultural Imaterial (INPCI), para o registro do património cultural imaterial nacional.

Não obstante, o único espetáculo tauromáquico reconhecido como património cultural imaterial nacional registrado no INPCI é a Capeia Arraiana, cuja inscrição que ocorreu em 2011, a partir de proposta apresentada pelo Município do Sabugal em favor das onze freguesias que cumpriam os requisitos de considerar o evento uma manifestação continuada integrante de sua identidade e património cultural transmitido de geração em geração<sup>13</sup>.

A capeia arraiana é uma manifestação tauromáquica popular realizada em onze freguesias do Município de Sabugal, e que se caracteriza pelo fato do combate ocorrer de forma coletiva e com a utilização do forcão, um objeto tradicional de madeira que é erguido por cerca de trinta homens para proteção das investidas dos touros<sup>14</sup>.

### 3. ORIGENS HISTÓRICAS DOS ESPETÁCULOS TAUROMÁQUICOS EM PORTUGAL

Os espetáculos tauromáquicos são eventos que promovem o combate entre homens e touros, uma prática que remonta

---

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> PAULA, Tomás Inácio de. A importância das manifestações culturais para a sustentabilidade dos territórios. Capeia Arraiana: um produto turístico. *Dissertação de Mestrado no Politécnico de Leiria. Escola Superior de Turismo e Tecnologia do Mar*. Peniche. 2017, p.43-48.

<sup>14</sup> PUCARIÇO, Filipa Matos Novo. *Estudo de impacto socioeconómico da capeia arraiana*. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Medicina Veterinária - Universidade de Lisboa, 2015, p.17

à pré-história, como demonstram as manifestações de arte rupestre do paleolítico superior encontradas em Vila Nova na Foz-Côa em Portugal e nas grutas de Lascaux em França<sup>15</sup>.

No Egito Antigo, por exemplo, o touro já aparecia com frequência na escrita hieroglífica e na iconografia, simbolizando a masculinidade e a virilidade, como o touro sagrado Ápis, que era associado aos deuses Ptah e Osiris; ou o touro Meruer, que era associado ao deus Rá; ou mesmo o touro Bukhis, que era associado aos deuses Montu e Rá<sup>16</sup>.

Nesta civilização, a corrida de touros era denominada *Hebsed* e ocorria na cidade de Mênfis, no dia em que o Faraó completava 30 anos de reinado, e o Faraó deveria demonstrar sua força física durante o ritual cruento vencendo o touro para ter o seu poder renovado<sup>17</sup>.

Nesta tradição, o poder real costuma associar o touro à fertilidade e à potência sexual reprodutora, e um exemplo disso é a exibição da cauda taurina como um dos primeiros, e mais duráveis, símbolos reais,<sup>18</sup> como na Paleta dos Touros, onde é possível ver um touro derrubando um homem, uma cena que provavelmente representa a vitória militar das populações do Delta<sup>19</sup>.

Na mitologia grega, porém, a tauromaquia vai estar pre-

---

<sup>15</sup>Ibidem, p.31.

<sup>16</sup>CAMACHO, João Carlos Orta. *Expressões de medo no antigo Egito*. Dissertação de Mestrado em História Antiga da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa. 2014, p.46. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/29925/1/ulfl236822\\_tm.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/29925/1/ulfl236822_tm.pdf)

<sup>17</sup>DENISKI, Bruno Luiz. *O touro de Ápis e sua importância para a sociedade Egípcia*. Museus Egípcio e Rosacruz & Museu Tutakamon. 2021. Disponível em: <http://museuegipcioerosacruz.org.br/o-touro-apis-e-sua-importancia-para-a-sociedade-egipcia/#:~:text=Considerado%20como%20o%20deus%20da,%E2%80%9C%20chamada%20de%20Heb%2Dsed>

<sup>18</sup>CAMACHO, João Carlos Orta. *Expressões de medo no antigo Egito*. Dissertação de Mestrado em História Antiga da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa. 2014, p.46. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/29925/1/ulfl236822\\_tm.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/29925/1/ulfl236822_tm.pdf)

<sup>19</sup>Ibidem, p.33.

sente na figura do Minotauro, representado por uma criatura com cabeça de touro e corpo de homem que habitava o centro de um labirinto na ilha de Creta. Nesta ilha, a civilização Minóica vai desenvolver uma espécie de espetáculo taurino que consiste em um conjunto de acrobacias feitas por jovens atletas que saltam por cima dos touros em uma arena pública,<sup>20</sup> uma tradição muito semelhante às touradas camarguense e landense que ocorrem no sul da França<sup>21</sup>.

No entanto, foi o Império Romano que introduziu esta tradição na Península Ibérica, por mãos do Imperador Júlio César, que introduziu um tipo de tauromaquia (*taurokathápsia*) onde cavaleiros giravam em volta do touro até cansá-lo, quando então era agarrado pelos chifres e derrubado, ritual que logo passou a fazer parte do dia a dia da cavalaria ibérica, especialmente nos treinamentos de guerra<sup>22</sup>.

Durante a Idade Média, o touro era associado a diversos mitos sagrados, como representado na portadas da Igreja de Vila Boa de Tires, na Matriz de Santiago do Cacém e na Igreja de São Leonardo em Peniche<sup>23</sup>.

Em 1258, porém, antes da constituição do Reino de Portugal, consta o primeiro registro histórico desta tradição, quando D. Sancho II marcou touros com uma lança no Campo das Almoínhas, em Lamego<sup>24</sup>.

Em 1831, o Rei D. Miguel inaugurou, no Campo de

---

<sup>20</sup>PAULA, Tomás Inácio de. A importância das manifestações culturais para a sustentabilidade dos territórios. Capeia Arraiana: um produto turístico. *Dissertação de Mestrado no Politécnico de Leiria. Escola Superior de Turismo e Tecnologia do Mar*. Peniche. 2017, p.32.

<sup>21</sup>GORDILHO, Heron; BOTTEAU, Lyliam. Os caminhos para um novo *status* jurídico dos animais na França. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 27. ano 8. p. 161-178. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2021, p.

<sup>22</sup>PAULA, Tomás Inácio de. A importância das manifestações culturais para a sustentabilidade dos territórios. Capeia Arraiana: um produto turístico. *Dissertação de Mestrado no Politécnico de Leiria. Escola Superior de Turismo e Tecnologia do Mar*. Peniche. 2017, p.32.

<sup>23</sup>Ibidem, p.31.

<sup>24</sup>Ibidem, p.33.

Santa'Anna, a primeira praça de touros de Portugal, de modo que a tourada pode ser considerada é o único divertimento nacional genuinamente português, uma vez que ela vem sendo praticada durante séculos, mesmo durante as dominações dos árabes e dos visigodos<sup>25</sup>.

Os defensores dos espetáculos tauromáquicos argumentam que a identidade cultural portuguesa foi construída a partir desse universo dos touros, uma identidade que se inclina para os valores do macho sedutor e conquistador de mulheres representado pelo marialvismo<sup>26</sup>.

Para Luis Filipe Marques Pereira, o processo de modernização não pode destruir a cultura portuguesa, a qual deve resistir à dominação neo-liberal que tenta impor o estilo de vida individualista dos Estados Unidos que humaniza os animais, a exemplo do Mickey e do Pato Donald<sup>27</sup>.

Em 2014, o governo editou o Decreto-Lei n.º 89/2014, para regulamentar os espetáculo tauromáquicos, definido como um evento que promove a lide de reses bravas em recintos privados, fixos ou ambulantes especialmente concebidos para tal, deixando a regulamentação das touradas públicas para as próprias autarquias locais<sup>28</sup>.

As touradas de morte, por exemplo, são eventos públicos que ocorrem no Município de Reguengos de Monsaraz, região

---

<sup>25</sup> SABUGOSA, Conde. Touradas em Portugal. *Revista Portuguesa de Arte e Turismo* ano 4, n.23. 1945.

<sup>26</sup> PEREIRA, Luís Filipe Marques. *Tauromaquia: Identidade cultural, Enquadramento e Desenvolvimento*. Dissertação ( Mestrado em Economia Política) - Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa , 2010, p.53-55.

<sup>27</sup> PEREIRA, Luís Filipe Marques. *Tauromaquia: Identidade cultural, Enquadramento e Desenvolvimento*. Dissertação ( Mestrado em Economia Política) - Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa , 2010, p.53-55.

<sup>28</sup> PAULA, Tomás Inácio de. A importância das manifestações culturais para a sustentabilidade dos territórios. Capeia Arraiana: um produto turístico. *Dissertação de Mestrado no Politécnico de Leiria. Escola Superior de Turismo e Tecnologia do Mar*. Peniche. 2017, p.34: “As tauromaquias populares são a componente mais comum da festa tauromáquica, uma vez que ocorrem de norte a sul do país, sendo que cada uma delas se encontra perfeitamente enraizada no seio das comunidades”.

do Alentejo, por ocasião das festas em Honra de Nosso Senhor Jesus dos Passos, e no Município de Barrancos, durante as festas de Nossa Senhora da Conceição, eventos que são regulados pelas próprias autarquias locais<sup>29</sup>.

Outro tipo de espetáculo tauromáquico público são as touradas à corda praticadas na região autónoma da Ilha de Madeira, seja como tourada na praça, onde os touros são lidados a pé ou a cavalo para simbolizar a nobreza e opulência das elites sociais, seja como touradas popular, em que todos podem participar do espetáculo<sup>30</sup>.

Embora a Madeira possua normativo próprio, suas normas espelham o DLPCI/2009, com pequenas diferenças na iniciativa e nos órgãos da administração do patrimônio,<sup>31</sup> de modo que esses espetáculos são mantidos e incentivados pelas autarquias locais e geram importantes receitas para economia local, que na época dos espetáculos recebe significativo número de emigrantes e turistas<sup>32</sup>.

Nos termos do Decreto Legislativo Regional n.º/132010/A, a tourada à corda deve ocorrer nas estradas, nos caminhos públicos ou em praia de areia, e o touro deve ser preso a uma corda com cerca de 90 metros, que deve ser manejada por um mínimo de sete homens, três ao meio e mais quatro na extre-

---

<sup>29</sup>DIAS, Carlos. Que ninguém pense acabar com os touros de morte em Barrancos. *Público*. 22 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.pUBLICO.pt/2019/09/22/sociedade/noticia/ninguem-pense-acabar-touros-morte-barrancos-1887436/amp>

<sup>30</sup> MENDONÇA, Carina Andreia Ormon de. PERCEÇÃO DE RISCO DOS INTERVENIENTES NAS TOURADAS À CORDA NA ILHA TERCEIRA-AÇORES-PORTUGAL. Dissertação de mestrado Engenharia do Ambiente. Universidade dos Açores, 2012, p.7.

<sup>31</sup> ALVARENGA, Daniel. *A salvaguarda do património cultural imaterial: uma perspectiva comparada entre Portugal e Brasil*. Dissertação de mestrado em Direito da Universidade Autónoma de Lisboa. 2019, p.73.

<sup>32</sup> MENDONÇA, Carina Andreia Ormon de. PERCEÇÃO DE RISCO DOS INTERVENIENTES NAS TOURADAS À CORDA NA ILHA TERCEIRA-AÇORES-PORTUGAL. Dissertação de mestrado Engenharia do Ambiente. Universidade dos Açores, 2012, p.16.

midade mais próxima do animal<sup>33</sup>.

#### 4. OS PARADOXOS DA PROTEÇÃO DOS ANIMAIS NO DIREITO PORTUGUÊS

Somente após sua entrada na Comunidade Económica Europeia, Portugal vai promulgar a primeira lei de proteção aos animais, a Lei n.<sup>o</sup> 92, de 12 de setembro de 1995, que proíbe expressamente “todas as violências injustificadas contra animais, considerando-se como tais os actos consistentes em, sem necessidade, se infligir a morte, o sofrimento cruel e prolongado ou graves lesões a um animal”<sup>34</sup>.

Esta lei de proteção animal, todavia, apresenta um paradoxo, pois ao mesmo tempo em que proíbe todo tipo de maus tratos aos animais, ela permite que os espetáculos tauromáquicos violem justamente o bem jurídico que ela visa proteger, excluindo a criminalidade dos espetáculos tauromáquicos que fazem parte de uma tradição ininterrupta de expressões popular praticada a mais de 50 anos a contar da entrada em vigor da referida lei<sup>35</sup>.

Além disso, a Lei n.<sup>o</sup> 8/2017 alterou o Código Civil português para inserir o artigo 201-B, dispondo que os animais são “seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza”,<sup>36</sup> e além disso inseriu o artigo 201-B, dispondo que os animais são “seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natu-

---

<sup>33</sup>OURIQUE, Arnaldo. *A lei da corda: comentário e anotação ao regime jurídico da tourada à corda na Ilha Terceira*. Edição de 2017 revista e aumentada. Angra do heroísmo, 2017. Disponível em: <http://www.jfsaobras.com/ficheiros/outros/textos/A%20Lei%20da%20Corda%202017.pdf>

<sup>34</sup> SANTOS, Bianca. Touradas: incongruências nos planos legislativo, ético e socio-cultural. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5 n.2, 2019, p. 180-181. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019\\_02\\_0177\\_0205.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_0177_0205.pdf)

<sup>35</sup>PORTUGAL. Lei n.<sup>o</sup> 92. *Diário da República Eletrónico*. 12 de setembro de 1995. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/92-1995-562269>

<sup>36</sup>Ibid.

reza”<sup>37</sup>.

A Lei n.º 8/2017 alterou o Código Civil português para inserir o artigo 201-B, dispondo que os animais são “seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza”,<sup>38</sup> e além disso inseriu o artigo 201-B, dispondo que os animais são “seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza”<sup>39</sup>.

Esta lei acrescentou, ainda, o art.1305-A, os incisos 1 e 3, dispondo que o proprietário deve assegurar o bem-estar e respeitar as características de cada espécie, observando as disposições especiais relativas à sua criação, reprodução, detenção e proteção, e à salvaguarda das espécies em risco de extinção, não podendo, sem motivo legítimo, provocar dor, sofrimento ou quaisquer outros maus-tratos que resultem em sofrimento injustificado, abandono ou a morte dos animais<sup>40</sup>.

Acontece que esses espetáculos taurinos ensejam práticas que são genuinamente cruéis contra os animais,<sup>41</sup> com o uso de capas, corte dos chifres, utilização de cavalos e sons que desorientam o animal, farpas, bandarilhas e outros instrumentos que provocam graves feridas no animais<sup>42</sup>.

Os danos sofridos pelos animais podem ser de duas espécies: as imposições, que provocam sofrimento agudo ou men-

---

<sup>37</sup>Ibid.

<sup>38</sup>PORTUGAL. Lei n.º 92. *Diário da República Eletrônico*. 12 de setembro de 1995. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/92-1995-562269>

<sup>39</sup>Ibid.

<sup>40</sup>SANTOS, Bianca. Touradas: incongruências nos planos legislativo, ético e socio-cultural. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5 n.2, 2019, p. 187-188.

<sup>41</sup>Para LEVAI, Laerte Fernando. *Direitos dos animais*. Campos do Jordão: Mantiqueira. 1998, p.51: “Diz-se que o touro, coadjuvante e vítima da bestialidade humana, participa de uma luta inglória. Tem as forças minadas pela lança dos picadores. Sofre com as ilusões e o cansaço. Por fim, esvaído de sangue, recebe a estocada mortal do toureiro para delírio da platéia”um espetáculo degradante, que fere a sensibilidade universal”.

<sup>42</sup>GUERRA, Carolina. Abolição das touradas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano 5, no 2, 2019, p.286. Disponível em:[https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019\\_02\\_0177\\_0205.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_0177_0205.pdf)



tal agudo, isto é, de forma intensa e duradoura; e as privações, que provocam a diminuição do bem-estar dos indivíduos, independentemente da dor e do sofrimento causado.<sup>43</sup>

Em 2014, a Lei n.º 69 vai acrescentar os artigos 387, 388 e 399 ao Código Penal português (CP), para criminalizar a conduta de praticar maus tratos ou abandonar animais de companhia, mas isenta quando a essas práticas forem direcionadas aos animais utilizados para fins de espetáculo comercial ou utilizados para fins agrícolas, pecuários ou agroindustriais<sup>44</sup>.

Os espetáculos taurinos ensinam práticas genuinamente cruéis contra os animais,<sup>45</sup> com o uso de capas, corte dos chifres, utilização de cavalos e sons que desnorream o animal, farpas, bandarilhas e outros instrumentos que provocam graves feridas no animais<sup>46</sup>.

Nas touradas à corda, por exemplo, os touros sofrem com o esforço das corridas forçadas por percursos acidentados que provocam lesões como entorses, fracturas, acidentes cardiovasculares, desmaios, e até mesmo afogamentos quando os animais são levados à beira mar, como atesta o depoimento do médico veterinário Dr. Vasco Reis, que destaca, entre outras coisas, que estes eventos representam um grande risco para a multidão, especialmente para as crianças<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> ROCHA, Luciano Santana. *La teoría de los derechos animales de Tom Regan: ampliando las fronteras de la comunidad moral y de los derechos mas allá de lo humano*. Valencia: Tirantlo Blanco., 2018, p.125.

<sup>44</sup> PORTUGAL. *Lei n.º 69/2014. Diário da República Eletrónico. 19 de agosto de 2014*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/69-2014-56384878>

<sup>45</sup> Para LEVAI, Laerte Fernando. *Direitos dos animais*. Campos do Jordão: Mantiqueira. 1998, p.51: “Diz-se que o touro, coadjuvante e vítima da bestialidade humana, participa de uma luta inglória. Tem as forças minadas pela lança dos picadores. Sofre com as ilusões e o cansaço. Por fim, esvaído de sangue, recebe a estocada mortal do toureiro para delírio da platéia”um espetáculo degradante, que fere a sensibilidade universal”.

<sup>46</sup> GUERRA, Carolina. Abolição das touradas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano 5, no 2, 2019, p.286. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019\\_02\\_0177\\_0205.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_0177_0205.pdf)

<sup>47</sup> REIS, Vasco. O olhar de um médico veterinário sobre a tourada à corda. *Arco de Almedina*. 20 de setembro de 2019: “Sou Vasco Reis, médico veterinário aposentado,

Durante a capeia arraiana são espetadas farpas e bandarilhas com ferros de 8 cm de dupla lâmina em forma de seta de 4 cm de comprimento e 2 cm de largura que dilaceram a carne do animal, que já muito cansado e ferido ainda têm de enfrentar os 8 forcados a pé, momento em que as bandarilhas são arrancadas, sem qualquer anestesia, e o animal fica ferido horas ou dias até ser transportados para os matadouros<sup>48</sup>.

Em razão das polêmicas provocadas por esses eventos, as touradas portuguesas já foram abolidas em quatro ocasiões, e a primeira delas foi em 1567, quando o Papa Pio V publicou a bula papal *Salute Gregis Dominici*, proibindo touradas nos reinos católicos.

A segunda abolição ocorreu em 1809, quando Príncipe Regente D. João, através do Intendente Geral da Polícia Lucas Seabra da Silva, considerou os combates de touros um divertimento impróprio para uma nação civilizada, mas as touradas continuaram a ocorrer na Espanha, até que voltou a ser reintroduzidas em Portugal<sup>49</sup>.

A terceira abolição ocorreu em 1836, durante o reinado de D. Maria II, por iniciativa do primeiro-ministro Passos Manuel, que as considerava um divertimento bárbaro que servia unicamente para "habituar os homens ao crime e à ferocidade".

No entanto, por se constituírem em uma importante fonte

---

conhecedor da tourada à portuguesa e da tourada à corda. Fui médico veterinário no Conselho da Praia da Vitória, Ilha Terceira, Açores, de 1986 a 1989, terra onde existem bastantes aficionados e se organizam muitas touradas à corda. Fui, então, incumbido pelo município da PV de examinar, avaliar e fazer acompanhamento e intervenção (nomeadamente, a retirada de bandarilhas/arpões) nos touros que eram ali toureados à portuguesa. É inegável que os touros lidados à portuguesa sofrem imenso imenso psicológica e fisicamente antes, durante e após a Tourada. O sofrimento só termina quando são sofregamente abatidos". Disponível em: <https://arcodealmeida.blogs.sapo.pt/o-olhar-de-um-medico-veterinario-sobre-901650>:

<sup>48</sup>SANTOS, Bianca. Touradas: incongruências nos planos legislativo, ético e socio-cultural. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5 n.2, 2019, p. 187.

<sup>49</sup> GUERRA, Carolina. Abolição das touradas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano 5, no 2, 2019, p.288-289. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019\\_02\\_0283\\_0304.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_0283_0304.pdf)

de receita para os municípios, as touradas acabaram sendo excepcionadas quando organizadas pelas Casa Pia de Lisboa e das Misericórdias, abrindo um precedente que acabou por enfraquecer a força deste decreto<sup>50</sup>.

No ano seguinte, sob forte pressão popular, as touradas voltaram a ser permitidas, desde que os animais não fossem mortos, quando as touradas portuguesas começam a se diferenciar das touradas espanholas que utilizam "matadores a pé"<sup>51</sup>.

A quarta abolição ocorreu durante a I República, através do Decreto 15:355, de 14 de abril de 1928, que proibia as touradas de morte. Durante o regime autoritário do Estado Novo este decreto foi revogado pela Lei n. 12-B/2000, que passou a considerar as touradas de morte simples infrações contraordenacionais<sup>52</sup>.

A referida lei vai legalizar todos os demais tipos de espetáculos tauromáquicos, e será seguida por uma política pública de construção de novas praças de touros, muitas delas ainda em atividade<sup>53</sup>.

## 5. ESTARIAM OS ESPETÁCULOS TAUROMÁQUICOS HABILITADOS A SER INCLUÍDOS NA LISTA DA UNESCO DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL DA HUMANIDADE?

### A Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural

---

<sup>50</sup> GUERRA, Carolina. Abolição das touradas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano 5, no 2, 2019, p.289. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019\\_02\\_0283\\_0304.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_0283_0304.pdf)

<sup>51</sup> PAULA, Tomás Inácio de. *A importância das manifestações culturais para a sustentabilidade dos territórios*. Capeia Arraiana: um produto turístico. Dissertação (Mestrado) - Politécnico de Leiria. Escola Superior de Turismo e Tecnologia do Mar. Peniche. 2017, p.33/34.

<sup>52</sup> ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Almedina. 2003, p117.

<sup>53</sup> GUERRA, Carolina. Abolição das touradas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano 5, no 2, 2019, p.289. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019\\_02\\_0283\\_0304.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_0283_0304.pdf)

Imaterial(CSPCI/2003) foi fruto de um concerto promovido pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) visando a preservação de práticas culturais formadoras da identidade e da memória dos povos, deslocando o olhar de proteção dos objetos culturais para o ser humano, que é o verdadeiro protagonista da criação dos referidos bens culturais<sup>54</sup>.

O objetivos da CSPCI/2003, expressos no artigo 1<sup>o</sup>, são a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, a cooperação e a assistência mútua entre os 75 países signatários, além da conscientização entre os povos da importância deste tipo patrimônio nos planos local, nacional e internacional<sup>55</sup>.

Através dessa convenção, a UNESCO pretendeu fortalecer a cooperação e a solidariedade internacional, além de promover a paz e o respeito mútuo entre povos com diferentes formas de expressão cultural, os quais merecem igual dignidade e respeito, além do acesso equitativo aos meios de difusão, especialmente as expressões culturais das minorias e dos povos indígenas<sup>56</sup>.

A CSPCI/2003 estabeleceu que os próprios grupos e comunidades devem ser os agentes da indicação do seu patrimônio cultural, para que eles se constituam em fator de aproximação, intercâmbio e entendimento entre os diferentes grupos sociais.

O artigo 2<sup>o</sup> da CSPCI/2003 adverte que apenas o patrimônio cultural imaterial compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos, os imperativos de respeito mútuo entre as comunidades, grupos e indivíduos e o desenvolvimento

---

<sup>54</sup> QUEIROZ, Hermano Fabrício Oliveira Guanais e. O Patrimônio Cultural Imaterial e a força normativa da Convenção para (da) Humanidade. *Cadernos Naui*: Núcleo de Dinâmicas Urbanas e Patrimônio Cultural, Florianópolis, v. 9, n. 17, p. 14-37, jul-dez 2020. Semestral, p.14.

<sup>55</sup>UNESCO. *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial.*, 17 de outubro de 2003. Disponível em: [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132540\\_por](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132540_por)

<sup>56</sup>Ibid.

sustentável, deve ser levado em consideração<sup>57</sup>.

Com efeito, o artigo 1<sup>o</sup>, n.º 3 do DLPCI/2009 reafirma a CSPCI/2003, destacando que o patrimônio cultural imaterial português deve ser compatível com as disposições nacionais e internacionais que vinculam o Estado português aos direitos humanos e às exigências de respeito mútuo entre as comunidades, grupos e indivíduos<sup>58</sup>.

Portugal possui sete eventos reconhecidos pela UNESCO como patrimônio cultural imaterial da humanidade, a saber: o fado, a dieta mediterrânea, o canto polifônico do Alentejo, a Falcoaria, a produção de figurado em barro de Entremoz, o carnaval de Podense e as festas do povo de Campo Maior<sup>59</sup>.

Resta saber se seria legítima a inclusão dos espetáculos tauromáquicos portugueses na lista da UNESCO do patrimônio cultural imaterial da humanidade, especialmente a capeia Arraiana e a Tourada à Corda, que já são reconhecidos como patrimônio nacional e regional respectivamente ?

Inicialmente é preciso destacar que em 2011, o instituto Eurosondagem realizou uma pesquisa de opinião em Portugal, e afirmou que apenas 11% da população era contra as touradas, enquanto 70,5% considerava muito grave ou grave o desaparecimento dos espetáculos tauromáquicos do país<sup>60</sup>.

A Plataforma para a Abolição das Touradas em Portugal, contestou esta pesquisa encomendada pela Federação ProToiro, acusando-a de manipular os pesquisados atraiés de uma pergunta que consistia em saber apenas se o entrevistado “votaria num partido que tomasse medidas proibitivas contra actividade cultural contra touradas ou largadas de toiros?”<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> Ibid.

<sup>59</sup> Ibid.

<sup>60</sup> COSTA, Rui Oliveira. *Eurosondagem*. Estudo de opinião: atividade taurina em Portugal. Disponível em: [https://issuu.com/protoiro/docs/estopiniao\\_protoiro\\_marco11](https://issuu.com/protoiro/docs/estopiniao_protoiro_marco11)

<sup>61</sup> PLATAFORMA para a abolição das touradas em Portugal. Sondagem cómica para impressionar deputados. *Plataforma Basta de Touradas*. Lisboa, 1 de fevereiro de

O movimento destaca que em 2018 encomendou ao Centro de Estudos e Sondagens de Opinião da Universidade Católica Portuguesa (CESOP) um pesquisa que constatou que 89% da população de Lisboa nunca assistiu a uma tourada, e que 75% dela não concordava com a utilização de dinheiro público para financiar ou apoiar esses eventos<sup>62</sup>.

Seja como for, dos 308 municípios de Portugal, 44, isto é, apenas 14,8% deles ainda realizam espetáculos tauromáquicos.<sup>63</sup> A Comunidade Intermunicipal do Alentejo Central (CI-MAC), por exemplo, que representa 14 municípios do Distrito de Évora, e a Comunidade Intermunicipal do Alto Alentejo (CI-MAA), que representa 15 municípios do Distrito de Porto Alegre, incluem os seus espetáculos tauromáquicos nas suas respectivas listas do patrimônio cultural imaterial de interesse regional<sup>64</sup>.

Tendo em vista que a tourada à corda já se constitui em patrimônio cultural regional, está em curso, na ilha Terceira da Região Autónoma de Açores, uma tentativa de candidatura da tourada à corda a Património Cultural Imaterial da UNESCO, candidatura que tem sido alvo de forte contestação por parte das entidades de proteção animal. Estas entidades divulgaram em 2021 uma petição pública afirmando que estes eventos não promovem um consenso social ou integram a identidade cultural comum do povo açoriano, e que parte significativa da população

---

2020. Disponível em: <https://basta.pt/sondagem-comica-para-impressionar-deputados/>

<sup>62</sup> CENTRO de Estudos e Sondagens de Opinião - Universidade Católica Portuguesa. *Praça de Touros de Campo Pequeno: inquérito à população de Lisboa*. Relatório Síntese. 2018. Disponível em: <https://basta.pt/wp-content/uploads/sondagem-touradas-universidade-catolica.pdf>

<sup>63</sup> ALVAREZ, Luciano. Quarenta autarquias vão contrariar proibição de entrada a menores de 16 anos. *Publico*. Tauromaquia. 19 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.publico.pt/2021/10/19/politica/noticia/quarenta-autarquias-vaio-contrariar-proibicao-entrada-touradas-menores-16-anos-1981680>

<sup>64</sup> PÚBLICO. *Lusa*. Évora quer declarar tourada como patrimônio cultural imaterial. 17 de setembro de 2012. Disponível em: <https://www.publico.pt/2012/09/17/p3/noticia/evora-quer-declarar-tourada-como-patrimonio-cultural-imaterial-1814375>

rejeita a crueldade praticada contra os animais domésticos nestes eventos<sup>65</sup>.

Os espetáculos tauromáquicos têm sido motivo de discórdia e divisão no seio dos países da União Européia, já que parte da população rejeita esses eventos em razão dos maus-tratos a que são submetidos os animais<sup>66</sup>, especialmente aqueles que recebem financiamento público, o que aumenta ainda mais as incompreensões, os dissensos, as divisões e as rupturas no seio das comunidades, atizando o veneno da polarização social<sup>67</sup>.

É que a proteção dos animais é um dos pilares do direito ambiental, reconhecido como um direito humano de terceira geração, como estabelece a Declaração de Estocolmo de 1972: “homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras”<sup>68</sup>.

Nenhum espetáculo tauromáquico foi reconhecido como patrimônio cultural da humanidade pela UNESCO, que em 2020 recusou um pedido formulado pela entidade *Asociación Intergubernamental de la Tautomaquia* para salvaguarda das touradas

---

<sup>65</sup>MOVIMENTO cívico diz que a Tourada à Corda não é digna de classificação da UNESCO. *Diário de Notícias*. 15 de outubro de 2015. Disponível em <https://www.dn.pt/portugal/movimento-civico-diz-que-a-tourada-a-corda-nao-e-digna-de-classificacao-da-unesco-4836806.html>

<sup>66</sup>SANTOS, Bianca. Touradas: incongruências nos planos legislativo, ético e socio-cultural. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5 n.2, 2019, p. 179. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019\\_02\\_0177\\_0205.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_0177_0205.pdf)

<sup>67</sup>MARGUENAUD, Jean-Pierre. As touradas estão prestes a se tornar patrimônio cultural imaterial da humanidade? *Revista Brasileira de Direito Animal* n.17.3, 2021, p.67. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/48053/26181>

<sup>68</sup>ONU. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. In: *Anais Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano*. 1972. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UN-DOC/GEN/NL7/300/05/IMG/NL730005.pdf?OpenElement>

espanholas<sup>69</sup>.

O Direito Comunitário, porém, procura respeitar a soberania dos países que cultivam essa tradição, como ocorreu em 2022 quando o Parlamento Europeu<sup>70</sup> rejeitou um pedido de proibição das corridas de touros por violação do Protocolo n.31, anexo ao Tratado de Amsterdão,<sup>71</sup> para exigir dos Estados-Membros uma atenção especial em relação ao bem-estar dos animais em rituais religiosos, nas tradições culturais e nos patrimônios regionais<sup>72</sup>.

O Parlamento Europeu entendeu, com o fundamento no princípio da diversidade regional e do respeito às tradições culturais dos Estados-Membros, ser impossível a proibição destes espetáculos a nível comunitário, já que esta atribuição seria de exclusiva competência dos Estados Membros<sup>73</sup>.

As divergências também ocorrem no seio da classe política, de modo que o ex-Ministro da Cultura de Portugal, João Soares, afirmou que seria necessária uma emenda constitucional

---

<sup>69</sup>EVANGELISTA, Sandra. Vitória! A UNESCO se recusa a considerar as touradas um patrimônio cultural imaterial da humanidade. *Green me*. 1 dez, 2020.. Disponível em: <https://www.greenmebrasil.com/viver/costume-e-sociedade/51171-unesco-re-cusa-touradas-patrimonio-unesco/>

<sup>70</sup> Segundo DIAS, Edna Cardoso. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2000, p.260: O Conselho da Europa foi fundado em 1949. É considerado o baluarte dos direitos humanos na Europa. Seus principais objetivos são: trabalhar pela união da Europa; empenhar-se pela adoção da democracia parlamentar e dos direitos humanos; e lutar pela implementação de condições capazes de promover valores humanos”.

<sup>71</sup> O tratado de Amsterdão, segundo ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. Direito comunitário do meio ambiente. In: *Cadernos CEDOUA*. Almedina. 2021, p.29: “deu mais um pequeno no sentido do esverdear do Tratado, ao introduzir o desenvolvimento sustentável ( que já existia no texto do artigo 2º - ex-artigo B) igualmente no preâmbulo do Tratado da União Européia. Por outro lado, o princípio da integração ao qual aludimos supra, goza agora de uma inserção sistemática mais lógica”.

<sup>72</sup> WARTENBERG, Marlene. Art.13 Lisbon Treaty/TFEU - Historical Constitutional and Legal Aspects. In: FAVRE, D e GIMENEZ-CANDELA, T. *Animales y derecho. Animals and the Law*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2015, p.358.

<sup>73</sup>PIRES, Patrícia. *CNN Portugal*. UE não pode proibir touradas. 10 dez 2006. Disponível em: <https://cnnportugal.iol.pt/amp/internacional/parlamento-europeu/ue-nao-pode-proibir-touradas>



para abolir as touradas, pois em uma democracia um grupo não pode impor a sua vontade sobre o outro <sup>74</sup>.

As touradas, porém, já foram abolidas em praticamente todos os cento e noventa e três (193) países membros da Organização das Nações Unidas (ONU), com a exceção apenas de Espanha, França, México, Colômbia, Peru, Venezuela, Equador, Costa Rica e Portugal<sup>75</sup>.

O sociólogo Fernando Haro, porém, afirma que a verdadeira ameaça às touradas vem a ser a concorrência de outras atividades similares, tais como os esportes radicais e a realidade virtual, que despertam emoções de perigo e risco nas pessoas sem a necessidade de maltratar os animais, concluindo que os espetáculos tauromáquicos, por serem continuamente recriados pelas populações, com o tempo, irão se adaptar às novas exigências sociais<sup>76</sup>.

## 6.CONCLUSÃO

Como vimos, os espetáculos tauromáquicos se constituem em uma das mais antigas tradições que a identidade portuguesa, mas como toda manifestação cultural está em permanente estado de atualização e ressignificação.

Estes rituais festivos enfrentam fortes obstáculos para ser reconhecidos como patrimônio cultural imaterial da humani-

---

<sup>74</sup>SOARES, João. Para proibir as touradas tem que mudar a Constituição. In: *O Mirante*. Semanário Regional, 11 abril de 2022" "Não quero que se imponha a construção de praças de toiros em locais onde não há essa tradição nem que se obrigue as crianças a ir. Agora, as minhas opções culturais devem ser respeitadas". Disponível em: <https://omirante.pt/cultura/para-proibir-a-tauromaquia-tem-de-mudar-a-constituicao/>

<sup>75</sup>PAN agenda debate com vista à abolição das corridas de touros em Portugal. *Pan Agenda*. 18 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.pan.com.pt/pan-agenda-debate-com-vista-a-abolicao-das-corridas-de-touros-em-portugal/>

<sup>76</sup>HARO, Fernando. In: ALVAREZ, Luciana. Touradas ainda resistem em Portugal: tradição ou atrazo?. *TAB UOL Lisboa*. 14.07.2020. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/07/14/tradicao-ou-atraso-touradas-resistem-em-portugal.htm?cmpid=copiaecola>

dade, face a incompatibilidade de sua prática com os diplomas internacionais de direitos humanos e desenvolvimento sustentável.

Os espetáculos tauromáquicos têm sofrido forte resistência por parte de setores da sociedade que discordam do tratamento cruel dispensado aos touros, o que torna quase impossível, eles serem reconhecidos como uma tradição que promove o respeito mútuo entre as comunidades, grupos e indivíduos.

Um possível reconhecimento pela UNESCO das touradas como patrimônio cultural imaterial da humanidade representaria o fracasso político da CSPCI/2003, enquanto instrumento de aproximação, intercâmbio e entendimento entre os diferentes povos.

Além disso, ainda que a sociedade portuguesa não esteja preparada para uma abolição imediata dessa tradição, as contravérsias que esses espetáculos provocam fatalmente levarão o Estado português a mais uma vez abolir as touradas de morte.

Os governos também podem vir a ser pressionados pelas novas gerações de eleitores a reduzir paulatinamente o sofrimento dos touros nos demais tipos de espetáculos através da edição de leis que venham a proibir o uso de espadas, farpas e bandarilhas, mas também o corte dos cifres e demais práticas que provocam dor e sofrimento aos animais.

Assim, uma vez que o patrimônio cultural imaterial é um bem jurídico espiritual que é constantemente recriado pelas novas gerações, em função do ambiente, das interações com a natureza e da sua própria história, os espetáculos tauromáquicos poderão se adaptar aos tempos modernos, e ressurgirem como uma manifestação pacífica, sintonizada com as novas exigências políticas da sociedade portuguesa.



## 7. REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, Daniel. A salvaguarda do patrimônio cultural imaterial: uma perspectiva comparada entre Portugal e Brasil. Dissertação (mestrado) Faculdade de Direito - Universidade Autônoma de Lisboa, 2019.
- ALVAREZ, Luciana. Touradas ainda resistem em Portugal: tradição ou atraso?. *TAB UOL Lisboa*. 14.07.2020. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/07/14/tradicao-ou-atraso-touradas-resistem-em-portugal.htm?cmpid=copiaecola>
- ALVAREZ, Luciano. Quarenta autarquias vão contrariar proibição de entrada a menores de 16 anos. *Publico*. Tauromaquia. 19 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.publico.pt/2021/10/19/politica/noticia/quarenta-autarquias-vao-contrariar-proibicao-entrada-touradas-menores-16-anos-1981680>
- ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. Direito comunitário do meio ambiente. In: *Cadernos CEDOUA*. Almedina. 2021.
- ARAÚJO, Fernando. *A hora dos direitos dos animais*. Coimbra: Almedina. 2003.
- ATAIDE JR., Vicente de Paula. Introdução ao Direito Animal Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Animal* v.13, n.03. 2018.
- ATAIDE JR., Vicente de Paula. *Processo civil pragmático*, Curitiba, 2013, 278 p. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. *Caderno jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*. Ano 1, V. 1. n. 02, p. 149-169, São Paulo, Jul. 2001.

- BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em : [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm) . Acesso em 8 fev de 2020.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) . Acesso em 8 fev de 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 8 fev de 2020.
- BRASIL. IBAMA. *Portaria n. 93*, de 07 de julho de 1998: Disponível em: <http://www.sema.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/09/Portaria-IBAMA-n%C2%BA-93-de-1998.pdf>. Acesso 20 nov 2019.
- BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 24.645* de 10 de julho de 1934. Disponível em : [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d24645.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d24645.htm). Acesso em 12 dez 2019.
- BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 761/93*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0761.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0761.htm). Acesso em 12 dez 2019.
- BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 19.398*, de 11 de novembro de 1930: Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19398-11-novembro-1930-517605-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 13 jan 2020.
- BRASIL. STF, Plenário, *ADIn 1856/2011*, Rel. Ministro Carlos Velloso, julgado em 03/09/1998, DJ 22/09/2000. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagador.jsp?docTP=AC&docID=628634>. Acesso em 12 Fev 2020.
- BRASIL. STJ, 2ª Turma, *REsp 1115916/MG 2009*, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 01/09/2009, DJe

- 18/09/2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6040734/recurso-especial-resp-1115916-mg-2009-0005385-2>. Acesso em 12 Fev 2020.
- CAMACHO, João Carlos Orta. Expressões de medo no antigo Egito. Dissertação de Mestrado em História Antiga da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa. 2014,p.46. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/29925/1/ulfl236822\\_tm.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/29925/1/ulfl236822_tm.pdf)
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CENTRO de Estados e Sondagens de Opinião - Universidade Católica Portuguesa. *Praça de Touros de Campo Pequeno: inquérito à população de Lisboa*. Relatório Síntese. 2018. Disponível em: <https://basta.pt/wp-content/uploads/sondagem-touradas-universidade-catolica.pdf>
- COLÔMBIA. AHC4806-2017. *Supremo Tribunal da Colômbia*. Disponível em : <http://static.iris.net.co/semana/upload/documents/radicado-n-17001-22-13-000-2017-0>. Acesso em 02 jan 20.
- CORREIA, Fernando e AZEVEDO, Bernardo. Capítulo IV. O regime jurídico de proteção e valorização do património cultural em Portugal. In: LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coord.). *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. Madrid:INAP, 2017, p87-119.
- CRUZ, Edmundo. Suíça- Habeas Corpus. Translated by Carlos de Paula. *Animal Legal & Historical Center*. Michigan State University. Disponível em : <https://www.animal-law.info/case/suica-habeas-corpus>. Acesso em 05 jan 2020.
- DENISKI, Bruno Luiz. O touro de Ápis e sua importância para a sociedade Egípcia. *Museus Egípcio e Rosacruz & Museu Tutakamon*. 2021.Disponível em:<http://museuegip->

cioerosacruz.org.br/o-touro-apis-e-sua-importancia-para-a-sociedade-egipcia/#:~:text=Considerado%20como%20o%20deus%20da,%E2%80%9C%20chamada%20de%20Heb%2Dsed

- DIAS, Carlos. Que ninguém pense acabar com os touros de morte em Barrancos. *Público*. 22 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.publico.pt/2019/09/22/sociedade/noticia/ninguem-pense-acabar-touros-morte-barrancos-1887436/amp>
- DIDIER Jr. Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento* v. 1. Salvador: Juspodivm, 2010.
- DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20 ed. V.1. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DIDIER Jr., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- EVANGELISTA, Sandra. Vitória! A UNESCO se recusa a considerar as touradas um patrimônio cultural imaterial da humanidade. *Green me*. 1 dez, 2020.. Disponível em: <https://www.greenmebrasil.com/viver/costume-e-sociedade/51171-unesco-recusa-touradas-patrimonio-unesco/>
- FERREIRA, Ana Conceição. *Revista Brasileira de Direito Animal*. v.8, n. 12, 2013. Disponível <https://portal-seer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8396/6013>. Acesso em 02 jan 2020
- GORDILHO, Heron e COUTINHO, Amanda. Direito Animal e o Fim da Sociedade Conjugal. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*. vol.8, n.2.2017. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/16412>. Acesso em 12 fev 2020.
- GORDILHO, Heron. Wildlife and the Brazilian Abolitionist Movement. *Michigan State University Journal of Animal*

- Law*, v. 5, p. 71, 2009. Disponível em: <https://www.animallaw.info/sites/default/files/Journal%20of%20Animal%20Law%20Vol%205.pdf>. Acesso em 05 jan 2020.
- GORDILHO, Heron; BOTTEAU, Lyliam. Os caminhos para um novo *status* jurídico dos animais na França. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 27. ano 8. p. 161-178. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2021
- GUERRA, Carolina. Abolição das touradas . *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano 5, no 2, 2019, p.289. Disponível em:[https://www.cidp.pt/revis-tas/rjlb/2019/2/2019\\_02\\_0283\\_0304.pdf](https://www.cidp.pt/revis-tas/rjlb/2019/2/2019_02_0283_0304.pdf)
- KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. São Paulo: Ícone, 1993.
- LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*, 2 ed. Campos do Jordão/SP: Editora Mantiqueira, 2004.
- MARGUENAUD, Jean-Pierre. As touradas estão prestes a se tornar patrimônio cultural imaterial da humanidade? *Revista Brasileira de Direito Animal* n.17.3, 2021, p.67. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/>
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, DITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante o procedimento comum*. V. 2. São Paulo: RT, 2015.
- MAURICIO, Maria Alejandra. *Revista Brasileira de Direito Animal*. v.11, n. 23, 2016. Disponível em : <https://portal-seer.ufba.br/index.php/RBDA/issue/view/1420/show-Toc>. Acesso em 26 dez 2019.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MENDONÇA, Carina Andreia Ormon de. Percepção de risco

- dos intervenientes nas touradas à corda na ilha Terceira-Açores Portugal. Dissertação (mestrado) - Engenharia do Ambiente. Universidade dos Açores, 2012.
- MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Personalidade jurídica dos grandes primatas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Tomo I, Campinas/SP: Bookseller, 2000.
- MOVIMENTO cívico diz que a Tourada à Corda não é digna de classificação da UNESCO. *Diário de Notícias*. 15 de outubro de 2015. Disponível em <https://www.dn.pt/portugal/movimento-civico-diz-que-a-tourada-a-corda-nao-e-digna-de-classificacao-da-unesco-4836806.html>
- NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- OURIQUE, Arnaldo. *A lei da corda: comentário e anotação ao regime jurídico da tourada à corda na Ilha Terceira*. Edição de 2017 revista e aumentada. Angra do heroísmo, 2017. Disponível em: <http://www.jfsaobras.com/ficheiros/outros/textos/A%20Lei%20da%20Corda%202017.pdf>
- PARAFITA, A. – *Património Imaterial do Douro*, Vols I e II, 2007 e 2010
- PARTIDO pessoas - animais - natureza. *PAN agenda debate com vista à abolição das corridas de touros em Portugal*. 18 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.pan.com.pt/pan-agenda-debate-com-vista-a-abolicao-das-corridas-de-touros-em-portugal/>
- PAULA, Tomás Inácio de. A importância das manifestações culturais para a sustentabilidade dos territórios. Capié Arraiana: um produto turístico. Dissertação (Mestrado) -



- Politécnico de Leiria. Escola Superior de Turismo e Tecnologia do Mar, Peniche, 2017.
- PEREIRA, Luís Filipe Marques. *Tauromaquia: Identidade cultural, Enquadramento e Desenvolvimento*. Dissertação (Mestrado) - Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2010. Disponível em:
- PIERANGELI, José Henrique. Parecer em direito penal ambiental. *Justitia*, São Paulo: Procuradoria Geral de Justiça; Associação Paulista do Ministério Público, v. 60, n. 181-184, p. 38-59, jan.-dez. 1998.
- PIETRZYKOWSKI, Tomasz *Personhood Beyond Humanism: Animals, Chimeras, Autonomous Agents and the Law*. Trad. Krystyna Warchal. Springer. 2018.
- PIRES, Patrícia. *CNN Portugal*. UE não pode proibir touradas. 10 dez 2006. Disponível em: <https://cnnportugal.iol.pt/amp/internacional/parlamento-europeu/ue-nao-pode-proibir-touradas>
- PLATAFORMA para a abolição das touradas em Portugal. Sondagem cômica para impressionar deputados. *Plataforma Basta de Touradas*. Lisboa, 1 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://basta.pt/sondagem-comica-para-impressionar-deputados/>
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense; Brasília: INL, 1973.
- PÚBLICO. *Lusa*. Évora quer declarar tourada como património cultural imaterial. 17 de setembro de 2012. Disponível em: <https://www.publico.pt/2012/09/17/p3/noticia/evora-quer-declarar-tourada-como-patrimonio-cultural-imaterial-181437>
- PUCARIÇO, Filipa Matos Novo. *Estudo de impacto socioeconómico da capeia arraiana*. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Medicina Veterinária - Universidade de Lisboa, 2015.

- QUEIROZ, Hermano Fabrício Oliveira Guanais e. O Patrimônio Cultural Imaterial e a força normativa da Convenção para (da) Humanidade. *Cadernos Naui: Núcleo de Dinâmicas Urbanas e Patrimônio Cultural*, Florianópolis, v. 9, n. 17, p. 14-37, jul-dez 2020. Semestral, p.14.
- REGAN, Tom. Nação do Direito Animal. *Revista Brasileira de Direito Animal*. v.1, n.1, 2006. Disponível <https://portal-seer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10236/7292>. Acesso em 02 jan 2020
- REIS, Vasco. O olhar de um médico veterinário sobre a tourada à corda. *Arco de Almedina*. 20 de setembro de 2019.
- ROCHA, Luciano Santana. *La teoría de los derechos animales de Tom Regan: ampliando las fronteras de la comunidad moral y de los derechos mas allá de lo humano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi, FLAIN, Valdirene Silveira, GEISSLER, Ana Cristina Jardim. O animal de estimação sob a perspectiva da tutela jurisdicional: análise das decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Revista Brasileira de Direito Animal*. V. 11, n. 22, p. 83-119, Mai-Ago. 2016. Disponível em: <https://portal-seer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/17668/11536>. Acesso em 13 jan 2020.
- RYDER, Richard. Os animais e os direitos humanos. *Revista Brasileira de Direito Animal* v.3, n.4. 2008: Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10458/7464>. Acesso em 13 jan 2020.
- SABUGOSA, Conde. Touradas em Portugal. *Revista Portuguesa de Arte e Turismo* ano 4, n.23. 1945.
- SANTOS, Bianca. Touradas: incongruências nos planos legislativo, ético e socio-cultural. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 5 n.2 ,2019. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revis-tas/rjlb/2019/2/2019\\_02\\_0177\\_0205.pdf](https://www.cidp.pt/revis-tas/rjlb/2019/2/2019_02_0177_0205.pdf)

- SILVA, Tagore Trajano. Capacidade de ser parte dos animais não-humanos: repensando os institutos da substituição e representação processual. *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 4, n.5. Salvador: EDUFBA.2009. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10637/7682>. Acesso em 13 jan de 2020.
- SOARES, João. Para proibir as touradas tem que mudar a Constituição. In: *O Mirante*. Semanário Regional, 11 abril de 2022" “Não quero que se imponha a construção de praças de toiros em locais onde não há essa tradição nem que se obrigue as crianças a ir. Agora, as minhas opções culturais devem ser respeitadas”. Disponível em:<https://omirante.pt/cultura/para-proibir-a-tauromaquia-tem-de-mudar-a-constituicao/>
- SOUTOSA, Joana. *JN Direito*. Touradas ainda beneficiam de milhões de euros em fundos da União Europeia. 22 março 2022. Disponível em: <https://www.jn.pt/mundo/touradas-ainda-beneficiam-de-milhoes-de-euros-em-fundos-da-uniao-europeia-14724415.html>
- TALAMINI, Eduardo, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. 16 ed. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- The Economist*. 18 de dezembro de 2018. Seção internacional da edição impressa sob o título “Eles possuem direitos?”... “Disponível em <https://www.economist.com/international/2018/12/22/gradually-nervously-courts-are-granting-rights-to-animals>. Acesso em 15 jan 2020.
- VÄRV, Age, KARU, Piia. The seller’s liability in the event of lack of conformity of goods. *Juridica international*. Tartu/Estonia, Faculty of Law of the University of Tartu, V. 16, p. 85-93, 2009. Disponível em: <<http://www.juridicainternational.eu/index/2009/vol-xiv-2/the-sellers-liability-in-the-event-of-lack-of-conformity-of-goods>>.

Acesso em: 28 jul 2018.

- WACKE, Andreas. Protection os environment in roman law? *Roman Legal Tradition*. University of Glasgow School of Law, V.1, p. 1-24, 2002. Disponível em: <[www.romanlegaltradition.org/contents/2002/RLT-WA-CKE1.PDF](http://www.romanlegaltradition.org/contents/2002/RLT-WA-CKE1.PDF)>. Acesso em: 28 jul 2018.
- WARTENBERG, Marlene. Art.13 Lisbon Traty/TFEU - Historical Constitutional and Legal Aspects. In: FAVRE, D e GIMENEZ-CANDELA, T. *Animales y derecho. Animals and the Law*. Valencia:Tirant lo Blanch. 2015.
- WISE, Steven. O reconhecimento aos chimpanzés do direito de utilizar os Writs do *Habeas Corpus* e do *De Homina Replegiando*. *Revista Brasileira de Direito Animal*. v.6, n.9, 2011. Disponível <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11741/8392>. Acesso em 02 jan 2020.

# A VIABILIDADE DA TRIBUTAÇÃO VERDE (*GREEN TAX*) COMO POLÍTICA PÚBLICA NO FOMENTO DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

Maykon Fagundes Machado<sup>1</sup>

Pedro Augusto Silva Costa<sup>2</sup>

Resumo: O presente artigo analisa a viabilidade da tributação verde (*green tax*) como uma política pública voltada para o fomento da sustentabilidade ambiental, com especial vinculação ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 13 da Agenda 2030 da ONU, que visa adotar medidas urgentes para combater as mudanças climáticas e seus impactos. A pesquisa utiliza o método indutivo, partindo da análise de experiências internacionais e de dados empíricos para avaliar a aplicabilidade e eficácia das *green taxes* no contexto brasileiro. Os problemas que norteiam este estudo são: As *green taxes* são um meio eficaz

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação (FAPESC), Edital 62/2024. Pós-graduado em Jurisdição Federal pela Escola da Magistratura Federal de Santa Catarina (ESMAFESC). Pós graduado em Direito Ambiental pela FACULDADE CERS. Pós-graduado em Direito Imobiliário, Registral e Notarial pela UNIVAN. Graduado pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em 2019/2, com obtenção do título de mérito acadêmico. Advogado regularmente inscrito na OAB/SC nº 58.416. Presidente da Comissão de Direito Ambiental da OAB/SC, Subseção de Itajaí (2022-2023). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Membro da Comissão Nacional em Direito Ambiental do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Membro da Comissão Nacional em Direito Marítimo, Aduaneiro e Portuário do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Diretor do Núcleo de Direito Ambiental e Urbanístico da Escola Superior da Advocacia (ESA), OAB/SC. E-mail: maykon@morgancastagnaro.com.

<sup>2</sup> Acadêmico do 4º período do Curso de Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Estagiário em Agripino & Ferreira Advogados Associados. E-mail: pedroaugustocostasc@gmail.com.

de políticas públicas visando promover a sustentabilidade ambiental? Quais as contribuições da tributação ecológica no contexto das reformas fiscais verdes para o cumprimento das metas e acordos internacionais de mitigação dos efeitos da degradação ambiental? Para responder a essas questões, inicialmente, explora-se o conceito e a fundamentação teórica dos tributos ecológicos, destacando a internalização dos custos ambientais como um dos pilares dessa abordagem fiscal. A partir da experiência de países pioneiros na adoção das *green taxes*, como Suécia, Dinamarca e outros da União Europeia, são discutidas as reformas fiscais verdes e seus impactos econômicos e sociais. Em seguida, o artigo avalia a efetividade das *green taxes* no cumprimento de metas ambientais e acordos internacionais, como o Acordo de Paris, por fim, o estudo aponta os desafios e as potencialidades da implementação de políticas fiscais ecológicas no Brasil, considerando a experiência internacional e o contexto local.

**Palavras-Chave:** tributação verde; sustentabilidade ambiental; políticas fiscais-ambientais.

**Abstract:** This article analyzes the predictions of green taxation (green tax) as a public policy aimed at promoting environmental sustainability, with a special link to Sustainable Development Goal (SDG) 13 of the UN 2030 Agenda, which aims to adopt urgent measures to combat climate change and its impacts. The research uses the inductive method, based on the analysis of international experiences and empirical data to assess the applicability and effectiveness of green taxes in the Brazilian context. The problems that guide this study are: How are green taxes an effective means of public policies that promote environmental sustainability? What are the contributions of green taxation in the context of green tax reforms to meet international goals and agreements to mitigate the effects of environmental manage-

ment? To answer these questions, the concept and theoretical basis of green taxes are initially explored, highlighting the internalization of environmental costs as one of the pillars of this fiscal approach. Based on the experience of pioneering countries in the adoption of green taxes, such as Sweden, Denmark and other countries in the European Union, the article discusses green tax reforms and their economic and social impacts. The article then assesses the effectiveness of green taxes in meeting environmental goals and international agreements, such as the Paris Agreement. Finally, the study highlights the challenges and potential of implementing green tax policies in Brazil, considering international experience and the local context.

**Keywords:** green taxation; environmental sustainability; fiscal-environmental policies.

## 1 INTRODUÇÃO

A importância da proteção ao meio ambiente e o fomento de uma sociedade ecologicamente equilibrada apresenta-se como uma tendência pela qual os países de todo o globo visam alcançar. Isso se dá em razão dos já evidentes impactos negativos da má administração dos recursos naturais pelo ser humano e de suas reverberações nos mais variados segmentos sociais, implicando em alterações demográficas, políticas, econômicas e afins.

Nesse passo, a tutela da proteção do meio ambiente excede o campo nacional e implica numa ingerência transnacional<sup>3</sup>, no sentido do empreendimento global com políticas públicas que tenham por objetivo reduzir os impactos da crise climática.

Em que pese já reste notório as políticas de redução do

---

<sup>3</sup> CRUZ, Paulo Márcio; GARCIA, Heloíse Siqueira. *A sustentabilidade em uma (necessária) visão transnacional*. São Paulo. Revista Prisma Jurídico, vol. 15, núm. 2, pp. 201-224, 2016. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/934/93449824008/html/>. Acesso em: 10 jun. 2024

consumo, alteração de valores sociais e a busca incansável pela conscientização das alterações ambientais em voga, percebe-se que pouco se avançou nessa temática.<sup>4</sup>

No que tange a insuficiência das políticas estatais no cumprimento das metas de preservação ambiental, menciona-se o relatório “*Climate Change 2023 Synthesis Report*”, produzido pelo *Intergovernmental Panel On Climate Change* (IPCC)<sup>5</sup>, que traz sob um enfoque qualitativo a inércia do poder público frente a crise climática. Por outro lado, no mesmo viés, é válido revisar a avaliação realizada pela *Convention On Biological Diversity*, no qual quantifica que das 20 metas definidas por 193 países na COP-10, somente 6 foram parcialmente cumpridas.<sup>6</sup>

Reiterando os dados levantados, a Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>7</sup> constata haver lacunas no alcance das metas estipuladas no Acordo de Paris (2015), identificando que as projeções de emissões de CO<sub>2</sub> contradizem o pacto internacional para limitar até o final do século o aumento médio de temperatura global abaixo dos 2C°.

Por fim, pesquisas nacionais observam a imobilidade governamental em relação à promoção de um mundo ecologicamente sustentável.

Nesse prisma, o relatório do Acordo De Cooperação Téc-

---

<sup>4</sup> BITTENCOURT, Ana Lucia; VIEIRA, Ricardo Stanziola e MARTINS, Queila Jaqueline Nunes. Economia verde: conceito, críticas e instrumentos de transição. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em: 10 jun. 2024.

<sup>5</sup> INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). *Climate Change 2023 Synthesis Report*. Geneva, Switzerland. 2023. Disponível em: [https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC\\_AR6\\_SYR\\_LongerReport.pdf](https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_LongerReport.pdf). Acesso em: 01 jun. 2024.

<sup>6</sup> CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Global Biodiversity Outlook 5*. Montreal, Canadá. 2020. Disponível em: <https://www.cbd.int/gbo/gbo5/publication/gbo-5-en.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2024.

<sup>7</sup> UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (PNUMA). *Emissions Gap Report 2023*. Nairóbi, Quênia. 2023. Disponível em: <https://www.unep.org/resources/emissions-gap-report-2023>. Acesso em: 10 jun. 2024.



nica Entre o Supremo Tribunal Federal e a Universidade Federal Do Paraná – UFPR –<sup>8</sup> identificou que correm cerca de 10 Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) no âmbito da Suprema Corte brasileira, argumentando a estagnação do Estado no tocante ao cumprimento da ODS 13<sup>9</sup> (Ação Contra a Mudança Global do Clima), da ONU.

Com isso, apresenta-se como alternativa no combate aos reflexos das mudanças climáticas a implementação de políticas fiscais, por meio de uma tributação verde (*green tax*). A partir desse cenário, surgem os problemas que pretendem ser analisados e respondidos neste artigo: As *green taxes* são um meio eficaz de políticas públicas visando promover a sustentabilidade ambiental? Quais as contribuições da tributação ecológica no contexto das reformas fiscais verdes para o cumprimento das metas e dos acordos internacionais de mitigação dos efeitos da degradação ambiental?

Em suma, destaca-se que a tributação verde, ou *green tax*, constitui um importante instrumento de política fiscal voltado para a promoção da sustentabilidade ambiental. Fundamentada no princípio do poluidor-pagador, previsto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, essa abordagem visa internalizar os custos ambientais das atividades produtivas, desestimulando práticas poluentes e incentivando modelos econômicos sustentáveis. Além disso, a tributação ambiental encontra respaldo em normativas internacionais, como a Agenda 2030 da ONU e o Acordo de Paris, que incentivam mecanismos econômicos para mitigar os impactos das mudanças climáticas.

No Brasil, a viabilidade da tributação verde está atrelada

---

<sup>8</sup> GOMES, Maria Tereza Uille. *Acordo De Cooperação Técnica Entre O Supremo Tribunal Federal E A Universidade Federal Do Paraná – UFPR*. Curitiba. UFPR. Disponível em: [http://www.aidh.org.br/images/arquivos/AcordodeCooperacaoTecnicaSTF\\_UFPR.pdf](http://www.aidh.org.br/images/arquivos/AcordodeCooperacaoTecnicaSTF_UFPR.pdf). Acesso em: 11 jun. 2024.

<sup>9</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Objetivos de desenvolvimento sustentável trazidos pela Agenda 2030 da ONU*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em 12 jun. 2024.

à reforma do sistema tributário e à necessidade de compatibilizar o desenvolvimento econômico com a proteção ambiental. Exemplos de medidas nesse sentido incluem a taxação de emissões de carbono, incentivos fiscais para tecnologias limpas e subsídios para empresas que adotam práticas sustentáveis. Contudo, sua implementação enfrenta desafios, como a resistência de setores produtivos, o risco de aumento da carga tributária e a necessidade de uma regulamentação clara e eficaz.

Diante desse cenário, a análise da tributação verde como política pública envolve a avaliação de experiências bem-sucedidas em outros países, como a Suécia e a Alemanha, que adotaram impostos ambientais com resultados positivos na redução da poluição e na transição para uma economia de baixo carbono. Assim, este estudo busca explorar os impactos, benefícios e limitações dessa abordagem, considerando sua aplicabilidade ao contexto brasileiro e os mecanismos necessários para torná-la um instrumento efetivo de fomento à sustentabilidade.

## 2 GREEN TAX: CONCEITO E SUPORTE TEÓRICO

Já amplamente utilizada na Europa, A finalidade da *green tax* seria onerar os processos e produtos com comprovado impacto ambiental negativo, melhorando os resultados ambientais na mesma toada que auxiliaria no aumento de receita pelo Estado.<sup>10</sup>

A literatura distingue os impostos ambientais em dois tipos, os (i) tributos ambientais em sentido amplo e (ii) tributos ambientais em sentido estrito. Carlos Peralta Montero<sup>11</sup>, por

---

<sup>10</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Environmental fiscal reform: progress, prospects and pitfalls*. Bologna: OECD report for the G7 environment ministers, 2017. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/environmental-fiscal-reformprogress-prospects-and-pitfalls.htm>. Acesso em: 04 abr. 2024.

<sup>11</sup> MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. *Tributação ambiental: reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário*. São Paulo: Saraiva, 2014.

exemplo, conceitua o primeiro como impostos cuja finalidade principal é a arrecadação, mas que de maneira subsidiária produzem efeitos ao meio ambiente. Em contrapartida, os tributos ambientais em sentido estrito são aqueles cujo fato gerador é uma hipótese estritamente ambiental, tendo uma finalidade extrafiscal expressa.

Além disso, a concepção dos tributos ambientais encontra respaldo teórico em estudos da ciência econômica, em especial a partir da noção de economia ecológica, emergida na década de 60, no qual tem como enfoque principal o estudo da internalização dos custos da degradação ocasionada pelo modelo de produção e de consumo.<sup>12</sup> Seguindo a vertente supramencionada, Arthur Pigou é um dos primeiros a introduzir a noção de um imposto como elemento de correção mercadológica na preservação ambiental.<sup>13</sup>

A tese de doutorado de Rafael Maas dos Santos<sup>14</sup> traz considerações preciosas sobre a ideia proposta por Arthur Pigou, qual seja a de identificar que o autor delega ao Estado o dever de intervir na ordem econômica a fim de assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado, corrigindo as externalidades negativas por meio de um sistema fiscal que onere produtos e serviços danosos aos recursos naturais.

Em síntese, a tributação verde, ou *green tax*, é uma estratégia fiscal que busca equilibrar o desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente. A ideia central é simples:

---

<sup>12</sup> AGUIAR, Leandro Katscharowski. *Crise ambiental transnacional, sustentabilidade e economia circular: desafio global para a construção do futuro sustentável*. 1 ed. Florianópolis: Habitus, 2020.

<sup>13</sup> PEARCE, David W.; TURNER, R. Kerry. *Economía de los recursos naturales y del medio ambiente*. Tradução de Carlos Abad Balboa e Pablo Campos Palacini. Madrid: Celeste Ediciones, 1995.

<sup>14</sup> SANTOS, Rafael Maas dos. *Economia Circular Na Pós-Modernidade: Gestão Sustentável E Responsável Dos Resíduos Sólidos Pós-Consumo Em Tempos De Obsolescência Planejada*. 2021. 705 p. Tese Doutorado em Ciência Jurídica - Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/365/Tese%20-%20Rafael%20Maas%20dos%20An-jun.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.

quem polui, paga. Isso significa que empresas e indivíduos que causam danos ambientais devem arcar com os custos, incentivando a adoção de práticas mais sustentáveis. Ao mesmo tempo, políticas tributárias podem premiar quem investe em soluções ecológicas, como fontes de energia limpa e tecnologias de baixo impacto ambiental.

No Brasil, essa discussão se insere em um contexto mais amplo de reforma tributária e de necessidade urgente de enfrentar as mudanças climáticas. A Constituição Federal, no artigo 225, já prevê a proteção do meio ambiente como um dever coletivo, enquanto leis como a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981) e a Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei nº 12.187/2009) apontam para o uso de instrumentos econômicos como ferramentas de mitigação ambiental.

Mas, por que tributar para proteger o meio ambiente? A teoria por trás do *green tax* se baseia na ideia de corrigir falhas de mercado. Muitas vezes, os custos ambientais de uma atividade econômica não são refletidos no seu preço final – e isso gera um incentivo perverso: empresas podem produzir sem se preocupar com os danos ambientais, pois quem arca com as consequências é a sociedade como um todo. A tributação verde tenta resolver isso, incorporando os custos ambientais ao processo produtivo e estimulando mudanças de comportamento.

Como isso funciona na prática? Ora, a tributação ambiental pode acontecer de duas formas principais: a) Tributação punitiva: aplicada sobre atividades poluentes, como impostos sobre emissões de carbono, combustíveis fósseis ou produtos que causam degradação ambiental e; b) Tributação incentivadora: concede benefícios fiscais para empresas e consumidores que adotam práticas sustentáveis, como isenção de impostos para veículos elétricos e investimentos em energia renovável.

O que a experiência internacional nos mostra? Ora, a Suécia, por exemplo, foi pioneira na adoção de um imposto sobre carbono ainda nos anos 1990, o que contribuiu para uma

transição energética mais sustentável sem comprometer o crescimento econômico. A Alemanha também avançou na tributação verde ao incentivar fontes renováveis de energia e taxar combustíveis fósseis. Já a União Europeia criou um mercado de carbono, onde empresas podem comprar e vender permissões para emitir gases de efeito estufa, tornando mais caro poluir e mais vantajoso investir em eficiência energética.

E a nossa realidade doméstica? Veja, o nosso país ainda enfrenta desafios para implementar um sistema robusto de tributação ambiental. A resistência vem, principalmente, do setor produtivo, que teme aumento de custos e perda de competitividade. No entanto, há espaço para avanços, como a criação de um mercado regulado de carbono e a revisão de incentivos fiscais para setores que impactam negativamente o meio ambiente.

Em suma, a tributação verde é mais do que apenas um mecanismo arrecadatório – é uma ferramenta poderosa para direcionar a economia rumo a um modelo mais sustentável. Com um arcabouço jurídico já existente e experiências internacionais bem-sucedidas, o Brasil tem potencial para adotar esse modelo, tornando o sistema tributário mais justo e contribuindo para a proteção ambiental. O desafio agora é transformar esse potencial em realidade, garantindo que a transição para uma economia verde seja eficiente e socialmente equilibrada.

### 3 REFORMAS FISCAIS VERDES

Com base no suporte teórico mencionado, os países passaram a valer-se da via tributária como meio de frear os avanços da degradação ambiental, promovendo na década de 90 uma série de reformas nos seus sistemas tributários, dando origem às Reformas Fiscais Verdes (RFVs).<sup>15</sup> Outra vez, Carlos Peralta

---

<sup>15</sup> TUPIASSU, Lise; GONÇALVES, Amanda de Souza; GOS-DÉSORMEAUX, Jean-Raphaël. ANÁLISE DAS REFORMAS FISCAIS VERDES NO PANORAMA EUROPEU. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário (RDIET)*, Brasília, V. 14, nº 1, p. 1 – 27, Jan-Jun – 2019. ISSN: 1980-1995. Disponível em:

Montero<sup>16</sup> menciona que, inicialmente, as reformas foram promovidas pela Suécia (1990), seguido pela Noruega (1992), a Dinamarca (1994), a Holanda e a Finlândia (1997), onde, a partir disso, houve a extensão da adoção dessa política aos demais países da Europa.

Percebe-se, portanto, que os países da região da Escandinávia foram pioneiros na introdução dessa política tributária, que por sua vez foi encabeçada pela Suécia. Neste país, em 1988, foi criada uma comissão oficial para estudos relacionados à revisão da legislação tributária vigente e a incrementação das *green taxes*. O resultado do estudo foi publicado em 1989, mas somente em 1990 a reforma no sistema tributário sueco foi aprovada no parlamento. A referida alteração consistia em dois pontos fundamentais; as (i) alterações substanciais no sistema fiscal do país e (ii) a introdução de impostos sobre emissões de CO<sub>2</sub> e SO<sub>2</sub>.<sup>17</sup>

Já no país vizinho, a Dinamarca, houve um processo mais gradual de transição da política fiscal<sup>18</sup>, podendo ser sub-classificado em três grandes fases: a primeira fase tratou-se da redução do imposto de renda, deslocando a incidência tributária sobre a poluição.

Na segunda fase, houve, tal qual a Suécia, a criação de

---

<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rdiet/article/view/10361>. Acesso em: 06 jun. 2024

<sup>16</sup> MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. Tributação ambiental no Brasil. Reflexões para esverdear o sistema tributário brasileiro. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento (RFPTD)*. v. 3, n.3, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/15589/11800>. Acesso em 04 jun. 2024.

<sup>17</sup> GUZMÁN, Tomás J. López; VICENTE, Fernando Lara de; FUENTES, Fernando; VEROZ, Ricardo. *La reforma fiscal ecológica en la Unión Europea*: antecedentes, experiencias y propuestas. *Revista de Economía Institucional*, Bogotá, v. 8, n. 15, segundo semestre, 2006. pp. 321-332. Disponível em: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-59962006000200015](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-59962006000200015). Acesso em 04 jun. 2024.

<sup>18</sup> EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY. *Environmental taxes implementation and environmental effectiveness*. Copenhagen. 1998. Disponível em: <https://www.eea.europa.eu/publications/92-9167-000-6/file>. Acesso em: 06 jun. 2024.

tributos sobre o CO<sub>2</sub> e SO<sub>2</sub>, incidindo em maior parte em relação ao setor industrial. Já na terceira e última fase, um novo direcionamento da carga tributária às classes mais ricas, desonerando a classe média-baixa e criando incentivos fiscais para o fomento da sustentabilidade.

Em relação à onerosidade das Reformas Fiscais, Barker e Köhler<sup>19</sup> foram pioneiros ao projetar os impactos econômicos e sociais das novas políticas fiscais na Europa.<sup>20</sup> Eles destacaram a necessidade de uma maior incidência tributária sobre aqueles com maior atividade poluidora. A partir disso, as políticas fiscais europeias passaram a integrar o princípio da capacidade contributiva, direcionando impostos para atividades mais prejudiciais ao meio ambiente, promovendo, assim, uma correlação mais justa e eficiente entre tributação e sustentabilidade ambiental.

Foi somente a partir dos anos 2000 que as reformas fiscais excedem o campo europeu e passam a compor as discussões dos países latinos. A Argentina, por exemplo, dispõe de um considerável acervo normativo para regular a matéria ambiental<sup>21</sup>, associando a possibilidades da adoção de instrumentos econômicos (Lei nº 22.428, que especifica regimes de subsídios e isenções fiscais para os investimentos em conservação e recuperação do solo; a Lei nº 25.019, que dispõe da desregulamentação para uso de energia proveniente da eletricidade eólica e outros).

---

<sup>19</sup> BARKER, T.; KÖHLER, J. *International competitiveness and environmental policies*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. Disponível em: <https://www.cabidigitallibrary.org/doi/full/10.5555/19981807653>. Acesso em: 09 jun. 2024.

<sup>20</sup> EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY. *Environmental tax reform in Europe: implications for income distribution*. Copenhagen. 2011. Disponível em: [file:///C:/Users/Recep%C3%A7%C3%A3o/Downloads/Tech16-2011\\_Tax%20reform%20distribution.pdf](file:///C:/Users/Recep%C3%A7%C3%A3o/Downloads/Tech16-2011_Tax%20reform%20distribution.pdf). Acesso em: 09 jun. 2024.

<sup>21</sup> RULLI, Fernando. et al. *INSTRUMENTOS TRIBUTARIOS EN LA GESTION AMBIENTAL*. Consejo Federal de Inversiones, Provincia de Mendoza, v. 1, p. 1-146, out. 2011. Disponível em: <http://biblioteca.cfi.org.ar/wp-content/uploads/sites/2/2011/01/49029.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2024.

De maneira tardia<sup>22</sup>, o Brasil promoveu a criação de um tributo ecológico in stricto sensu tão somente por ocasião da promulgação da Emenda Constitucional nº 132, que alterou significativamente o sistema tributário nacional.<sup>23</sup> Pejorativamente conhecido por “imposto do pecado”, o Imposto Seletivo (IS) trata de um tributo cuja finalidade é desestimular determinadas atividades que são danosas ao meio ambiente, na linha do tributo ecológico já aplicado na Europa e idealizado por Arthur Pigou.

O breve panorama da legislação fiscal-ambiental denota que a questão é amplamente discutida no cenário global, uma vez que há uma urgência dos Estados criarem políticas públicas que colaborem na redução dos impactos das mudanças climáticas.

Destaca-se nessa toada que as reformas fiscais verdes vêm ganhando força globalmente como uma estratégia para alinhar o crescimento econômico com a sustentabilidade ambiental. O objetivo dessas reformas é reestruturar sistemas tributários para incentivar práticas ecológicas, reduzir emissões de carbono e promover o uso responsável dos recursos naturais. Muitos países já implementaram políticas de tributação ambiental, mas a forma e o impacto dessas medidas variam conforme o contexto econômico, político e social de cada região.

Conforme já pontuado, lembra-se que diversos países vêm adotando impostos ambientais e incentivos fiscais<sup>24</sup> para estimular a transição para uma economia de baixo carbono. Al-

---

<sup>22</sup> COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). *Tributación ambiental, macroeconomía y medio ambiente en América Latina: aspectos conceptuales y el caso de Brasil*. Santiago. 2001. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/4d67f9b0-a75e-4c4f-be01-f8da3f7aa0c3/content>. Acesso em: 10 jun. 2024.

<sup>23</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional nº 132*, de 20 de dezembro de 2023. Altera o Sistema Tributário Nacional. Diário Oficial da União. seção 1, Brasília, DF, 21 dez. 2023. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?journal=515&pagina=1&data=21/12/2023>. Acesso em: 10 jun. 2024.

<sup>24</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Green Fiscal Policy Network*. Disponível em: <https://www.greenfiscalspolicy.org/>. Acesso em: 12 mar. 2025.



guns exemplos notáveis incluem, por exemplo: 1) União Europeia: Pioneira na precificação de carbono, a UE implementou o Sistema de Comércio de Emissões (EU ETS), que obriga empresas a pagar pelas emissões de CO<sub>2</sub>. Além disso, há tributação sobre combustíveis fósseis e incentivos para fontes renováveis de energia; 2) Suécia: Desde os anos 1990, a Suécia aplica um imposto sobre emissões de carbono, que ajudou a reduzir a dependência de combustíveis fósseis sem comprometer o crescimento econômico; 3) Canadá: Em 2019, o país adotou um imposto federal sobre carbono, cobrando uma taxa por tonelada de CO<sub>2</sub> emitida. Parte da arrecadação é devolvida à população como compensação financeira e; 4) China: Criou um mercado nacional de carbono em 2021, tornando-se um dos maiores do mundo. O país também investe pesadamente em energia renovável, financiada por políticas fiscais verdes.

Essas experiências destacadas acima, mostram que a tributação ambiental pode ser uma ferramenta eficaz para a redução da poluição e o incentivo à inovação sustentável. No entanto, sua implementação depende de um desenho fiscal adequado para evitar impactos negativos sobre setores produtivos e consumidores.

Já na América Latina<sup>25</sup>, as reformas fiscais verdes ainda enfrentam desafios estruturais, como a dependência de recursos naturais e a resistência política à criação de novos tributos. No entanto, alguns países têm avançado na implementação de políticas fiscais ambientais, vejamos o exemplo dos seguintes países: a) Chile: o Chile foi o primeiro país latino-americano a implementar um imposto sobre emissões de carbono em 2017. O tributo é aplicado a grandes fontes emissores, como usinas térmicas e indústrias intensivas em carbono. O país também investe em energias renováveis, como solar e eólica, e busca expandir

---

<sup>25</sup> COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). *Tributación ambiental en América Latina: Estado y tendencias*. Santiago: CEPAL, 2022. Disponível em: <https://www.cepal.org/es/publicaciones>. Acesso em: 12 mar. 2025.

seu mercado de carbono, ainda se destaca; b) México: o México adota uma política de precificação de carbono desde 2014, com um imposto aplicado sobre combustíveis fósseis. Além disso, participa de programas piloto de comércio de emissões, preparando-se para um mercado de carbono mais amplo. O país também oferece incentivos fiscais para projetos de energia renovável.

Já no Brasil, ainda não se implementou um imposto específico sobre carbono, mas há discussões sobre a inclusão de medidas verdes na reforma tributária. O país já adota incentivos fiscais para biocombustíveis, energia renovável e veículos elétricos. Além disso, há propostas para um mercado regulado de carbono e a revisão de subsídios a setores poluentes.

Alguns dos desafios para implementação é justamente a dependência de setores intensivos em carbono, a falta de infraestrutura para uma transição energética eficiente, a desigualdade socioeconômica, que torna essencial a criação de mecanismos compensatórios para evitar impactos negativos sobre a população de baixa renda, bem como a Resistência política e pressão do setor empresarial, que teme a perda de competitividade no mercado internacional.

#### 4 RAZÕES PELA ADESÃO ÀS *GREEN TAX*

O aumento da discussão dessa temática e a crescente introdução normativa dos impostos ecológicos como meio de fomento da sustentabilidade ambiental ocorrem por diversos fatores.

Segundo a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD)<sup>26</sup> os benefícios da tributação ecológica baseiam-se no (i) incentivo à redução de custos; (ii) esti-

---

<sup>26</sup> THE ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Effective Carbon Rates 2023*. Paris. 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/effective-carbon-rates-2023.htm>. Acesso em: 09 jun. 2024.

mulo à inovação e ao investimento em tecnologias de baixo carbono e (iii) aumento da receita pública. Sobre este último item, no livro “*The Political Economy of Environmentally Related Taxes*”, também da OECD<sup>27</sup>, é demonstrado que cerca de 2-2,5% do PIB dos países que compõe a União Europeia (UE) são provenientes de taxas ambientais, via de regra oriundos de impostos sobre combustíveis e veículos automotores.

No mesmo sentido, o World Bank Group em livro “*Fiscal Policies for Development and Climate Action*”<sup>28</sup> argumenta que um dos pontos que torna as *green taxes* um meio eficiente no auxílio da preservação da boa ordem ambiental é sua versatilidade, uma vez que permite que o Estado regule diversos setores que produzem efeitos ecologicamente prejudiciais (energia, transporte, poluição e etc).

A discussão acerca da tributação verde evidencia sua relevância como política pública no enfrentamento dos desafios ambientais contemporâneos. Os dados apresentados pela OECD e pelo World Bank Group demonstram que esses instrumentos fiscais vão além da simples arrecadação, configurando-se como ferramentas estratégicas para fomentar inovação tecnológica, reduzir impactos ambientais e diversificar a arrecadação estatal. Esses aspectos reforçam a importância de integrar políticas fiscais à agenda ambiental global.

Ademais, a experiência da União Europeia ilustra a viabilidade prática dessas medidas, com uma parcela significativa do PIB proveniente de taxas ambientais. Esse modelo evidencia que a tributação ecológica pode gerar um ciclo virtuoso: ao

---

<sup>27</sup> THE ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *The Political Economy of Environmentally Related Taxes*. Paris. 2006. Disponível em: [https://www.oecd-ilibrary.org/environment/the-political-economy-of-environmentally-related-taxes\\_9789264025530-en](https://www.oecd-ilibrary.org/environment/the-political-economy-of-environmentally-related-taxes_9789264025530-en). Acesso em: 02 jun. 2024.

<sup>28</sup> WORLD BANK GROUP. *Fiscal Policies for Development and Climate Action*. Washington, DC. 2019. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic/macroeconomics/publication/fiscal-policies-for-development-and-climate-action>. Acesso em: 09 jun. 2024.

mesmo tempo que incentiva comportamentos sustentáveis, garante recursos para políticas públicas e estimula o desenvolvimento de tecnologias limpas.

A adoção, portanto, da tributação verde (*green tax*) como política pública tem sido defendida por diversos economistas, ambientalistas e legisladores devido à sua capacidade de alinhar crescimento econômico e sustentabilidade ambiental. O principal objetivo desse modelo tributário é internalizar os custos ambientais das atividades produtivas, corrigindo falhas de mercado e incentivando a transição para uma economia mais limpa e eficiente.

A tributação ambiental encontra respaldo no Princípio do Poluidor-Pagador, previsto no Princípio 16 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) e amplamente adotado por países que implementam políticas ambientais fiscalmente orientadas. No Brasil, esse princípio tem fundamento legal expresso na Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), que estabelece que o poluidor deve arcar com os custos de mitigação e recuperação ambiental decorrentes de sua atividade. Além disso, a Constituição Federal de 1988, no artigo 225, determina que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao poder público e à coletividade o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Do ponto de vista doutrinário, Paulo de Bessa Antunes<sup>29</sup> argumenta que a aplicação de tributos ambientais é uma das ferramentas mais eficazes para garantir que as empresas internalizem os custos das externalidades negativas que causam ao meio ambiente, incentivando a adoção de tecnologias mais limpas.

A adoção da tributação verde também se alinha ao conceito de desenvolvimento sustentável, amplamente reconhecido pela Agenda 2030 da ONU, que define 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). O ODS 13 (Ação Contra a Mu-

---

<sup>29</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

dança Global do Clima) e o ODS 12 (Consumo e Produção Sustentáveis) reforçam a importância de mecanismos econômicos, incluindo tributos, para induzir mudanças estruturais na economia. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico<sup>30</sup> (OCDE) defende, por exemplo, que a tributação ambiental contribui para uma distribuição mais justa dos custos ambientais, garantindo que aqueles que exploram recursos naturais ou poluem mais sejam os principais responsáveis por custear a reparação dos danos. Esse argumento é sustentado por Paul Ekins e Stefan Speck<sup>31</sup>, que ressaltam que os tributos ambientais podem ser estruturados de forma progressiva, reduzindo desigualdades e financiando políticas de bem-estar social.

A implementação da tributação verde já demonstrou impactos positivos em diversos países. A União Europeia, por meio do Sistema de Comércio de Emissões (EU ETS), conseguiu reduzir suas emissões de gases de efeito estufa sem comprometer seu crescimento econômico. A Suécia, com um imposto sobre o carbono desde os anos 1990, demonstrou que a transição para uma economia de baixo carbono pode ocorrer simultaneamente ao desenvolvimento econômico. Na América Latina, o Chile implementou um imposto sobre carbono em 2017, a Colômbia adotou uma taxa sobre combustíveis fósseis, e o México estruturou uma política fiscal ambiental que combina taxa e incentivos. A CEPAL<sup>32</sup> aponta que a América Latina deve expandir a adoção de impostos verdes para melhorar a qualidade ambiental

---

<sup>30</sup> ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Taxing Energy Use 2019: Using Taxes for Climate Action*. Paris: OECD Publishing, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/taxing-energy-use-2019-using-taxes-for-climate-action-9789264319452-en.htm>. Acesso em: 12 mar. 2025.

<sup>31</sup> EKINS, Paul; SPECK, Stefan. *Environmental Tax Reform: A Policy for Green Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

<sup>32</sup> COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). *Tributación ambiental en América Latina: Estado y tendencias*. Santiago: CEPAL, 2022. Disponível em: <https://www.cepal.org/es/publicaciones>. Acesso em: 12 mar. 2025.

e aumentar a resiliência econômica às mudanças climáticas.

No Brasil, a proposta de reforma tributária atualmente em debate abre espaço para a introdução de mecanismos fiscais verdes. A transição para um sistema tributário mais simplificado e sustentável pode incluir a regulamentação de um mercado nacional de carbono, como previsto no PL 528/2021, atualmente em tramitação no Congresso Nacional. Além disso, a OCDE recomenda que países eliminem subsídios a combustíveis fósseis e redirecionem recursos para energias limpas, o que já vem sendo discutido no Brasil. Outra possibilidade é a adoção de incentivos fiscais para tecnologias sustentáveis, como energias renováveis e veículos elétricos, impulsionando setores estratégicos para a descarbonização da economia. Essas medidas seguem o modelo de reformas fiscais verdes já adotado por países da OCDE, onde a tributação ambiental é um pilar para incentivar investimentos na transição energética.

A transição para um modelo de tributação verde pode trazer vantagens competitivas para os países que a adotam. Empresas que operam em mercados com alta regulação ambiental já enfrentam exigências de sustentabilidade de investidores e consumidores. Com a crescente adoção de políticas de precificação do carbono em mercados como União Europeia e China, países que não implementam tais políticas correm o risco de enfrentar barreiras comerciais e perda de competitividade. O Banco Mundial<sup>33</sup> destaca que impostos ambientais bem estruturados podem estimular a inovação e a eficiência energética, gerando empregos na economia verde e reduzindo custos com saúde pública ao diminuir a poluição.

A adoção da tributação verde não é apenas uma necessidade ambiental, mas uma oportunidade econômica e social. Com respaldo constitucional, doutrinário e internacional, o Brasil e

---

<sup>33</sup> BANCO MUNDIAL. *State and Trends of Carbon Pricing 2023*. Washington, DC: World Bank, 2023. Disponível em: <https://carbonpricingdashboard.worldbank.org/>. Acesso em: 12 mar. 2025.

outros países da América Latina podem utilizar esse instrumento para corrigir distorções do mercado, incentivar práticas sustentáveis e fortalecer suas economias frente aos desafios globais das mudanças climáticas. A implementação bem-sucedida de uma reforma fiscal ambiental exige planejamento e diálogo entre governo, setor produtivo e sociedade civil, garantindo que a transição seja justa e benéfica para todos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da viabilidade da tributação verde como política pública reforça sua relevância no contexto da crise ambiental global. Os exemplos históricos de países pioneiros, como Suécia e Dinamarca, demonstram que as *green taxes* podem ser um instrumento eficaz para alinhar desenvolvimento econômico e preservação ambiental. Além disso, a implementação gradual e a adaptação às especificidades locais são fatores determinantes para o sucesso dessas políticas, como observado na transição escandinava e nas reformas fiscais de outros países europeus.

Os estudos de instituições como OECD e World Bank Group destacam os múltiplos benefícios das *green taxes*, que vão além da arrecadação. Elas incentivam a inovação tecnológica, promovem práticas de consumo mais sustentáveis e garantem recursos para investimentos em setores estratégicos. No Brasil, embora tardia, a adoção de tributos ecológicos demonstra o reconhecimento do potencial transformador desse instrumento, ainda que desafios permaneçam na sua operacionalização e aceitação social.

Por fim, a adoção da tributação verde, no contexto atual, revela-se não apenas uma estratégia de política pública, mas uma necessidade premente para assegurar a sustentabilidade ambiental e promover um desenvolvimento econômico equilibrado. O conceito de que aqueles que causam danos ao meio ambiente devem arcar com os custos de sua reparação não se limita a um

princípio de justiça, mas constitui um mecanismo fundamental para corrigir as distorções do mercado e alinhar as práticas econômicas às exigências da preservação ambiental. Nesse sentido, a tributação verde, por meio da internalização dos custos ambientais, representa uma ferramenta eficaz para induzir comportamentos mais sustentáveis por parte das empresas e agentes econômicos.

Do ponto de vista jurídico, a tributação verde encontra robusto respaldo no Princípio do Poluidor-Pagador, um dos pilares da Política Nacional do Meio Ambiente, consagrado pela Lei nº 6.938/1981 e pela Constituição Federal de 1988, no artigo 225. Este princípio estabelece que os responsáveis pelos danos ambientais devem assumir os custos decorrentes da degradação ambiental, o que inclui a utilização de tributos como instrumento de correção e incentivo à mudança de conduta. A Agenda 2030 da ONU e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), especialmente o ODS 13 (Ação Contra a Mudança Global do Clima), fornecem uma orientação clara para a implementação de políticas fiscais que favoreçam a transição para uma economia de baixo carbono, reforçando a legitimidade da tributação verde como uma estratégia global.

Experiências internacionais, como as observadas em países da União Europeia, Suécia e Reino Unido, demonstram que é possível promover a redução das emissões de gases poluentes e, ao mesmo tempo, impulsionar o crescimento econômico. Tais países conseguiram estruturar suas economias de maneira que, ao implementar impostos sobre a poluição, criaram um mercado para tecnologias limpas, resultando em inovação, geração de emprego e aumento da competitividade global. No Brasil, a implementação de tributos verdes surge como uma oportunidade para integrar a economia nacional a esse movimento global, ao mesmo tempo em que possibilita o cumprimento das obrigações constitucionais e internacionais do país em relação à proteção ambiental.



É importante frisar que a tributação verde não deve ser encarada apenas como um mecanismo punitivo, mas como um incentivo à mudança estrutural. Quando bem planejada, pode atuar como um motor de inovação, proporcionando incentivos fiscais que favoreçam a adoção de tecnologias mais limpas e a redução das emissões de gases de efeito estufa. A substituição de subsídios a combustíveis fósseis e o direcionamento de recursos para a promoção de energias renováveis e outras soluções sustentáveis representam não só uma medida de proteção ambiental, mas também uma oportunidade de fortalecimento da economia e geração de novos postos de trabalho em setores estratégicos para o desenvolvimento sustentável.

Entretanto, um dos desafios centrais para a implementação da tributação verde está relacionado à sua capacidade de garantir uma transição justa e equitativa. Para que a medida não sobrecarregue os setores mais vulneráveis da sociedade, é imprescindível que a reforma fiscal ambiental seja acompanhada de políticas públicas de compensação e de apoio às empresas e trabalhadores que possam ser mais impactados pela mudança. O equilíbrio entre a justiça fiscal e a justiça ambiental deve ser o foco central das discussões sobre a reforma tributária, de forma que as mudanças no sistema tributário sejam implementadas de maneira a beneficiar amplamente a sociedade e reduzir as desigualdades.

Em suma, a tributação verde configura-se como um instrumento jurídico e econômico essencial para a construção de um modelo de desenvolvimento mais sustentável e justo. Sua implementação deve ser vista não apenas como uma necessidade ambiental, mas como uma oportunidade estratégica para o fortalecimento da economia nacional e a promoção de uma sociedade mais resiliente e adaptada aos desafios das mudanças climáticas. A adoção de tributos verdes, quando devidamente planejada e implementada, pode ser um marco na construção de um futuro em que o progresso econômico e a preservação ambiental coe-

xistam de maneira harmônica e sustentável.

Logo, a tributação verde se apresenta como um caminho viável e necessário para enfrentar os desafios da sustentabilidade ambiental. Para que sua implementação seja eficaz, é essencial promover reformas fiscais planejadas e transparentes, que considerem as especificidades econômicas e sociais de cada país. Ao integrar o princípio da capacidade contributiva e incentivar a internalização dos custos ambientais, as *green taxes* podem consolidar-se como um pilar estratégico na construção de um futuro sustentável e socialmente mais equilibrado.



## REFERÊNCIAS

- BARKER, T.; KÖHLER, J. *International competitiveness and environmental policies*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. Disponível em: <https://www.cabidigitalibrary.org/doi/full/10.5555/19981807653>. Acesso em: 09 jun. 2024.
- BITTENCOURT, Ana Lucia; VIEIRA, Ricardo Stanziola e MARTINS, Queila Jaqueline Nunes. Economia verde: conceito, críticas e instrumentos de transição. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica). Acesso em: 10 jun. 2024.
- BANCO MUNDIAL. *State and Trends of Carbon Pricing 2023*. Washington, DC: World Bank, 2023. Disponível em: <https://carbonpricingdashboard.worldbank.org/>. Acesso em: 12 mar. 2025.
- BRASIL. *Emenda Constitucional nº 132*, de 20 de dezembro de

2023. Altera o Sistema Tributário Nacional. Diário Oficial da União. seção 1, Brasília, DF, 21 dez. 2023. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&pagina=1&data=21/12/2023>. Acesso em: 10 jun. 2024.
- COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). *Tributación ambiental, macroeconomía y medio ambiente en América Latina: aspectos conceptuales y el caso de Brasil*. Santiago. 2001. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/4d67f9b0-a75e-4c4f-be01-f8da3f7aa0c3/content>. Acesso em: 10 jun. 2024.
- COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). *Tributación ambiental en América Latina: Estado y tendencias*. Santiago: CEPAL, 2022. Disponível em: <https://www.cepal.org/es/publicaciones>. Acesso em: 12 mar. 2025.
- CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Global Biodiversity Outlook 5*. Montreal, Canadá. 2020. Disponível em: <https://www.cbd.int/gbo/gbo5/publication/gbo-5-en.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2024.
- CRUZ, Paulo Márcio; GARCIA, Heloise Siqueira. *A sustentabilidade em uma (necessária) visão transnacional*. São Paulo. Revista Prisma Jurídico, vol. 15, núm. 2, pp. 201-224, 2016. Disponível em: <https://www.re-dalyc.org/journal/934/93449824008/html/>. Acesso em: 10 jun. 2024.
- EKINS, Paul; SPECK, Stefan. *Environmental Tax Reform: A Policy for Green Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY. *Environmental tax reform in Europe: implications for income distribution*. Copenhagen. 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/Recep%C3%A7%C3%A3o/Downloads/Tech16->

- 2011\_Tax%20reform%20distribution.pdf. Acesso em: 09 jun. 2024.
- EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY. *Environmental taxes implementation and environmental effectiveness*. Copenhagen. 1998. Disponível em: <https://www.eea.europa.eu/publications/92-9167-000-6/file>. Acesso em: 06 jun. 2024.
- GOMES, Maria Tereza Uille. *Acordo De Cooperação Técnica Entre O Supremo Tribunal Federal E A Universidade Federal Do Paraná – UFPR*. Curitiba. UFPR. Disponível em: [http://www.aidh.org.br/images/arquivos/AcordodeCooperacaoTecnicaSTF\\_UFPR.pdf](http://www.aidh.org.br/images/arquivos/AcordodeCooperacaoTecnicaSTF_UFPR.pdf). Acesso em: 11 jun. 2024.
- GUZMÁN, Tomás J. López; VICENTE, Fernando Lara de; FUENTES, Fernando; VEROZ, Ricardo. La reforma fiscal ecológica em la Unión Europea: antecedentes, experiencias y propuestas. *Revista de Economía Institucional*, Bogotá, v. 8, n. 15, segundo semestre, 2006. pp. 321-332. Disponível em: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0124-59962006000200015](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-59962006000200015). Acesso em 04 jun. 2024.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). *Climate Change 2023 Synthesis Report*. Geneva, Switzerland. 2023. Disponível em: [https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC\\_AR6\\_SYR\\_LongerReport.pdf](https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_LongerReport.pdf). Acesso em: 01 jun. 2024.
- KELMAN, Steven. *What Price Incentives? Economists and the Environment*. Boston: Auburn House Publishing Company, 1981.
- MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. Tributação ambiental no brasil. Reflexões para esverdear o sistema tributário brasileiro. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento (RFPTD)*. v. 3, n.3, 2015. Disponível em:

<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/article/view/15589/11800>. Acesso em 04 jun. 2024.

MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. *Tributação ambiental: reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY, Pedro Fernando. *Como Nossos Impostos Afetam o Meio Ambiente? Política Tributária e Sustentabilidade*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, dezembro/2014 (Boletim do Legislativo nº 18, de 2014). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 15 abr. 2024.

OATES, Wallace E. Green Taxes: Can We Protect the Environment and Improve the Tax System at the Same Time? *Southern Economic Journal*. Vol. 61, N. 4 (abr., 1995), p. 915-922. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1060731>. Acesso em: 06 jun. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Objetivos de desenvolvimento sustentável trazidos pela Agenda 2030 da ONU*. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em 12 jun. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Green Fiscal Policy Network*. Disponível em: <https://www.greenfiscalpolicy.org/>. Acesso em: 12 mar. 2025.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Taxing Energy Use 2019: Using Taxes for Climate Action*. Paris: OECD Publishing, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/taxing-energy-use-2019-using-taxes-for-climate-action-9789264319452-en.htm>. Acesso em: 12 mar. 2025.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Environmental fiscal reform: progress, prospects and pitfalls*. Bologna: OECD report for the G7 environment ministers, 2017. Disponível em:

- <http://www.oecd.org/tax/environmental-fiscal-reform-progress-prospects-and-pitfalls.htm>. Acesso em: 04 abr. 2024.
- PEARCE, David W.; TURNER, R. Kerry. *Economía de los recursos naturales y del medio ambiente*. Tradução de Carlos Abad Balboa e Pablo Campos Palacini. Madrid: Celeste Ediciones, 1995.
- PIGOU, Arthur C. *The Economics of Welfare*. London: Macmillan and Co., 1932. Disponível em: <https://www.econlib.org/library/NPDBooks/Pigou/pgEW.html>. Acesso em 10 abr. 2024.
- RULLI, Fernando. et al. *INSTRUMENTOS TRIBUTARIOS EN LA GESTION AMBIENTAL*. Consejo Federal de Inversiones, Provincia de Mendoza, v. 1, p. 1-146, out. 2011. Disponível em: <http://biblioteca.cfi.org.ar/wp-content/uploads/sites/2/2011/01/49029.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2024.
- SANTOS, Rafael Maas dos. *Economia Circular Na Pós-Modernidade: Gestão Sustentável E Responsável Dos Resíduos Sólidos Pós-Consumo Em Tempos De Obsolescência Planejada*. 2021. 705 p. Tese Doutorado em Ciência Jurídica - Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí. Disponível em: <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/365/Tese%20-%20Rafael%20Maas%20dos%20Anjos.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2024.
- THE ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Effective Carbon Rates 2023*. Paris. 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/effective-carbon-rates-2023.htm>. Acesso em: 09 jun. 2024.
- THE ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *The Political Economy of Environmentally Related Taxes*. Paris. 2006. Dis-

ponível em: [https://www.oecd-ilibrary.org/environment/the-political-economy-of-environmentally-related-taxes\\_9789264025530-en](https://www.oecd-ilibrary.org/environment/the-political-economy-of-environmentally-related-taxes_9789264025530-en). Acesso em: 02 jun. 2024.

TUPIASSU, Lise; GONÇALVES, Amanda de Souza; GOS-DÉSORMEAUX, Jean-Raphaël. ANÁLISE DAS REFORMAS FISCAIS VERDES NO PANORAMA EUROPEU. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário (RDIET)*, Brasília, V. 14, nº 1, p. 1 – 27, Jan-Jun – 2019. ISSN: 1980-1995. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rdiet/article/view/10361>. Acesso em: 06 jun. 2024.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (PNUMA). *Emissions Gap Report 2023*. Nairóbi, Quênia. 2023. Disponível em: <https://www.unep.org/resources/emissions-gap-report-2023>. Acesso em: 10 jun. 2024.

WORLD BANK GROUP. *Fiscal Policies for Development and Climate Action*. Washington, DC. 2019. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/topic/macroeconomics/publication/fiscal-policies-for-development-and-climate-action>. Acesso em: 09 jun. 2024.





# ARBITRAGEM NO DIREITO ADMINISTRATIVO ESPANHOL: OS EMBARAÇOS AO RECONHECIMENTO DA ADMISSIBILIDADE DA VIA ARBITRAL COMO MEIO ORDINÁRIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Federico Nunes de Matos<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente ensaio tem o objetivo de investigar a admissibilidade do recurso à arbitragem para a resolução de conflitos envolvendo a administração pública no âmbito do direito administrativo espanhol. O estudo do direito espanhol, nesta matéria, mostra-se relevante por ser tradicionalmente refratário à admissibilidade do emprego da arbitragem na resolução de conflitos envolvendo a administração pública, como ainda ocorre, em certa medida, no direito brasileiro. Sem embargo do progresso vivenciado em relação ao emprego da arbitragem na resolução de conflitos entre particulares, a ordem jurídica espanhola pouco avançou no tocante à utilização da via arbitral para a resolução de conflitos envolvendo a administração pública. Ao longo do estudo, se demonstrará que, apesar dos esforços doutrinários voltados a viabilizar o recurso à via arbitral na seara do direito administrativo, a admissibilidade da arbitragem como meio de resolução de conflitos envolvendo a administração pública ainda é vista com muita desconfiança e hesitação por parte do legislador espanhol.

**Palavras-Chave:** meios alternativos resolução de conflitos; arbitragem; direito administrativo; direito espanhol.

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Professor Associado do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP.

## 1. INTRODUÇÃO

O direito espanhol, desde o final da década de 1980, avançou consideravelmente em relação ao emprego da arbitragem para a resolução de conflitos entre particulares, em especial no âmbito do direito civil e do direito empresarial. Atualmente, a legislação espanhola sobre arbitragem encontra-se entre as mais avançadas do mundo, servindo como referência para legisladores de outros países, como o Brasil.<sup>2</sup> Não obstante o progresso vivenciado em relação ao emprego da arbitragem na resolução de conflitos entre particulares, a ordem jurídica espanhola avançou timidamente no tocante à utilização da via arbitral para a resolução de conflitos envolvendo a administração pública.

A hesitação do legislador espanhol em reconhecer a arbitragem como via ordinária para a resolução de conflitos entre entidades administrativas e particulares deve-se, em parte, à influência teórica do direito administrativo francês, no qual prevalece o princípio da proibição à arbitragem<sup>3</sup>. Embora na atualidade inexistia vedação expressa ao emprego da arbitragem pela administração pública espanhola<sup>4</sup>, prevalece o entendimento de que o recurso à via arbitral depende de habilitação legal específica<sup>5</sup>, não sendo possível a aplicação da Lei de Arbitragem (Lei n.º 60/2003, de 23 de dezembro) aos conflitos em matéria de direito público. Tal quadro é agravado pela escassez de normas que autorizam o emprego da arbitragem para a resolução de conflitos protagonizados pela administração pública e pela pouca

---

<sup>2</sup> A Lei de Arbitragem espanhola de 1988 (Lei n.º 36/1988, de 5 de dezembro, atualmente revogada pela Lei n.º 60/2003, de 23 de dezembro), influenciou em diversos aspectos os juristas brasileiros responsáveis pela elaboração do anteprojeto que resultou na Lei n.º 9.307/1996 (CARMONA, 2004, p. 29).

<sup>3</sup> Sobre o princípio da proibição à arbitragem no direito administrativo francês, vale cf. KAMGA, 2012, p. 16-26; SALCEDO CASTRO, 2008, p. 15-26.

<sup>4</sup> PAREJO ALFONSO, 2012, p. 283, n. 368; ROSA MORENO, 2010, p. 171.

<sup>5</sup> GARCÍA PÉREZ, 2011, p. 60.

densidade normativa das habilitações existentes.

## 1. BREVES NOTAS ACERCA DA LEGISLAÇÃO ESPANHOLA SOBRE ARBITRAGEM E DE SUA APLICABILIDADE NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Embora o instituto da arbitragem seja antigo na ordem jurídica espanhola<sup>6</sup>, ele só foi revitalizado com o advento da Lei n.º 36/1988, de 5 de dezembro, que revogou a arcaica Lei de Arbitragem de 1953.<sup>7</sup> A Lei n.º 36/1988 teve o propósito de adequar o regime jurídico da arbitragem na Espanha ao padrão adotado pelo direito comparado e pelas principais convenções internacionais sobre a matéria<sup>8</sup>, em especial a Lei Modelo sobre a Arbitragem Comercial, da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), de 1985. A Lei n.º 36/1988 buscou eliminar os principais obstáculos ao desenvolvimento da arbitragem, por meio de: a) diminuição das formalidades; b) redução da intervenção dos juízes estatais no âmbito do procedimento arbitral; e c) limitação da possibilidade de impugnação das decisões arbitrais pelos tribunais estatais. No âmbito do direito comparado, a Lei n.º 36/1988 foi uma das primeiras a romper com a tradicional dualidade entre "cláusula compromissória" e "compromisso arbitral", unificando-as na categoria unitária "convênio arbitral".<sup>9</sup>

Silvia Barona Vilar destaca que o direito espanhol viven-

---

<sup>6</sup> Cf. BARONA VILAR, 2007, p. 31-34.

<sup>7</sup> Cf. LORCA NAVARRETE, 1989, p. 337-338. Silvia Barona Vilar (2007, p. 33-34) destaca que a Lei de Arbitragem de 1953 respondia a uma concepção puramente contratual de arbitragem, limitando o emprego da arbitragem a resolução de conflitos jurídico-privados. Segundo a citada autora, a Lei de Arbitragem de 1953, além de extremamente formalista, previa sistema complexo de impugnação das decisões arbitrais por parte dos tribunais estatais, que acabava por transferir a palavra final acerca da resolução dos conflitos para os juízes estatais (BARONA VILAR, 2007, p. 34).

<sup>8</sup> LORCA NAVARRETE, 1989, p. 338.

<sup>9</sup> LORCA NAVARRETE, 1989, p. 339-340

ciou na década de 1980 diversas iniciativas legislativas para fomentar "arbitragens setoriais", citando como exemplos: a) Lei n.º 27/1984, de 19 de julho, que tratou da arbitragem no âmbito das relações de consumo; b) art. 34.2 da Lei n.º 33/1984, de 2 de agosto, que previa o uso da arbitragem no âmbito dos contratos de seguro privado; c) Lei n.º 16/1987, de 30 de julho, que tratava da arbitragem no setor de transportes terrestres; e d) art. 143 da Lei n.º 22/1987, que tratou da arbitragem nas questões envolvendo propriedade intelectual.<sup>10</sup>

Em 26 de março de 2004, a Lei n.º 36/1988 foi revogada pela Lei n.º 60/2003, de 23 de dezembro, que passou a disciplinar a arbitragem no direito espanhol. O legislador, ao editar a Lei n.º 60/2003, teve por objetivo modernizar o regime jurídico da arbitragem, visando favorecer a realização de arbitragens internacionais no território espanhol. Conforme afirma Silvia Barona Vilar, o legislador almejava transformar a Espanha em país "exportador de laudos".<sup>11-12</sup> Em 2011, a Lei n.º 60/2003 passou por uma reforma, realizada por meio da Lei n.º 11/2011, de 20 de maio, que buscou adaptar à legislação espanhola sobre arbitragem a revisão da Lei Modelo sobre a Arbitragem Comercial, da UNCITRAL, realizada em 2006.

A doutrina destaca, todavia, que o progresso vivenciado pelo direito espanhol no reconhecimento da arbitragem como meio de resolução de controvérsias entre particulares não teve o condão de impulsionar o legislador a expandir o emprego da via arbitral para os conflitos envolvendo a administração pública.<sup>13</sup> Dessa maneira, a ordem jurídica espanhola ficou marcada pelo contraste entre uma legislação avançada em relação ao emprego

---

<sup>10</sup> BARONA VILAR, 2007, p. 34-35. Para visualizar panorama legislativo acerca do emprego da arbitragem no âmbito da legislação espanhola setorial, vale cf. BARONA VILAR, 2007, p. 35-36, n. 14.

<sup>11</sup> BARONA VILAR, 2007, p. 39.

<sup>12</sup> Para uma visão panorâmica acerca das principais alterações introduzidas pela Lei n.º 60/2003 ao regime jurídico arbitral espanhol, vale cf. BARONA VILAR, 2007, p. 39-44.

<sup>13</sup> DORREGO DE CARLOS, 2013, p. 2; ROSA MORENO, 2010, p. 152.

da arbitragem para a solução de conflitos envolvendo a aplicação do direito privado e a escassa disciplina normativa sobre a matéria no âmbito do direito público.

Ao contrário de outras ordens jurídicas em que a doutrina e a jurisprudência admitem que a legislação sobre arbitragem em matéria de direito privado possa ser utilizada, com as devidas adaptações, para a resolução de conflitos envolvendo a administração pública, prevalece no direito espanhol o entendimento de que a Lei n.º 60/2003 não constitui diploma normativo adequado para disciplinar o juízo arbitral voltado para solução de litígios envolvendo a aplicação do direito público.<sup>14</sup> Roberto O. Bustillo Bollado enumera diversos aspectos da Lei n.º 60/2003 que seriam incompatíveis com a arbitragem envolvendo a administração pública:

- a) a noção de disponibilidade do direito utilizada pela Lei n.º 60/2003 como critério para a arbitrabilidade objetiva do conflito (art. 2.1) seria inapropriada para os litígios envolvendo a administração pública, em razão da sua imprecisão;
- b) a ausência de exigência de especialização do árbitro por parte da Lei n.º 60/2003, limitando-se a exigir que ele esteja no pleno exercício de seus direitos civis (art. 13), seria incompatível com a natureza dos conflitos protagonizados pela administração pública, que, por envolverem o interesse geral, demandam maior formação e especialidade do julgador;
- c) a Lei n.º 60/2003 não prevê a publicação do laudo arbitral, o que conflitaria com a exigência de publicidade a que está submetida a administração pública;
- d) a insuficiência, na ótica do direito administrativo, das normas da Lei n.º 60/2003 que tratam da concessão de

---

<sup>14</sup> BUSTILLO BOLADO, 2010, p. 463-466; HUERGO LORA, 2007, p. 277-278; TORNOS MAS, 1995, p. 177.

medidas cautelares e da execução dos laudos arbitrais.<sup>15</sup>

Tais argumentos não parecem ser suficientes para afastar a possibilidade de incidência da Lei n.º 60/2003 nos conflitos protagonizados pela administração pública. Os aspectos da Lei n.º 60/2006 apontados por Roberto O. Bustillo Bollado como incompatíveis com o regime jurídico administrativo também estão presentes na maioria das legislações estrangeiras sobre arbitragem. Nem por isso, na maior parte das ordens jurídicas, a doutrina e a jurisprudência defenderam a exigência de lei específica para disciplinar o juízo arbitral envolvendo a administração pública. A solução mais adequada seria a de o legislador prever a aplicação da Lei n.º 60/2003 às arbitragens envolvendo a administração pública, estabelecendo algumas adaptações pontuais, de modo a compatibilizar a disciplina jurídica geral da arbitragem às especificidades do regime jurídico a que estão submetidas as entidades administrativas.

Marta García Pérez registra que em 2001 ocorreu a tentativa fracassada de, mediante anteprojeto de lei, disciplinar de forma específica a arbitragem no âmbito do direito administrativo. Os autores desse anteprojeto de lei estabeleceram rol taxativo de matérias passíveis de serem submetidas à arbitragem. De acordo com o referido anteprojeto, poderiam ser submetidos à arbitragem os litígios relativos a:

- a) execução e interpretação dos contratos da administração pública;
- b) aplicação dos convênios celebrados entre a administração pública e as pessoas privadas, físicas ou jurídicas, excluídas do âmbito de aplicação da legislação contra-

---

<sup>15</sup> BUSTILLO BOLADO, 2010, p. 463-466. O autor também considerava como incompatível com os conflitos envolvendo a administração pública a presunção em favor da arbitragem de equidade prevista no art. 4 da Lei n.º 36/1988 (BUSTILLO BOLADO, 2010, p. 463). No entanto, Roberto O. Bustillo Bolado (2010, p. 465) entende que a Lei n.º 60/2003, ao estabelecer preferência pela arbitragem de direito em relação à de equidade (art. 34.1), afastou tal incompatibilidade com o regime jurídico administrativo.

- tual;
- c) determinação do valor das indenizações derivadas da responsabilidade patrimonial das administrações públicas;
  - d) determinação do justo preço nos casos de desapropriação e de juros de mora por atraso na determinação e pagamento dele;
  - e) qualquer atuação que ponha fim a um procedimento administrativo que, de acordo com sua norma reguladora, possa ser finalizada mediante convênio com os interessados nas condições previstas no art. 88 da Lei n.º 30/1992, com independência do que se produza na terminação convencional.<sup>16</sup>

Pode-se afirmar que no direito espanhol não apenas prevalece o entendimento de que a arbitragem envolvendo a administração pública depende de autorização legal específica, mas que tal juízo arbitral deve ser disciplinado por meio de legislação especial, diversa da aplicável aos litígios envolvendo relações jurídicas entre particulares.

## 2. A DENOMINADA "ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA"

O direito espanhol é marcado por certa tendência legislativa e doutrinária de qualificar como "arbitragem" meios de resolução de divergência que não constituem, tecnicamente, a arbitragem em seu sentido próprio.<sup>17</sup> Tal situação ocorre com a denominada "arbitragem administrativa", prevista no âmbito de legislação espanhola sobre processo administrativo.

---

<sup>16</sup> *In*: GARCÍA PÉREZ, 2011, p. 67-68. Marta García Pérez (2011, p. 67-68) não fornece maiores detalhes sobre o citado anteprojeto de lei nem informa as razões para seu fracasso. Foram feitas, sem sucesso, diversas tentativas, por meio de pesquisa em sítios oficiais do Estado espanhol, para localizar o texto do anteprojeto de lei em questão e mais detalhes sobre o seu destino. Os demais livros e artigos consultados para a elaboração deste artigo, não mencionam a existência desse anteprojeto de lei.

<sup>17</sup> HUERGO LORA, 2007, p. 273.

A Lei n.º 30/1992, de 26 de novembro, denominada "Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Processo Administrativo Comum" (LRJPAC), disciplina em seu Título VII a "revisão de atos na via administrativa". O art. 107 da referida lei, sob o título de "Objeto e classes", prevê duas espécies de recursos administrativos ordinários: a) o recurso de alçada<sup>18</sup>; e b) o recurso de reposição.<sup>19</sup> O art. 107.2 da LRJPAC reconhece a possibilidade de que ambos os recursos administrativos sejam substituídos por procedimentos alternativos, tais como impugnação, reclamação, conciliação, mediação e arbitragem. Dispõe o referido dispositivo legal:

As leis poderão substituir o recurso de alçada, em hipóteses ou âmbitos setoriais determinados, e quando a especificidade da matéria assim o justificar, por outros procedimentos de impugnação, ação, conciliação, mediação e arbitragem, perante órgãos colegiados ou comissões específicas não submetidas a instruções hierárquicas, com respeito aos princípios, garantias e prazos que a presente lei reconhece aos cidadãos e aos interessados em todo processo administrativo.<sup>20-21</sup>

Inicialmente, deve-se observar que o art. 107.2 da LRJPAC prevê expressamente que "as leis" poderão substituir os recursos administrativos de alçada e de recomposição por outras vias alternativas. Com isso, exige-se que o legislador estatal ou autonômico discipline o conteúdo normativo constante do referido dispositivo legal.

---

<sup>18</sup> O recurso de alçada tem por objeto atos que põem fim à via administrativa, sendo interposto perante o superior hierárquico do órgão que proferiu a decisão recorrida. Ou seja, trata-se de espécie de recurso hierárquico. Para aprofundamento na disciplina normativa do recurso de alçada, vale cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, 2014, p. 545-547; PAREJO ALFONSO, 2012, p. 608-609.

<sup>19</sup> O recurso de reposição tem por objeto atos que põem fim à via administrativa, sendo interposto perante o mesmo órgão que proferiu a decisão recorrida. Ou seja, no recurso de reposição busca-se a reconsideração da decisão proferida inicialmente. Para aprofundamento na disciplina normativa do recurso de alçada, vale cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, 2014, p. 547-548; PAREJO ALFONSO, 2012, p. 609.

<sup>20</sup> *In*: GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, 2014, p. 552.

<sup>21</sup> A segunda parte do art. 107.2 da LRJPAC estende tal possibilidade também para o recuso de reposição.



Não obstante o art. 107.2 da LRJPAC ter sido bastante elogiado pela doutrina<sup>22</sup>, ele não surtiu qualquer efeito prático, tendo em vista a omissão do legislador em estabelecer as hipóteses ou âmbitos setoriais em que tais procedimentos alternativos seriam aplicados.<sup>23</sup> Segundo Marta García Pérez, o único efeito real produzido pelo referido preceito legal foi o de gerar grande polêmica em torno da admissibilidade da arbitragem no âmbito do direito público.<sup>24</sup> Segundo a referida autora, parcela da doutrina sustentava inicialmente que o referido dispositivo instituiu abertura para a admissibilidade da arbitragem propriamente dita no âmbito do direito administrativo.<sup>25</sup>

Prevalece, no entanto, o entendimento de que o art. 107.2 da LRJPAC não prevê o emprego de arbitragem em sentido estrito no âmbito do direito administrativo.<sup>26</sup> A "arbitragem" mencionada pelo referido dispositivo legal constitui simples substituto do procedimento de recurso administrativo, sendo desprovida de natureza jurisdicional. Segundo Roberto O. Bustillo Bolado, trata-se de uso equivocado do vocábulo *arbitragem* por parte do legislador.<sup>27</sup> A decisão proferida no âmbito deste procedimento alternativo ao recurso administrativo constitui mero ato administrativo, cujos efeitos não podem ser equiparados aos das sentenças prolatadas pelos tribunais estatais. Além disso, tal decisão não possui caráter definitivo, sendo passível de controle

---

<sup>22</sup> GARCÍA PÉREZ, 2011, p. 114.

<sup>23</sup> Neste sentido leciona Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (2014, p. 553): "A novidade continua praticamente inédita, já que o Governo deixou de cumprir o ônus que neste sentido lhe foi incumbido pela disposição adicional segunda, da Lei de reforma da LPC, de 13 de janeiro de 1999, qual seja, de remeter às Cortes Gerais, no prazo de dezoito meses, o projeto ou projetos de Lei necessários para regular estes novos procedimentos". No mesmo sentido, cf. GARCÍA PÉREZ, 2011, p. 119-120

<sup>24</sup> GARCÍA PÉREZ, 2011, p. 114.

<sup>25</sup> GARCÍA PÉREZ, 2011, p. 114.

<sup>26</sup> Neste sentido, cf. BOSTILLO BOLADO, 2010, p. 448-449 e 472-476; GARCÍA PÉREZ, 2011, p. 114-115; PAREJO ALFONSO, 1999, p. 24; ROSA MORENO, 2010, 174-178; SAENZ CASALS, 1994, p. 713.

<sup>27</sup> BOSTILLO BOLADO, 2010, p. 448.

de legalidade por parte dos tribunais administrativos (contencioso administrativo)<sup>28</sup>. Neste sentido, a lição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández: "A decisão que possa vir a ser proferida nestes procedimentos alternativos terá sempre idêntico valor e efeito que a dos recursos ordinários aos quais substituem e, como esta, exaurirá a via administrativa, deixando livre a jurisdicional contencioso-administrativo".<sup>29</sup>

Conquanto a menção à "arbitragem" prevista no art. 107.2 da LRJPAC não possa ser considerada arbitragem *stricto sensu*, a doutrina espanhola tem qualificado tal possibilidade de procedimento alternativo ao recurso administrativo como "arbitragem administrativa".<sup>30</sup> Embora a denominada "arbitragem administrativa" tenha despertado grande interesse doutrinário e ensejado diversas discussões acadêmicas, não gerou efeitos práticos, em razão da falta de interesse legislativo em sua efetivação.

### 3. A ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA LEGISLAÇÃO ESPANHOLA VIGENTE

A arbitragem de conflitos envolvendo a administração pública vem despertando grande interesse por parte da doutrina espanhola. No entanto, o interesse acadêmico pelo tema não tem sido acompanhado de empenho legislativo em disciplinar seu emprego no âmbito do direito público. Ainda são escassas as previsões normativas que autorizam o recurso à arbitragem por parte das entidades administrativas. Na sequência, analisam-se as principais previsões legais acerca da utilização da arbitragem no âmbito do direito administrativo espanhol.

#### 3.1 ARBITRAGEM NA LEGISLAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

---

<sup>28</sup> BOSTILLO BOLADO, 2010, p. 449.

<sup>29</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ, 2014, p. 553.

<sup>30</sup> BOSTILLO BOLADO, 2010, p. 448; GARCÍA PÉREZ, 2011, p. 114; PAREJO ALFONSO, 1999, p. 11.

O art. 7.3 da Lei n.º 47/2003, de 26 de novembro, denominada "Lei Geral Orçamentária" (LGP), faz menção expressa ao emprego da arbitragem para a resolução de controvérsias envolvendo a administração pública. Ele estabelece que não se pode transigir, judicial ou extrajudicialmente, quanto aos direitos de titularidade da fazenda pública estatal nem submeter à arbitragem controvérsias que sejam relacionadas a estes, salvo mediante real decreto, aprovado pelo Conselho de Ministros, ouvido o pleno do Conselho de Estado.<sup>31</sup>

Para Marta García Pérez, a norma contida na LGP não constitui a habilitação legal que a doutrina aguarda para viabilizar a utilização da arbitragem na resolução de conflitos envolvendo a administração pública.<sup>32</sup> A autora afirma que o art. 7.3 da LGP limita-se a estabelecer a forma necessária para se autorizar o emprego da arbitragem pela administração pública, porém não especifica o regime jurídico aplicável ao juízo arbitral.<sup>33</sup> Na mesma linha, Joaquín Tornos Mas destaca que a referida norma não responde às questões fundamentais acerca da arbitragem no direito administrativo, tais como: a) quais matérias são suscetíveis de serem submetidas à arbitragem; b) qual o tipo de arbitragem possível; c) como deve se constituir a convenção de arbitragem; d) quem pode ser árbitro; e) se podem ser concedidas medidas cautelares durante a tramitação do processo arbitral<sup>34</sup>.

A Junta Consultiva de Contratação Administrativa, por meio do Informe n.º 104/1981, de 28 de janeiro de 1982, com base no art. 39 da LGP de 1977, cujo conteúdo era semelhante ao art. 7.3 da vigente LGP, concluiu que os contratos celebrados pela administração pública, tanto os submetidos ao direito admi-

---

<sup>31</sup> Disposição normativa semelhante já era prevista no art. 39 da Lei Geral Orçamentária de 1977 (Lei n.º 11/1977, de 4 de janeiro).

<sup>32</sup> GARCÍA PÉREZ, 2011, p. 95.

<sup>33</sup> GARCÍA PÉREZ, 2011, p. 95.

<sup>34</sup> TORNOS MAS, 2010, p. 198.

nistrativo quanto os disciplinados pelo direito privado, poderão conter cláusula compromissória ou ser objeto de compromisso arbitral, desde que haja a aludida autorização do Conselho de Ministros.<sup>35</sup> Junta Consultiva de Contratação Administrativa também entendeu que, caso a autorização expedida pelo Conselho de Ministros não contenha as disposições normativas necessárias ao desenvolvimento do juízo arbitral, caberá à cláusula compromissória ou ao compromisso arbitral estabelecer as condições para a realização da arbitragem.

A expressão *fazenda pública estatal*, empregada pelo art. 7.3 da LGP, inclui a Administração Geral do Estado e os organismos autônomos. Dessa maneira, a LGP deixa de tratar das entidades administrativas instrumentais, tais como, as entidades públicas empresariais, as agências estatais, os organismos públicos regidos por suas normas específicas, as sociedades mercantis, as fundações do setor público e os consórcios.<sup>36</sup> Marta García Pérez observa que a doutrina não tem interpretado que o silêncio do legislador em tratar das entidades administrativas instrumentais constitua proibição por omissão.<sup>37</sup> Segundo a autora, a competência para autorizar a celebração de convenção de arbitragem deverá ser extraída das normas que disciplinam a atuação de tais entidades administrativas.<sup>38</sup> Na falta de norma expressa sobre a competência para subscrever convenção de arbitragem, Marta García Pérez entende que caberá à autoridade competente para propor ações judiciais expedir a autorização necessária para que a entidade possa se submeter ao juízo arbitral<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> ESPANHA. Ministério da Fazenda e Função Pública. Junta Consultiva de Contratação Pública. Informe n.º 104/1981. Madri, 28 de janeiro de 1982. Disponível em: <<http://www.minhfp.gob.es/Documentacion/Publico/SGT/LEYES/CONTRATOS%20SECTOR%20PUBLICO/%C2%A7%20I%20y%20%C2%A7%20II%20Informes%20de%20la%20junta%20consultiva.htm>>. Acesso em: 05 de julho de 2023.

<sup>36</sup> GARCÍA PÉREZ, 2011, p. 96.

<sup>37</sup> GARCÍA PÉREZ, 2011, p. 96.

<sup>38</sup> GARCÍA PÉREZ, 2011, p. 96.

<sup>39</sup> GARCÍA PÉREZ, 2011, p. 96.

### 3.2 ARBITRAGEM E A LEGISLAÇÃO SOBRE O PATRIMÔNIO DAS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS

Seguindo a mesma esteira da LGP, a Lei n.º 33/2003, de 3 de novembro, denominada "Lei do Patrimônio das Administrações Públicas" (LPAP), igualmente, tratou do emprego da arbitragem na resolução de conflitos envolvendo a administração pública. O art. 31 da LPAP, adotando fórmula semelhante à da LGP<sup>40</sup>, estabelece que não se pode transigir, judicial ou extrajudicialmente, quanto aos bens e direitos integrantes do patrimônio do Estado nem submeter à arbitragem controvérsias que sejam relacionadas a eles, salvo mediante real decreto, aprovado pelo Conselho de Ministros, mediante proposta do Ministro da Fazenda, ouvido o pleno do Conselho de Estado.

Marta García Pérez, ao comentar o citado dispositivo legal, destaca a escassa imaginação e a falta de pretensão inovadora por parte do legislador.<sup>41</sup> O legislador espanhol, novamente, limitou-se a estabelecer a forma necessária para se autorizar o emprego da arbitragem pela administração pública, sem fazer qualquer menção ao regime jurídico aplicável ao juízo arbitral. A única inovação introduzida pelo art. 31 da LPAP em relação à fórmula geral adotada pela LGP diz respeito à definição da competência para propor ao Conselho de Ministros a autorização para o recurso à arbitragem, que foi atribuída ao Ministro da Fazenda. Não obstante o art. 31 LPAP não ter inovado em relação ao modelo adotado pela LGP, pode-se afirmar que houve significativo avanço em relação ao art. 41 da LPAP anterior (Decreto n.º 1.022/1964, de 15 de abril), que estabelecia que os conflitos sobre bens e direito patrimoniais da administração pública somente poderiam ser submetidos a arbitragem mediante autorização legal específica.

No âmbito da legislação autonômica, a autorização para

---

<sup>40</sup> ROSA MORENO, 2010, p. 171; TORNOS MAS, 2010, p. 198.

<sup>41</sup> GARCÍA PÉREZ, 2011, p. 110.

que a administração pública possa submeter à arbitragem conflitos relativos a bens e direitos de titularidade do poder público é, geralmente, atribuída à conselho consultivo autônomo que exerça funções similares às do Conselho de Ministros.<sup>42</sup>

Marta García Pérez entende que a exigência de condicionar a utilização da via arbitral pela administração pública à autorização do Conselho de Ministros ou de conselho consultivo autônomo similar é excessiva e coloca em risco a própria viabilidade prática da arbitragem no âmbito do direito administrativo.<sup>43</sup> Segundo a citada autora, este tipo de regulamentação legal acaba por restringir o uso da arbitragem aos conflitos de grande repercussão econômica ou social, inviabilizando o recurso à via arbitral para a solução de questões cotidianas, que acabam por congestionar os tribunais estatais.<sup>44</sup>

### 3.3 ARBITRAGEM NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO SOBRE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

A doutrina espanhola, assim como a doutrina estrangeira em geral, tradicionalmente concebe as contratações públicas como campo propício à incorporação da arbitragem no âmbito do direito administrativo.<sup>45</sup>

A Lei n.º 13/1995, de 18 de maio, denominada "Lei de Contratos das Administrações Públicas", foi a primeira norma geral em matéria de contratos públicos aprovada após o ingresso da Espanha na União Europeia.<sup>46</sup> O art. 61.2 da Lei n.º 13/1995 previa que a submissão de conflitos decorrentes de contratos da administração pública à arbitragem estava sujeita aos requisitos

---

<sup>42</sup> GARCÍA PÉREZ, 2011, p. 111.

<sup>43</sup> GARCÍA PÉREZ, 2011, p. 112.

<sup>44</sup> GARCÍA PÉREZ, 2011, p. 112.

<sup>45</sup> Cf. DERROGO DE CARLOS, 2013, p. 6-10; GARCÍA PÉREZ, 2011, p. 53-54; GRANADO HIJELMO, 2005, p. 54; ROSA MORENO, 2010, p. 186-187; TORNOS MAS, 1995, p. 176; TRAYTER, 1997, p. 96.

<sup>46</sup> DORREGO DE CARLOS, 2013, p. 5. Neste mesmo sentido, cf. ESTORNINHO, 2012, p. 254.

estabelecidos na Lei Geral Orçamentária (LGP). Na prática, tal dispositivo legal constituía severa restrição à utilização da arbitragem em matéria de contratação pública, já que a inclusão de cláusula compromissória em contrato celebrado pela administração pública dependia de autorização *ad hoc* conferida pelo Conselho de Ministros, por meio de decreto real, ouvido o pleno do Conselho de Estado.

De outro lado, o art. 117.3 da Lei n.º 13/1995, ao tratar dos contratos da administração pública celebrados no exterior, previa que nos ajustes firmados com empresas estrangeiras se procurará, sempre que as circunstâncias justificarem, incorporar cláusulas no sentido de resolver eventuais divergências por meio de "simples arbitragem". O citado dispositivo legal afastou nos referidos contratos a necessidade de autorização do Conselho de Ministros para a celebração de cláusula compromissória.

O Real Decreto Legislativo n.º 2/2000, de 16 de junho, que aprovou o texto consolidado da Lei de Contratos das Administrações Públicas, manteve a dualidade de tratamento jurídico em relação ao emprego da arbitragem no âmbito das contratações públicas, prevendo disciplina normativa restritiva para os contratos públicos em geral e regime permissivo para os contratos celebrados no exterior com empresas estrangeiras.

Tal situação normativa se manteve até o advento da Lei n.º 30/2007, de 30 de outubro, denominada "Lei dos Contratos do Setor Público" (LCSP). O art. 39 da LCSP, visando favorecer o emprego da arbitragem no âmbito das contratações públicas, previu que os entes, os organismos e as entidades do setor público que "não tenham o caráter de administrações públicas" poderão recorrer à arbitragem, em conformidade com as disposições da Lei n.º 60/2003 (Lei de Arbitragem), para a resolução de divergências em relação aos efeitos, ao cumprimento e à extinção de contratos. Tal regra foi posteriormente transposta para o art. 50 do Real Decreto Legislativo n.º 3/2011, de 14 de novembro, que aprovou o texto consolidado da Lei de Contratos do Se-

tor Público (LCSP).

A LCSP proporcionou relativo avanço no que se refere ao emprego da arbitragem no âmbito dos contratos públicos, afastando no âmbito dos contratos firmados pelos entes, organismos e entidades do setor público que "não tenham o caráter de administrações públicas" a exigência prevista na LGP de que o recurso à arbitragem seja autorizado pelo Conselho de Ministros, por meio de decreto real.

Para delimitar do ponto de vista subjetivo o alcance da habilitação normativa prevista pelo art. 50 da LCSP, é necessário, no entanto, definir quais são os entes, os organismos e as entidades do setor público que "não têm o caráter de administrações públicas". O art. 3.2 da LCSP, ao definir o âmbito de aplicação da referida lei, considera como integrante da "administração pública": a) a Administração Geral do Estado, as administrações das comunidades autonômicas e as entidades que integram a administração local; b) as entidades gestoras e os serviços comuns da seguridade social; c) os órgãos autonômicos; d) as universidades públicas; e) as entidades de direito público que, com independência funcional ou com especial autonomia reconhecida por lei, tenham atribuições funcionais de regulação ou controle de caráter externo sobre determinado setor ou atividade; e f) as entidades de direito público vinculadas a uma ou mais administrações públicas ou dependentes delas, que apresentem alguma das seguintes características: que sua atividade principal não consista em produção em regime de mercado de bens e serviços destinados ao consumo individual ou coletivo, ou que efetue operações de redistribuição da renda e da riqueza nacional, em todo caso sem ânimo de lucro; ou que não se financie majoritariamente com receitas, qualquer que seja a sua natureza, obtidas como contrapartida pela entrega de bens ou pela prestação de serviços.

Por exclusão, todos os entes, organismos e entidades do setor público que não se encontrem enquadrados entre aquelas



mencionadas pelo art. 3.2 da LCSP não são qualificados como administração pública para os fins da referida norma jurídica, estando, portanto, habilitados a recorrer à arbitragem para a resolução de conflitos contratuais, nos termos do art. 50 da LCSP. Pode-se afirmar que a maior parte das entidades habilitadas pela LCSP a recorrer à arbitragem tem por finalidade o exercício de atividade econômica em sentido amplo.

Não obstante a norma contida no art. 50 da LCSP demonstrar certa evolução no sentido de reconhecer a arbitragem como meio de resolução de conflitos no âmbito do direito público, tal evolução ainda é modesta, tendo em vista que parcela significativa das entidades integrantes do setor público não foi impactada pela referida norma.

No que se refere à definição do regime jurídico aplicável à arbitragem em matéria de contratação pública, todavia, o art. 50 da LCSP avançou significativamente em relação ao art. 7.3 da LGP ao prever que o juízo arbitral será disciplinado pelas normas previstas pela Lei n.º 60/2003 (Lei de Arbitragem). Com isso, o art. 50 da LCSP acabou por romper com a concepção doutrinária dominante de que a Lei de Arbitragem não constitui norma jurídica adequada para a resolução de litígios envolvendo a aplicação do direito público.

Entretanto, a Lei n.º 9/2017, de 8 de novembro, que substituiu a vigente “Lei dos Contratos do Setor Público” (LCSP), que transpôs para o ordenamento jurídico espanhol as Diretivas do Parlamento e do Conselho Europeu 2014/23/UE e 2014/24/UE, de 26 de fevereiro de 2014, não mais reproduz o comando ora contido no art. 50 do Real Decreto Legislativo n.º 3/2011. Com isso, a vigente LCSP deixou de prever expressamente, como fazia a sua antecessora, que o juízo arbitral seria disciplinado pelas normas previstas pela Lei n.º 60/2003 (Lei de Arbitragem). Portanto, pode-se afirmar que a Lei n.º 9/2017 constitui retrocesso no que se refere ao reconhecimento da Lei de Arbitragem como norma jurídica apropriada para resolução de conflitos em maté-

ria de direito público.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito do progresso experimentado em relação ao emprego da arbitragem na resolução de conflitos entre particulares, a ordem jurídica espanhola avançou muito pouco no tocante à utilização da via arbitral para a resolução de conflitos envolvendo a administração pública.

O direito espanhol, apesar de alguns avanços recentes, ainda pode ser considerado como refratário ao emprego da arbitragem para a resolução de conflitos envolvendo a administração pública. A arbitragem está longe de ser considerada pelo direito espanhol como via ordinária para a resolução de conflitos em matéria de direito administrativo. A legislação espanhola, ao prever que parcela significativa das pessoas jurídicas de direito público para recorrer à via arbitral depende de autorização *ad hoc* do Conselho de Ministros, acabou, na prática, por transformar a arbitragem em meio excepcional para a resolução de conflitos na seara do direito administrativo.

Apesar dos esforços doutrinários voltados a viabilizar o recurso à via arbitral no âmbito do direito administrativo espanhol, a admissibilidade da arbitragem como meio de resolução de conflitos envolvendo a administração pública ainda é vista com muita desconfiança e hesitação por parte do legislador.



#### REFERÊNCIAS

BARONA VILAR, Silvia. Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia. In: BARONA VILAR, Silvia (Coord.). *Arbitraje y justicia en*

- el siglo XXI*. Madri: Civitas, 2007. p. 25-58.
- BUSTILLO BOLADO, Roberto O. *Convenios y contratos administrativos*: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento. 3. ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2010.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à lei nº 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- DORREGO DE CARLOS, Alberto. El arbitraje en los contratos públicos. *Revista Jurídica de Castilla y León*. Valladolid, n. 29, p. 01-18, janeiro 2013.
- ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*: por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2012.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de direito administrativo*. Revisão técnica de Carlos Ari Sundfeld. Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Volume II.
- GARCÍA PÉREZ, Marta. *Arbitrage y derecho administrativo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2011.
- GRANADO HIJELMO, Ignacio. El arbitraje en derecho administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación. *Revista Jurídica de Navarra*. Pamplona, n. 39, p. 39-56, jan./jun. 2005.
- HUERGO LORA, Alejandro. El arbitraje en el derecho administrativo. In: BARONA VILAR, Silvia (Coord.). *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*. Madri: Civitas, 2007. p. 268-286.
- KAMGA, Joseph. *L'arbitrage en matière administrative*: aspects du droit positif français. Berlim: Éditions Universitaires Européennes, 2012.
- LORCA NAVARRETE, Antonio M.<sup>a</sup>. La nueva ley de arbitraje española. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 26, n. 104, p. 337-340, out/dez. 1989.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. Algunas reflexiones sobre el

- "arbitraje administrativo", a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. Madri, n. 01, p. 11-27, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Transformación y ¿reforma? del derecho administrativo en España*. Sevilha: Global Law Press-Editorial Derecho Global/INAP, 2012.
- ROSA MORENO, Juan. El arbitraje en el derecho administrativo español. In: VILLA-LOBOS, Nuno; VIEIRA, Mónica Brito. *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 151-192.
- SALCEDO CASTRO, Myriam. *Proyección y cambios recientes en el arbitraje de contratos públicos en Francia: estudio comparativo sobre su evolución en Francia y en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008.
- TORNOS MAS, Joaquín. El arbitraje de derecho administrativo en el derecho español: principales problemas y últimas novedades. In: VILLA-LOBOS, Nuno; VIEIRA, Mónica Brito. *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 193-211.
- \_\_\_\_\_. Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos. *Revista de Administración Pública*. Madri, n. 136, p. 149-177, jan./abr. 1995.
- TRAYTER, Juan Manuel. El arbitraje de derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*. Madri, n. 143, p. 75-106, mai./ago. 1997.

# ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS DE GERAÇÃO DISTRIBUÍDA: EFICIÊNCIA, SEGURANÇA E REGULAÇÃO\*

Eduardo Henrique Nazari

Sumário: 1. Introdução. 2. Uma análise do contrato de micro e minigeração distribuída. 3. A análise econômica dos contratos de micro e minigeração distribuída. i. Assimetria informativa e a captura. ii. Racionalidade limitada. iii. O risco e o problema do subsídio. iv. Risco moral e oportunismo. 4. Monopólio e concorrência na geração e distribuição de energia. i. A regulação e o rent seeking. ii. O monopólio da transmissão e distribuição. iii. O monopólio aparente da geração. iv. O risco do monopólio e monopsônio nos contratos de energia. v. A nacionalização e a solução subótima. 5. Risco jurídico e segurança contratual na microgeração distribuída. 6. Uma análise de sistemas de energia. i. O caso francês. Conclusão. Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O setor de energia elétrica ocupa posição central na estrutura econômica contemporânea, dada sua essencialidade tanto para a dinâmica produtiva quanto para o bem-estar social. Entretanto, diferentemente de mercados convencionais, o mercado de energia caracteriza-se por elevadas barreiras de entrada, forte presença de monopólios naturais na transmissão e distribuição e uma crescente complexidade regulatória, com agentes atuantes restritos e recorrentes. No contexto brasileiro, esse panorama é ainda mais sensível frente ao avanço

---

\* Relatório acadêmico apresentado ao Curso de Doutorado em Direito e Ciências Jurídicas, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no Seminário de Investigação de Análise Econômica do Direito.

da micro e minigeração distribuída (GD), impulsionada por transformações tecnológicas, pressões ambientais e pela busca de eficiência descentralizada.

A geração distribuída representa uma ruptura parcial do modelo tradicional, ao permitir que consumidores assumam simultaneamente o papel de geradores de energia. Apesar dos avanços promovidos pela Lei nº 14.300/2022, que institui o marco legal da GD, o ambiente jurídico-regulatório permanece marcado por incertezas, disputas tributárias, assimetrias informacionais e riscos contratuais significativos. A estruturação de contratos no âmbito da GD, especialmente no modelo de geração compartilhada via cooperativas, associações ou consórcios, revela desafios relevantes que transitam entre os domínios do Direito, da Economia e da Regulação.

Neste cenário, a aplicação da Análise Econômica do Direito (AED) oferece instrumentos metodológicos robustos para compreender as falhas de mercado, os riscos decorrentes de assimetrias informacionais, a racionalidade limitada dos agentes, os problemas de risco moral, oportunismo e captura regulatória. A reflexão se torna ainda mais pertinente diante do crescente debate sobre os efeitos dos subsídios cruzados, do risco de concentração de mercado (monopólios e monopsônios) e da ineficiência provocada por estruturas verticalizadas no setor.

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise crítica dos contratos de geração distribuída no Brasil, especialmente sob o viés da eficiência econômica, da segurança jurídica e da atuação regulatória. Parte-se da hipótese de que o atual modelo normativo, embora avance na formalização da GD, ainda perpetua desequilíbrios econômicos e jurídicos que comprometem a eficiência do setor e aumentam o custo de transação dos agentes.

## 2. UMA ANÁLISE DO CONTRATO DE MICRO E MINIGERAÇÃO DISTRIBUÍDA

O mercado de energia/eletricidade possui inúmeras particularidades que não são encontradas em outros setores, o que torna-o especificamente complexo em matéria de discussões econômicas, considerando-se minimamente os seguintes fatores: a) não há uma forma de armazenamento de grande quantidade de energia elétrica a baixo custo; b) a distribuição e transmissão de energia dependem de “redes de redes” complexas e de larga escala; c) a organização destas redes são restritivas em termos de acesso, limitações físicas e de carga; d) a criação destas redes de transmissão e distribuição de energia são pressionadas incessantemente por uma crescente expansão da procura; e) esta procura por energia também encontra inúmeras variações horárias, exigindo uma constante adaptação e medição sobre estas demandas em tempo real, cada vez mais sofisticadas<sup>1</sup>.

Neste cenário caótico e de alta complexidade, serão analisadas soluções em termos de micro e mini geradores de energia que atuam no setor privado e entraram neste mercado para fins de suprir uma demanda e buscam conciliar-se com as altas regulações e demais atores do mercado.

A micro e mini geração distribuída refere-se à produção de energia elétrica conectada à rede de distribuição, por consumidores que também são geradores. A microgeração possui potência instalada de até 75 kW (quilowatt), enquanto a minigeração vai de 75 kW até 5 MW (megawatt). Grande parte da geração é feita por meio de fontes renováveis como solar, eólica, hidráulica e biomassa, em que consome-se parte da energia na unidade consumidora em si e a energia excedente pode ser compensada, reduzindo a conta de luz<sup>2</sup>.

As unidades de micro e mini geração distribuída acabam

---

<sup>1</sup> ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*, 4ª Edição, I. Introdução e Microeconomia, AAFDL, Lisboa, p. 760-762, 2021.

<sup>2</sup> BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). *Geração Distribuída*. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/geracao-distribuida>. Acesso em: 11 fev. 2025.

por performar junto a um sistema denominado como SCEE (Sistema de Compensação de Energia Elétrica), cuja concepção é de que os geradores de energia façam a sua injeção junto ao sistema da geração distribuída, nas redes de energia da distribuidora (concessionária) durante o seu período gerador, adquirindo créditos de energia e quando não estiverem injetando energia na rede, façam um consumo sobre aquilo que fora injetado anteriormente, com o abatimento sobre o saldo de créditos existente. Em resumo o Sistema SCEE é como se fosse uma bateria, em que nos momentos de produção energética cria-se um estoque de energia, utilizando a rede de transmissão como uma bateria e posteriormente, é feito o consumo dela quando não se está injetando<sup>3</sup>.

Como não é possível delimitar que a mesma energia produzida foi consumida posteriormente, denominou-se que toda a energia injetada na rede de transmissão acarretaria uma geração de crédito que poderia vir a ser compensada em algumas modalidades, sendo que o prazo deste crédito para ser consumido pode ser de até 60 meses a contar do momento do fornecimento da energia junto a rede<sup>4</sup>.

Neste sistema de SCEE há a especificação para 4 modalidades de atuação que são delimitadas junto ao art. 9º da lei 14.300/2022, que servem tanto para pessoas físicas quanto jurídicas, i) autoconsumo local: a energia gerada é compensada no mesmo local da geração, ii) autoconsumo remoto: a energia gerada é compensada em outro local, desde que as unidades consumidoras possuam o mesmo titular, iii) múltiplas unidades consumidoras: energia é dividida entre condomínios, a critério e divisão entre eles e iv) geração compartilhada, vários interessados

---

<sup>3</sup> BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). *Geração Distribuída*. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/geracao-distribuida>. Acesso em: 11 fev. 2025.

<sup>4</sup> BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). *Geração Distribuída*. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/geracao-distribuida>. Acesso em: 11 fev. 2025.



podem se associar através de consórcios, cooperativas, associações cíveis, para fins de instalar as unidades consumidoras e compensar os seus consumos<sup>5</sup>.

Sem retirar o interesse entre os demais métodos de geração e abatimento, prioriza-se, por questão de enquadramento e delimitação temática, o item “iv”, referente aos aspectos de geração compartilhada e da relação jurídica entre gerador, cooperativa (ou associação e consórcio) e concessionária, em que encontram-se os principais problemas e causas de discussão a nível jurídico e econômico.

Nestes itens encontram maior vigor e relevância as cooperativas<sup>6</sup> e as associações, que são modalidades de construção de pessoas jurídicas que possuem um objetivo recíproco de contribuir com bens e serviços para a realização de uma atividade econômica, sem ter o objetivo de produzir lucro. Assim, temos que nas cooperativas e associação voltadas ao setor de energia, visam unir esforços de geradores de crédito de energia e consumidores destes créditos em um mesmo ambiente, propiciando a construção de novas usinas, captação de novos consumidores, para facilitar o atendimento e as demandas de ambas as partes<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> BRASIL. *Lei nº 14.300, de 6 de janeiro de 2022*. Institui o marco legal da microgeração e minigeração distribuída e o Sistema de Compensação de Energia Elétrica. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/lei/14300.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/14300.htm). Acesso em: 11 fev. 2025

<sup>6</sup> Das maiores diferenças das associações e das cooperativas está na forma da sua manutenção, a primeira, é construída por meio do pagamento de anuidades ou doações de seus associados, já a segunda, é constituída de um capital social, que é pago pelos cooperados quando da sua constituição e também do ingresso de novos, entretanto, ambas possuem o mesmo intuito que é a reunião de pessoas com o objetivo de satisfazer uma necessidade de outras pessoas, sem fins lucrativos. BRASIL. *Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 dez. 1971. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15764.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm). Acesso em: 14 jul. 2025. e BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil.

<sup>7</sup> Verifica-se que a construção de Cooperativas não é um fenômeno exclusivo do Brasil, vez que existe na Europa um crescente desenvolvimento desta modalidade de sociedade que tenta satisfazer as necessidades de grupos de consumidores e geradores

Entretanto, estes cenários não impedem de agentes econômicos construírem usinas de energia e virem a arrendar estas aos membros da usina de energia, sendo remunerados pelo arrendamento dos seus bens. Assim as cooperativas e associações fariam a locação de usinas de energia e repassariam os créditos de energia resultantes da geração dos equipamentos, compensando os seus gastos, formando uma rede de usinas geradoras e cooperados consumidores. Neste aspecto, aos proprietários da usina ficaria com a renda resultante da sua usina de energia, a cooperativa/associação receberia uma parte para administrar a operação e localizar cooperados/associados, fazendo o trâmite administrativo junto a concessionária e ao cooperado/associado consumidor, restaria o deságio a ser praticado entre o custo e o valor da compensação dos créditos de energia<sup>8</sup>.

Temos assim, 3 possíveis contratos, o primeiro, do proprietário da terra em que encontra-se a usina que receberá um arrendamento da sua propriedade, fazendo um contrato de arrendamento entre o proprietário da terra e o da usina que foi instalada, o segundo, o contrato de locação dos equipamentos da usina para geração dela, que se dará entre o proprietário da usina e participante do SCEE locadora, o terceiro, os contratos de membros do SCEE e os consumidores deste sistema, que será para o abatimento dos créditos de energia gerados pelos equipamentos do locador da usina e o cooperado consumidor que de fato irá consumir a energia e abaterá o seu custo com os créditos,

---

de energias por intermédio de uma coligação direta. As fontes de energia utilizadas pelos geradores neste modelo em grande parte acabam por ser de fontes renováveis, com predominância nas energias solares e eólicas. DE ALMEIDA VILLANUEVA, Bernardo; CATAPAN, Anderson; LOUSADA, Sérgio António Neves. Cooperativas de energia e transição energética: uma revisão da literatura. *Revista Políticas Públicas & Cidades*, v. 12, n. 1, p. 32-56, 2023. DOI: <https://doi.org/10.23900/2359-1552v12n1-3-2023>. Disponível em: <https://journalppc.com/RPPC/article/view/670>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>8</sup> LIMA, Danilo de Brito. *Cooperativas de energia: guia de constituição de cooperativas de geração distribuída fotovoltaica* / Danilo de Brito Lima. Brasília, DF: Sistema OCB, Cooperação Alemã, Giz, DGRV, 2018.

pagando o equivalente a parte do que seria a conta de luz para a própria cooperativa que repassará uma fração deste valor ao gerador por força do rendimento desta usina.

Ressalta-se que não se trata neste mercado em venda de energia, mas sim, compensação de créditos de energia gerados e o pagamento de valores a título de rendimento de equipamento locado ao proprietário da usina locadora. Por fim, toda esta operação, terá como meio utilizado a própria rede de transmissão ou distribuição de energia da Concessionária habilitada pelo estado em questão, reforçando que não é possível compensar créditos de energia em concessionárias diferentes<sup>9</sup>. O que resulta que os membros das operações do SCEE não seriam agentes cujo objetivo final é o lucro, mas é fato que é necessário uma margem positiva de operação para conseguir custear todos os seus trabalhos garantindo uma margem de expansão das suas operações.

### 3. A ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS DE MICRO E MINIGERAÇÃO DISTRIBUÍDA

As operações de SCEE de consumo e geração de energia ajudam a organizar a geração de energia agrupadas e bem coordenadas para seus membros. Por meio destes agentes participantes do SCEE, a demanda e oferta podem ser otimizadas e melhores preços no mercado podem ser alcançados devido ao maior volume de negociações<sup>10</sup>. Assim localizam os geradores de energia que arrendam as suas estruturas de geração para fazer a compensação dos créditos de energia resultantes das suas estruturas.

---

<sup>9</sup> LIMA, Danilo de Brito. *Cooperativas de energia: guia de constituição de cooperativas de geração distribuída fotovoltaica* / Danilo de Brito Lima. Brasília, DF: Sistema OCB, Cooperação Alemã, Giz, DGRV, 2018

<sup>10</sup> HENTSCHEL, Moritz; KETTER, Wolfgang; COLLINS, John. Renewable energy cooperatives: Facilitating the energy transition at the Port of Rotterdam. *Energy Policy*, [s. l.], v. 121, n. July 2017, p. 61–69, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2018.06.014>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0301421518304026>Acesso em: 15 jul. 2025.

## i. ASSIMETRIA INFORMATIVA E A CAPTURA

A assimetria informacional está relacionada ao desequilíbrio no acesso às informações entre os agentes econômicos envolvidos em um contrato. Em muitos casos, uma das partes detém mais conhecimento sobre o objeto contratual do que a outra, o que aumenta a insegurança e eleva o grau de incerteza na relação contratual. Esse cenário de incerteza pode ser intensificado por fatores externos imprevisíveis, como eventos naturais ou oscilações de mercado, e pelo desconhecimento acerca das informações que os demais participantes possuem ou poderão obter a respeito do contrato<sup>11</sup>.

Akerlof pontua uma nova perspectiva sobre as falhas de mercado e a assimetria informativa, ele argumenta sobre o mercado de carros usados, ao designar que neste há tantos carros de boa qualidade quanto de má qualidade, entretanto os compradores não conseguem distinguir entre os dois antes da compra. Como resultado, os consumidores acabam por preferir pagar apenas um preço médio, desvalorizando os carros de qualidade e desincentivando os seus proprietários a vendê-los, criando um efeito cascata em que os produtos bons são expulsos do mercado e predominam os de baixa qualidade. Este fenômeno desencadeia uma série de consequências, entre as principais, destaca-se que para evitar estas possíveis falhas de mercado, pode ser interessante existir as garantias, para prevenir que vendedores somente repassem carros ou produtos ruins, sob pena de serem onerados por defeitos existentes. Outra consequência é a criação de uma reputação de marcas, com empresas sendo incentivadas a terem bons produtos com sua própria certificação de confiança ou uma intervenção governamental para regular as certificações

---

<sup>11</sup> BERTOLIN, Rosângela Violetti *et al.* Assimetria de informação e confiança em interações cooperativas. *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v. 12, n. 1, p. 59-81, Mar. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1415-65552008000100004> Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-65552008000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552008000100004&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 15 jul. 2025.

e qualidades podem ser interessantes para aumentar o acesso à informação entre as partes sobre os produtos que pretendem comercializar<sup>12</sup>.

Em um ambiente considerado perfeito, ambas as partes envolvidas em um contrato teriam acesso igualitário à informação disponível, “A troca gera ganhos mutuamente satisfatórios para as partes desde que detenham toda a informação pertinente à operação.”, entretanto, este cenário dificilmente acontece. Como resultado, as partes agem tendo por escopo as informações disponíveis naquele momento, mesmo que estejam sujeitas a uma assimetria informacional<sup>13</sup>.

Verifica-se que existe um custo para obter a informação, as partes ao procurarem estar abarcadas com a máxima quantidade de informação possível para decidir se adquirem um veículo, uma roupa ou algo, necessitam dispendir tempo e esforço para delimitar sobre a qualidade e procedência daquele produto e se seria compatível com as necessidades da pessoa. Este custo não deve ser tratado como irrelevante, mas existem mecanismos de viabilizar ou diminuir a obtenção destes, como as marcas, bem como a reputação adquirida pelo vendedor ou comprador. A ignorância nestes casos equivaler-se-ia a um clima abaixo de zero, com investimentos o suficiente as pessoas podem mitigar os seus efeitos, tornando-se tolerável ou até confortável viver no ambiente, mas não seria possível eliminar completamente os seus efeitos, com a informação é o mesmo, é inviável possuir uma informação completa sobre tudo devido ao elevado custo, mas é possível reduzir a incompletude informacional até o tolerável para vivermos em sociedade<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> AKERLOF, George. A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970. DOI: <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-214850-7.50022-X>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/B978012214850750022X>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>13</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução de Rachel Sztajn, 2ª edição, Editora Atlas S.A, p. 575, 2015.

<sup>14</sup> STIGLER, George J. The Economics of Information. *The Journal of Political Econ-*

Nos contratos de locação de energia solar, a troca de informações entre o proprietário da usina geradora e a locatária (cooperativa/associação) é essencial. A transparência predomina, visto que toda a geração da usina é convertida em receita, e qualquer falha nos equipamentos representa perdas financeiras, a locatária ganhará de maneira diretamente proporcional aos ganhos do locador. Dessa forma, ambas as partes têm forte incentivo econômico para compartilhar informações de maneira ampla e eficiente.

Por outro lado, a assimetria informativa ocorre fortemente entre a relação entre o proprietário da usina e o consumidor para com a concessionária de energia (transmissão e distribuição) e a agência reguladora, em que as duas últimas atuam em completa distância e independência do gerador inicial, com algumas exceções de grandes geradores que atuam em sistema de captura frente a reguladora e as próprias concessionárias de energia que necessitam ou são beneficiadas por aquele gerador. Quanto ao vínculo entre a concessionária e a agência reguladora de energia, trata-se de uma relação de pura captura. A concessionária, ao mesmo tempo em que é responsável pela distribuição, também atua indiretamente como concorrente e define os parâmetros operacionais, custos de tarifas e outros. Os pagamentos ao locador e ao locatário, assim como ao cooperado consumidor, dependem da tarifa aplicada, cujo controle está sob controle da concessionária e do órgão regulador. No entanto, as concessionárias de energia por possuir um privilégio informacional sobre os seus custos de operação e qual seria o seu lucro, cria um desequilíbrio informacional entre os agentes privados e os reguladores do setor, o próprio regulador tornou-se refém da informação da concessionária de energia.

A agência reguladora depende estritamente das informações prestadas pela concessionária de energia, atuando com as

informações disponíveis e visando a atender os interesses políticos estatais ou dos grandes geradores. Assim, o consumidor é o último em uma grande e complexa linha de agentes e torna-se o mais impactado em toda a operação, mas em contraposição ele possui o menor poder de ação para melhorar a sua situação dentro desta relação, sendo refém de toda a cadeia de agentes que o antecede, a sua escolha fica limitada entre adotar aquele regime que lhe é imposto ou buscar um sistema de micro geração para suprir a sua necessidade on-grid ou até mesmo descolar-se inteiramente da rede com um sistema off-grid<sup>15</sup>.

## ii. RACIONALIDADE LIMITADA

As partes envolvidas nos contratos tendem a agir de maneira intencionalmente racional, mas de forma limitada, substituem a sua máxima satisfação para uma escolha mais realista, como sendo “boa o suficiente” para que o contrato se realize. Fatores que colocam em jogo a própria execução e a viabilização dos contratos é a existência da racionalidade limitada que envolve as partes, todos os contratos complexos são inevitavelmente incompletos, as partes não conseguem antever todos os problemas possíveis e existentes que envolvem a realização daquele contrato e mais, dificilmente conseguiriam colocar em consenso a resolução de todos estes pontos de conflito, o que torna a existência de contratos incompletos o resultado racionalmente aceito<sup>16</sup>.

Agir racionalmente é desenvolver uma conduta cingida

---

<sup>15</sup> Sistemas Off-grid (fora da rede) tendem a ser mais populares em locais inóspitos ou com difícil acesso a rede de transmissão e distribuição de energia, de modo que em grande parte remonta a pequenos consumidores que mantêm a sua geração por meio de placas solares e baterias de energia para armazenar a energia durante o dia e utilizar durante a noite.

<sup>16</sup> WILLIAMSON, Oliver E. The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract. *Jornal of Economic Perspectives*, v. 16, n. 3, p. 171-195, 2002. DOI: 10.1257/089533002760278776 Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/089533002760278776>. Acesso em: 15 jul. 2025.

em razões irrefutadas, podendo inclusive mudar a ação se surgir outra razão contrária a deliberação inicial, ficando claro que não somos seres autômatos, programados e deterministas, nossas razões de agir não coincidem com as razões que justificam os nossos atos, de outra maneira nós não teríamos o designado livre arbítrio que nos concedesse uma álea para o erro, mesmo quando tivéssemos razões para agir. Agentes empregam a racionalidade limitada em situações de informações custosas, levando-o a uma atitude econômica para não adquirir a informação completa, contentando-se com níveis que ele considera como satisfatório em níveis de satisfação<sup>17</sup>.

Os contratos e as proposições serão cumpridos se as partes tiverem o interesse mínimo de respeitar a sua própria execução, incorporando a si um sentimento de vontade/dever baseados em motivações deontológicas e não apenas por uma razão consequencialista. Uma norma (mesmo em direito privado) pode não ser obedecida pelas partes se ela se fundamentar exclusivamente em fatores racionais, deve existir uma base de dever que seja perceptualmente acessível e com vias emocionalmente motivadas<sup>18</sup>.

Nos contratos de geração distribuída envolvendo micro e mini usinas de energia, a tomada de decisão amparada pela racionalidade se torna especialmente complexa. Isso ocorre porque, embora esses agentes busquem agir de forma racional, suas escolhas são limitadas pela falta de informações, muitas vezes omitidas pelas concessionárias e até pelos próprios órgãos reguladores que estão misturados em uma cadeia de assimetria informacional e de captura regulatória. Diante desse cenário, os con-

---

<sup>17</sup> ARAÚJO, Fernando B. *Teoria Económica do Contrato*, Editora Almedina, p. 309-310, 2007.

<sup>18</sup> MARKEY-TOWLER, Brendan, Rules, Perception and Emotion: When Do Institutions Determine Behaviour? *Journal of Institutional Economics*, v. 15, n. 3, p. 381-396, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3120013>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-institutional-economics/article/abs/rules-perception-and-emotion-when-do-institutions-determine-behaviour/68B3AACDF8CAFB218A5CFFD3F39B5CA5>. Acesso em: 15 jul. 2025.



tratantes tomam decisões baseadas no que conseguem acessar, ajustando suas escolhas em meio a um contexto de elevada incerteza e imprevisibilidade, que tendem a ser compensadas pela perenidade e um baixo custo operacional após a realização do empreendimento.

### iii. O RISCO E O PROBLEMA DO SUBSÍDIO

No Brasil, assim como em outros locais pelo mundo, é comum a política de criação de subsídios para privilegiar algumas atividades por serem consideradas “estratégicas” para o Estado, ou para determinado setor ser privilegiado o que o levará a receber benefícios às expensas de todos os outros.

Dada a sua relevância e por ser um item de necessidade básica, o setor energético é um dos mais afetados por esta modalidade de atuação governamental. Os subsídios podem vir a trazer um alívio para diminuir os preços, mas gerará por via de regra uma elevação brusca futura dos preços ou criará uma onerosidade excessiva a outros setores da sociedade. No ano de 2012, houve a edição da Medida Provisória de nº 579/2012<sup>19</sup> elaborada pelo Governo Dilma Rousseff e posteriormente converteu-se na Lei nº 12.783/2013<sup>20</sup>. Estas normas tiveram por escopo realizar a antecipação da renovação das concessões da geração, distribuição, transmissão de energia elétrica, colocando em contrapartida que a remuneração das usinas de energia não mais

---

<sup>19</sup> BRASIL. *Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012*. Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 set. 2012. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/mpv/579.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/mpv/579.htm). Acesso em: 14 jul. 2025.

<sup>20</sup> BRASIL. *Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013*. Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, altera as Leis nº 10.848, de 15 de março de 2004, e nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 jan. 2013. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12783-11-janeiro-2013-775059-publicacaooriginal-138724-pl.html>. Acesso em: 15 jul. 2025.

pelo valor da venda da energia, mas sim, pelo valor da operação e manutenção dos equipamentos, almejava-se uma diminuição de 20% da tarifa de energia com a medida<sup>21</sup>.

De início, constatou-se de fato que reduziu o valor da tarifa, mas isto aconteceu à custa de uma estagnação da oferta de energia, aumento de subsídios e alta judicialização do setor, desequilibrando a oferta e demanda resultando em uma série de aumentos de preços sucessivos a partir do ano de 2014, que acumulou na série histórica entre janeiro de 2014 e janeiro de 2016 um aumento de 174 pontos percentuais. Aliado a isso, nos anos de 2013 e 2014 o país amargou uma das suas mais graves crises hídricas, o que resultou em uma menor oferta de energia e o agravamento dos custos envolvidos<sup>22</sup>.

Além destes subsídios temporários, verifica-se a existência de subsídios duradouros que afetam alguns setores em específico, o que segundo o Tribunal de Contas da União, encarece em 13,7%<sup>23/24</sup> a tarifa de energia residencial, de maneira genera-

---

<sup>21</sup> FIORAVANTE. Dea. *O Preço da Energia: o Descontrole do Abuso de Controle*. IPEA, Brasília, 2022, disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11423/1/Radar\\_n70\\_art03\\_pre%C3%A7o\\_energia.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11423/1/Radar_n70_art03_pre%C3%A7o_energia.pdf). Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>22</sup> A alta dependência do país a geração de energia sazonal ou que depende de influências climáticas pode levar a problemas recorrentes com desabastecimentos em caso de insuficiência de geração. O Brasil historicamente vem sofrendo com crises de desabastecimento hídrico que geram efeitos inflacionários ao consumidor energético como nos anos de 2013-2014 e em 2020-2022, o fenômeno se repetiu. FIORAVANTE. Dea. *O Preço da Energia: o Descontrole do Abuso de Controle*. IPEA, Brasília, 2022. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11423/1/Radar\\_n70\\_art03\\_pre%C3%A7o\\_energia.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11423/1/Radar_n70_art03_pre%C3%A7o_energia.pdf). Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>23</sup> Destaca-se nestes valores os subsídios como do Programa Luz para Todos, ou de compensação energética para localidades remotas que não estão ligadas ao sistema interligado nacional (SIN), que visam atender pessoas em situação de vulnerabilidade.

<sup>24</sup> No ano de 2025, observa-se que 14,88% da tarifa dos consumidores residenciais corresponde ao pagamento de subsídios existentes dentro do setor elétrico, em que grande parte é originada em fontes incentivadas e para custeio da geração distribuída, além da tarifa social. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). *Tarifas e informações econômico-financeiras*. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/centrais-de-conteudos/relatorios-e-indicadores/tari->

lizada, que são pagos por todos os consumidores do sistema de maneira indistinta<sup>25</sup>.

Segundo a “teoria do interesse público” as cotas de importação existem para garantir o abastecimento interno de petróleo ou outros bens essenciais em situações de emergência, como uma guerra. Mas essa justificativa é ingênua e pouco realista, já que há soluções mais eficientes, como tarifas, que garantem o mesmo efeito e ainda geram receita para o Estado. Por outro lado, há quem defenda que cotas e restrições são menos perceptíveis ao consumidor do que impostos diretos. Assim, o custo da proteção fica diluído nos preços, tornando politicamente mais fácil transferir grandes valores aos setores protegidos sem reação pública. Entretanto, subsídios diretos perdem atratividade quando precisam ser compartilhados com novos entrantes no mercado. Ou seja, qualquer empresa que ingresse no setor passa a usufruir dos mesmos benefícios, reduzindo o ganho dos atuais participantes. Por isso, apenas mercados com baixa elasticidade de oferta tendem a preferir subsídios diretos em vez de restrições à entrada ou controles sobre produção. Os sistemas políticos, nesse contexto, funcionam como mecanismos racionais para atender os interesses de grupos organizados. No entanto, isso não significa que o Estado atue em nome de um “interesse público” abstrato. Na prática, o desafio da regulação é entender quando e por que determinados grupos conseguem capturar o Estado em benefício próprio — ou, ao contrário, quando se tornam alvo de medidas que favorecem outros interesses<sup>26</sup>.

Entretanto o subsídio na energia nem sempre é desfavorável ao gerador, constata-se que as operações de geração distri-

---

fas-e-informacoes-economico-financeiras. Acesso em: 17 jun. 2025.

<sup>25</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *Sustentabilidade tarifária de energia elétrica: riscos e desafios*. Disponível em: [https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/sustentabilidade\\_tarifaria\\_de\\_energia\\_eletrica.html](https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/sustentabilidade_tarifaria_de_energia_eletrica.html). Acesso em: 14 fev. 2025.

<sup>26</sup> STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971. DOI: <https://doi.org/10.2307/3003160>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3003160>. Acesso em: 15 jul. 2025.

buída até o advento da lei 14.300/2022, O consumidor-gerador injetava energia na rede e recebia créditos equivalentes em kWh, sem necessidade de pagar encargos pelo uso da rede de distribuição. Não havia distinção entre os custos da energia gerada e o uso da infraestrutura de distribuição, o que resultava em uma compensação quase 1:1, beneficiando os geradores. Atualmente o cenário que existe é a cobrança sobre o uso da rede de distribuição em que a energia foi gerada e injetada na rede. Além de existir o custo fixo de manutenção das linhas, os quais eram embutidos junto ao próprio uso e que não eram cobrados por quem tinha um sistema fotovoltaico, estas medidas foram tomadas levando em consideração que o agente que possuía sistemas de produção de energia próprios eram isentos de toda a operação de custos e aqueles que não possuíam acabavam pagando pela manutenção da estrutura, subsidiando a rede para os produtores de energia usarem, ocorrendo o chamado subsídio cruzado<sup>27/28/29</sup>.

O problema desses subsídios para a redução do valor da energia ao consumidor é que eles resultam em uma queda dos ganhos dos geradores de energia, considerando-se que a viabilidade econômica é completamente dependente dos valores decorrentes do valor da energia, o qual é tabelado pelas distribuidoras e reguladoras em sede do mercado regulado. Nestes moldes

---

<sup>27</sup> Esta taxação pelo uso da rede de distribuição será cobrada de maneira escalonada e iniciou-se em 2023, com uma cobrança de 15% sobre este custo do uso da rede, 30% em 2024 e totalizará 100% até o ano de 2029. Art. 27 da lei 14.300/2022. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/lei/14300.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/14300.htm)

<sup>28</sup> GRECO, Venera. *EDP Soluções*. Taxação do sol: mudanças e impactos para empresas em 2024. EDP Soluções, 2024. Disponível em: <https://solucoes.edp.com.br/blog/o-que-e-taxacao-do-sol/>. Acesso em: 18 fev. 2025.

<sup>29</sup> A lei 14300/2022 garantiu uma isenção até 31 de dezembro de 2045 da cobrança do custo do uso da rede de distribuição para usinas que tivessem sido concedido o acesso até janeiro de 2023, de modo que isto gerou uma corrida pela construção de usinas de geração distribuída até esta data limite, criando um excesso de oferta para garantir o seu subsídio por parte dos geradores. FERREIRA, Welinton. *O setor de energia elétrica e o desenvolvimento sustentável: o caso da geração distribuída no Brasil*. Ensaio Energético, 2024. Disponível em: <https://ensaioenergetico.com.br/sector-de-energia-eletrica-e-o-desenvolvimento-sustentavel-o-caso-da-geracao-distribuida-no-brasil/>. Acesso em: 22 fev. 2025.

qualquer interferência via subsídio gera defasagem do valor da energia, considerando que os pagamentos feitos aos geradores da energia são condicionados ao valor cobrado pela própria distribuidora ao consumidor. A redução dos valores via subsídio coloca em risco a viabilidade das próprias operações, em que se observe a tendência de que após o fim dos subsídios ocorra a elevação do valor da energia.

Setores que almejam regulação precisam oferecer ao partido político aquilo que ele mais demanda: votos e recursos. Esses recursos podem vir por meio de doações eleitorais, prestação de serviços — como liderar campanhas de arrecadação — ou por vias indiretas, como a contratação de militantes vinculados ao partido.

Para garantir aprovação, os apoiadores da medida são mobilizados, enquanto eventuais opositores são desarticulados, por intermédio de ações onerosas de convencimento, que podem tanto informar quanto desinformar membros do setor e outros grupos afetados.

Os custos para influenciar a formulação de normas crescem conforme o porte da indústria interessada, pois demandas de maior impacto social atraem também resistência mais intensa de grupos prejudicados. As despesas com lobby, articulação e convencimento, tanto internas quanto externas ao setor, aumentam proporcionalmente ao tamanho do grupo<sup>30</sup>. Contudo, como o espaço de negociação política é limitado, o custo para obter regulação cresce de forma menos acelerada que o crescimento da própria indústria. Por essa razão, empresas de pequeno porte tendem a ficar fora desse jogo político, a não ser que contem

---

<sup>30</sup> Destaca-se o PL 624/2023 que tem o intuito de subsidiar a construção de micro usinas de geração distribuídas a pessoas carentes que vivem em áreas remotas, autorizando-as inclusive a comercializar a energia diretamente mesmo em sistema de geração distribuída. E a Medida provisória 1.212/2024 que teve como objetivo buscar reduzir as tarifas de energia a partir da utilização de recursos provenientes da Eletrobrás, e prorrogação dos subsídios dos custos da distribuição para geradores de energia, estes e outros inúmeros exemplos que existem na legislação brasileira reforçam o alto apelo que possui este setor dentro do mundo político.

com alguma vantagem específica, como forte presença em regiões politicamente estratégicas<sup>31</sup>.

Isso evidencia um problema estrutural no subsídio ao setor energético. Como se trata de uma atividade de grande escala, que impacta diretamente toda a população, qualquer aumento nas tarifas implicam significativa repercussão política, já que afeta imediatamente o custo de vida dos cidadãos. Por outro lado, o subsídio, embora alivie esse impacto no curto prazo, gera um custo financeiro crescente no médio e longo prazo. Para manter as tarifas artificialmente baixas, o governo precisa buscar recursos para compensar essa diferença — e esse valor tende a aumentar com o tempo. Em determinado ponto, a pressão dos grupos de interesse que defendem o subsídio esbarra nos limites econômicos, obrigando à redução do benefício ou à sua manutenção por meio de aportes progressivamente maiores, o que amplia distorções no mercado e agrava desequilíbrios no setor. Embora haja sempre um prazo para início do subsídio mas o seu fim é sempre indefinido<sup>32</sup>.

Para os agentes envolvidos dentro de um sistema negocial, o subsídio em si pode não ser a maneira mais interessante de permanecer no mercado e garantir a sua posição, se considerarmos que o subsídio beneficia os agentes já alocados e outros que possivelmente podem ingressar, isto resultaria em incentivo de novos agentes entrarem no mercado e ingressarem na concorrência diminuindo por consequência a capacidade de pagamento

---

<sup>31</sup> STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 12-13, 1971. DOI: <https://doi.org/10.2307/3003160>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3003160>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>32</sup> Em 2022 estima-se que o Brasil concedeu um total de R\$ 581,49 bilhões em subsídios somente pelo governo federal, em 2021 o valor teria sido de R\$ 425,24 bilhões. Estes valores dizem respeito a soma de inúmeros setores que são beneficiados e não incluem outros benefícios que são concedidos pelos estados federados ou pelos próprios municípios. BRASIL. Ministério do Planejamento e Orçamento. *Subsídios concedidos pela União atingem R\$ 581,49 bilhões em 2022*. Disponível em: <https://www.gov.br/planejamento/pt-br/assuntos/noticias/2023/junho/subsidios-concedidos-pela-uniao-atingem-r-581-49-bilhoes-em-2022>. Acesso em: 17 jun. 2025.

do subsídio. Tornando a regulação mais atrativa para um segmento, a criação de entraves para novos agentes bem como a utilização de mecanismos para facilitar a negociação entre os já inseridos no mercado torna-se uma prioridade dos agentes econômicos<sup>33</sup>.

#### iv. RISCO MORAL E OPORTUNISMO:

Um indivíduo pode recorrer a práticas que, embora eticamente questionáveis, trazem benefícios próprios. Nesse contexto, o oportunismo caracteriza-se como a conduta de um dos contratantes que, em detrimento do outro, busca obter vantagens pessoais, gerando prejuízo à parte oposta. Essa postura ignora a avaliação do benefício mútuo esperado, priorizando o crescimento individual em detrimento do avanço coletivo. Como consequência, a parte lesada pode se arrepender de ter firmado o contrato e, diante da possibilidade de novas negociações, tende a adotar posturas mais cautelosas para se proteger contra futuros abusos. Em situações extremas, esse comportamento pode levar à total desistência de novos acordos, comprometendo a continuidade das relações contratuais<sup>34</sup>.

Caso os atores contratuais precisem adaptar-se aos imprevistos contratuais que decorrem da racionalidade limitada e passem a adotar comportamentos estratégicos e oportunistas, surgirão falhas contratuais onerosas. Nessas circunstâncias, as partes poderiam escolher não cooperar entre si, obrigar a realização de demandas de renegociação e adaptações inadequadas. É preferível que as partes delimitem estruturas para mitigar po-

---

<sup>33</sup> Stigler distingui que nos casos de inexistir uma elasticidade de oferta, pode ser mais favorável o recebimento de subsídios para o favorecimento daquele segmento. STIGLER, George J. *The Theory of Economic Regulation*. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971. DOI: <https://doi.org/10.2307/3003160>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3003160>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>34</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane; *Análise Econômica do Direito*. Tradução de Rachel Sztajn, 2ª edição, Editora Atlas S.A, p. 423, 2015.

tenciais impasses e falhas contratuais. Confiar estritamente aos tribunais que resolvam estes problemas será cara e pouco confiável<sup>35</sup>.

O risco moral designa acerca da possibilidade sobre as soluções de distribuição de risco entre as partes em um contrato e a forma com que isto pode afetar os incentivos de uma ou ambas as partes, demonstrando uma distorção no tocante aos objetivos e a força vinculativa que tem o cumprimento das estipulações contratuais. Quando uma das partes depende muito da relação contratual e outra menos, ou ainda se a capacidade que elas têm de averiguar os resultados ou a ocorrência de determinado fato, isto tornará a outra refém desta situação, contribuindo para um abuso de posição a ser absorvido pela contraparte<sup>36</sup>.

No caso em análise, identificam-se duas posições centrais que são objeto deste trabalho: a primeira a parte proprietária da usina e segunda é a locatária desta usina a qual repassa os rendimentos da energia que ela fornece aos seus consumidores. O locador torna-se refém da locatária, pois só receberá os seus rendimentos se a locatária conseguir consumidores e se ela decide pagar pontualmente as suas obrigações. O locador não possui plena segurança e ademais, é difícil encontrar outra locatária que esteja disposta a assumir a sua usina de uma hora para outra, ou ainda, o prazo de rescisão contratual o que demanda tempo considerável sem ficar recebendo os seus rendimentos, alia-se ao fato de que somente para alterar a titularidade da operação junto a concessionária de energia pode-se levar meses.

Em resumo, o locador, ao decidir rescindir o contrato, pode enfrentar meses de perda de rendimentos, caso tenha financiado a construção da usina então os seus prejuízos tornam-se

---

<sup>35</sup> WILLIAMSON, Oliver E. The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract. *Journal of Economic Perspectives*, v. 16, n. 3, p. 171-195, 2002. DOI: 10.1257/089533002760278776 Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/089533002760278776>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>36</sup> ARAÚJO, Fernando B. *Teoria Económica do Contrato*, Editora Almedina, p. 287-289, 2007.



exponenciais. Já a locatária, ao rescindir o contrato com o locador, pode lidar com questões de multa contratual envolvida, mas o seu ônus primordial é a necessidade de contratar outro, sob pena de diminuir seus rendimentos. Observa-se, assim, um desequilíbrio contratual e uma oportunidade latente para locatárias (cooperativas, associações, consórcios) de usinas de energia forçarem uma renegociação/rescisão<sup>37</sup> e atuarem com elevada propensão ao risco moral<sup>38</sup>.

Sob este prisma é interessante considerar a existência de cláusulas contratuais que visam à adaptação dos instrumentos contratuais à realidade do mercado, fatos supervenientes podem alterar a realidade contratual em negócios que são longínquos, causando uma ruptura das opiniões que eram pré-concebidas pelas partes ou até mesmo durante a execução do contrato. Constata-se, portanto, a possibilidade de uma adaptação coordenada que envolva as partes contratuais a novas realidades existentes<sup>39</sup>. Ressalta-se que em sede de contratos de locação de equipamentos para geração de energia, os valores envolvidos pelas partes não estão plenamente sujeitados a um mercado livre, mas sim a um regulado, ou seja, os valores podem sofrer influências de questões exógenas do próprio contrato (como uma nova norma reguladora ou um tributo), que podem onerar ambas as partes e forçar uma readequação dos dispositivos contratuais, sob pena de gerar a perda do interesse contratual e forçar uma rescisão.

---

<sup>37</sup> Este exemplo fica mais grave quando analisamos as possibilidades de reembolso por parte do locador quando da rescisão contratual imotivada pelos prejuízos sofridos por si, as empresas que atuam neste segmento, via de regra atuam com pouco capital social ou repassam os ônus aos seus associados/cooperados, de modo que torna-se um outro ônus negocial a recuperação de valores em decorrência de prejuízos sofridos.

<sup>38</sup> Exceptua-se neste caso o problema da reputação existente junto as locatárias, afinal se elas agirem desta forma com todos os seus locadores, teríamos que mais dia ou menos dia os agentes evitariam de negociar com aquela em específico partindo para outras empresas do segmento.

<sup>39</sup> WILLIAMSON, Oliver E. The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract. *Jornal of Economic Perspectives*, v. 16, n. 3, p. 171-195, 2002. DOI: 10.1257/089533002760278776 Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/089533002760278776>. Acesso em: 15 jul. 2025.

Por outro lado, destaca-se a confiança mútua entre as partes contratantes, baseada na convicção de que não há necessidade de receio quanto à adoção de práticas oportunistas por aqueles envolvidos na relação contratual. Esse entendimento fortalece a expectativa de que todos agirão guiados pelos princípios da boa-fé, o que pode resultar na redução dos custos de transação, pois menos recursos serão destinados à mitigação de riscos. Como consequência, há um aumento no bem-estar coletivo, alinhado ao fortalecimento da confiança recíproca entre os envolvidos<sup>40</sup>. Afinal estes contratos de geração de energia tendem a ser de longa duração, perenes, devido à alta necessidade das partes do bem comercializado, a tendência é a manutenção da operação para maximizar os ganhos de longo prazo de todos os envolvidos

#### 4. MONOPÓLIO E CONCORRÊNCIA NA GERAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA

##### i. A REGULAÇÃO E O RENT SEEKING

O Estado é um recurso ou ameaça para todas as indústrias da sociedade, sua capacidade de proibir ou obrigar, de conceder ou tomar dinheiro, podendo agir de modo a incentivar ou encerrar segmentos de indústrias. Os possíveis usos de recursos e poderes públicos podem melhorar a situação econômica de segmentos específicos, a partir de uma demanda por regulação. As tarefas centrais da teoria da regulação econômica são explicar quem receberá os benefícios ou encargos da regulação e quais serão estes efeitos na alocação de recursos. Inclusive agentes econômicos de um determinado segmento podem solicitar ao governo a imposição ou a retirada de regulações conforme aná-

---

<sup>40</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução de Rachel Sztajn, 2ª edição, Editora Atlas S.A, p. 430, 2015,.

lise de benefício ao seu segmento<sup>41</sup>.

A presença de um esforço regulador marca as economias contemporâneas, a ingerência de agentes externos que atuam para fins de regular e parametrizar determinados mercados, em que por vezes resultam de maneiras positivas ou negativas da sua própria atuação. O cerne central da discussão da regulação é de que forma ela deve existir e se existir como poderá ser considerada eficiente, de modo a equacionar os custos de criação e implementação com os ganhos e benefícios resultantes da regulação. O objetivo é sempre analisar os ganhos de bem-estar que podem decorrer da norma reguladora<sup>42/43</sup>.

Embora a regulação seja frequentemente vista como um meio de promover o bem-estar, não é incomum que resulte em efeitos indesejados, e há inúmeros exemplos disso. Regular em um cenário de constante transformação, marcado por complexidade, incerteza e interdependência econômica, é uma tarefa desafiadora e contínua. Ainda assim, a ausência de regulações perfeitas não impede a criação de instrumentos para minimizar normas ineficientes, sobretudo quando elas podem afetar diversos

---

<sup>41</sup> STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971. DOI: <https://doi.org/10.2307/3003160>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3003160>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>42</sup> Segundo a teoria do interesse o público o objetivo de toda regulação é a prossecução do próprio interesse público, adquirir uma maximização do bem-estar social, com uma sobreposição de interesses coletivos sobre os privados, para visar sempre uma resolução das falhas de mercado que podem existir e diminuam os resultados que deveriam ser melhores a sociedade em si. FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência Econômica e Restrições Verticais* – Os Argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência. AAFDL, Lisboa, p. 51-52, 2008,.

<sup>43</sup> Stigler faz uma análise sobre estas informações, considerando que existem regulações e tarifas instituídas que visem coibir a utilização de determinados bens, como no caso de impostos sobre bebidas alcoólicas, cigarros, jogos de azar, sendo que tecnicamente estes impostos maiores seriam prejudiciais aos consumidores, mas a linha sustentada é que elas podem ser interpretadas como custos sociais. STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971. DOI: <https://doi.org/10.2307/3003160>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3003160>. Acesso em: 15 jul. 2025.

setores de uma economia nacional ou regional<sup>44</sup>.

Sob o prisma tradicional da Análise Económica do Direito, a regulação emerge para reduzir custos de transação ou corrigir falhas de mercado, como externalidades, informações assimétricas e poder de mercado. Contudo, a teoria da escolha pública alerta para a influência de grupos de interesse que buscam regulações favoráveis, desviando o processo regulatório do interesse público. Assim, reguladores nem sempre implementam políticas racionais, já que regulações podem servir apenas para redistribuir riqueza, o que exige cautela. Políticas públicas devem ser transparentes em suas consequências para evitar populismo e moralismo, riscos inerentes às democracias<sup>45</sup>.

Os efeitos adversos da regulação são, muitas vezes, deliberadamente promovidos pelos próprios grupos que atuaram na formulação das leis que estruturaram aquele modelo regulatório. Frequentemente, a redação legal já deixa evidente a intenção de distorcer o mercado de forma incompatível com qualquer alegação de interesse coletivo. As críticas dirigidas às agências, por nem sempre conseguirem resolver todos os problemas ou causar fragilidades no mercado, podem ser injustas, pois desconsideram tanto a dificuldade inerente de antecipar cenários futuros quanto os fracassos históricos de órgãos que tentaram fazê-lo. Além disto, a tese de que servidores públicos seriam tecnicamente inferiores aos profissionais do setor privado, por conta de remuneração mais baixa, é frágil. A atuação constante em temas altamente especializados dentro das agências fortalece seu capi-

---

<sup>44</sup> Para se construir uma regulação em qualquer sistema, sempre é preferível a existência de uma análise de impacto regulatório para tentar prevenir e examinar de maneira prévia as consequências da respectiva regulação e se ela obterá ao fim o seu objetivo previsto e não terá um efeito mais devastador do que obteríamos com a ausência de regulação. LANNEAU, Régis. Regulatory Impact Assessment. In *Encyclopedia of Law and Economics*, org. Alain Marciano, Giovanni Battista Ramello, Editora Springer Reference, p. 1802-1805, 2019.

<sup>45</sup> LANNEAU, Régis. Regulatory Impact Assessment. In *Encyclopedia of Law and Economics*, org. Alain Marciano, Giovanni Battista Ramello, Editora Springer Reference, p. 1802-1805, 2019.

tal humano, ampliando suas qualificações e perspectivas no mercado privado, justamente porque a experiência pública serve, muitas vezes, como trampolim para melhores cargos fora da administração. Por isso, atribuir os fracassos regulatórios à mera ineficiência burocrática revela uma análise rasa e pouco aderente à realidade institucional<sup>46</sup>.

A motivação dos servidores para trabalhar de forma ética e produtiva é equiparável à dos trabalhadores da iniciativa privada. Ambos perseguem desenvolvimento profissional e estabilidade, evitando sanções ou prejuízos reputacionais. Na prática, muitos servidores encaram o serviço público como etapa estratégica para alcançar melhores colocações no setor privado, utilizando-o como vitrine profissional<sup>47</sup>. Da mesma forma, o dirigente da agência não se beneficia da omissão ou do baixo desempenho de sua equipe — nem sequer da mítica “comodidade” da burocracia. Pelo contrário, a perda de prestígio institucional compromete tanto sua liderança quanto as perspectivas futuras de seus subordinados, gerando desconforto e desmotivação interna. Adicionalmente, o gestor mantém responsabilidade direta junto ao Poder Legislativo e ao Executivo, sobretudo quando busca manutenção no cargo ou ascensão. A intensa disputa entre órgãos por orçamento impõe a necessidade de construir imagem de seriedade, competência e austeridade — aspecto frequentemente ignorado por análises superficiais<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation. *National Bureau of Economic Research*, 1974. DOI: 10.3386/w0041. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w0041>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>47</sup> Para exemplificar, destaca-se o caso do Roberto Campos Neto, ex-presidente do Banco Central do Brasil, que após o seu afastamento por encerramento do seu período de atuação e a quarentena, vem atuando como Vice-Chairman e Chefe Global de Políticas Públicas do banco digital Nubank, ou do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski que quando aposentou-se compulsoriamente do STF, foi contratado para atuar em defesa da J&F, que é holding de um grupo de empresários responsáveis pela empresa JBS.

<sup>48</sup> POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation. *National Bureau of Economic Research*, 1974. DOI: 10.3386/w0041. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w0041>. Acesso em: 15 jul. 2025.

Mas isto não descarta o fato que contratos de concessões de energia para a escolha de concessionárias que irão administrar a distribuição e transmissão de energia em um estado são alvos fáceis e prioritários para a criação de estruturas baseadas no *rent seeking*, com a tentativa de captura de agentes econômicos que visam adquirir a posição de controle, visando a obtenção de direitos monopolistas, a elevação das barreiras de entrada para outros agentes e vilipendiam a riqueza social e a disputa no segmento. A busca do *rent seeking* dentro de posições políticas são duradoras, justamente por garantir uma proteção governamental contra as forças do mercado, gerando uma ineficiência econômica pois os recursos dispendidos para adquirir uma posição de *rent seeking* via de regra não pode ser transferido a outros agentes caso a tentativa de obter a posição favorável fracasse. Empreendedores que usam os esforços para conquistar privilégios deixam de aplicar recursos para criação de bens ou serviços superiores aos consumidores, o que seria um ganho maior de bem-estar social<sup>49</sup>. Existe uma possibilidade real de que grandes geradores, concessionárias de energia e do próprio governo atuem com o objetivo de capturar legisladores, por meio de lobbys e outras atividades para atender a seus interesses, podendo ser utilizados inclusive os próprios reguladores para conquistar os seus resultados, em uma luta diária de obtenção da maior vantagem, seja a nível financeiro ou a nível de capital político como popularidade.

A existência de poder de mercado, em suas estruturas de funcionamento quando não praticada a concorrência perfeita, desvia os preços do custo marginal e os coloca a níveis de ineficiência. Estas imperfeições podem decorrer do próprio mercado em que se encontra, como no caso de monopólios naturais, cujas barreiras de entrada são tão elevadas a ponto de inexistir outro

---

<sup>49</sup> COYNE, Christopher J. WOOD, Garret. Rent Seeking, In *Encyclopedia of Law and Economics*, org. Alain Marciano, Giovanni Battista Ramello, Editora Springer Reference, p. 1806-1810, 2019.

agente econômico apto a fazer frente ao agente já existente lá. Entretanto este agente único terá uma tendência clara de afastar-se do próprio nível concorrencial, comprometendo a eficiência alocativa dos recursos do próprio mercado. Nestas situações é forçoso do mercado agir e vir a regular de maneira a coibir a ineficiência absoluta, por intermédio de uma regulação. É vital que o Estado passe a atuar de maneira a tornar mais livre a implementação de recursos nestas situações por agentes econômicos de modo a fomentar uma concorrência a própria atividade, sob pena de cairmos em um aprofundamento da ineficiência<sup>50</sup>.

O regulador deve ter ciência de que o objetivo final da regulação no setor energético é estruturar as relações econômicas entre as distribuidoras de energia e os geradores de energia, de forma que os consumidores sejam os principais beneficiários da concorrência na geração. O objetivo não deve ser proteger potenciais concorrentes, as restrições que devem ser praticadas só são justificadas se trouxerem benefícios aos consumidores. Se as restrições aplicadas favorecerem aqueles que detenham a empresa controladora da distribuição apenas, isto será menos eficiente, o resultado até pode ser de um maior número de competidores no mercado, mas todos serão menos eficientes do que a que tiver o controle do distribuidor de energia, os consumidores ao final sairão prejudicados<sup>51</sup>.

A visão de que a regulação representa um esforço genuíno, embora muitas vezes ineficaz, de proteger o interesse público, torna-se mais plausível quando se consideram dois fatores frequentemente negligenciados. O primeiro é a complexidade intrínseca das funções atribuídas às agências. Um exemplo evi-

---

<sup>50</sup> FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência Econômica e Restrições Verticais* – Os Argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência. AAFDL, Lisboa, p. 53-54, 2008.

<sup>51</sup> HINTON, Paul J.; ZONA, J. Douglas. Regulating access: Using economic principles to ensure fair and efficient competition. *The Electricity Journal*, v. 12, n. 7, p. 107-123, 1999. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1040-6190\(99\)00064-0](https://doi.org/10.1016/S1040-6190(99)00064-0). Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1040619099000640>. Acesso em: 15 jul. 2025.

dente é o controle tarifário em serviços públicos e transporte. As leis exigem que as agências calculem os custos das empresas reguladas e fixem preços com base nesses custos — tarefa inviável, dada a inexistência de ferramentas precisas para mensuração e fiscalização. Diante disso, os órgãos reguladores são incumbidos de missões praticamente impossíveis, o que explica seus fracassos e as distorções que geram nos mercados. Isso, contudo, não esclarece porque os legisladores continuam impondo tais encargos às agências<sup>52</sup>.

O segundo ponto é o alto custo da fiscalização legislativa. Os parlamentos funcionam como organizações com custos operacionais elevados, que se agravam exponencialmente com o aumento das demandas. Isso ocorre porque o trabalho legislativo é, essencialmente, um processo de negociação coletiva entre muitos agentes, o que eleva significativamente os custos de transação — razão pela qual decisões são tomadas por maioria e não por consenso absoluto. Diante dessas limitações, ampliar o número de parlamentares não resolve o problema, pois os custos crescem desproporcionalmente. Assim, à medida que a carga legislativa aumenta, a solução natural passa a ser delegar funções às agências, reduzindo gradualmente o controle sobre elas. Forma-se um ciclo vicioso: a agência surge quando o legislador tem alto interesse no problema que ela deve resolver. Com o tempo e novas prioridades, o legislador perde capacidade, a custos aceitáveis, de supervisionar adequadamente essas agências, as quais também têm menor capacidade conforme as suas atribuições de atender as demandas que lhe são impostas. Assim, as falhas administrativas se agravam progressivamente, especialmente conforme a economia cresce e se torna mais complexa<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation. *National Bureau of Economic Research*, 1974. DOI: 10.3386/w0041. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w0041>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>53</sup> POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation. *National Bureau of Economic Research*, 1974. DOI: 10.3386/w0041. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w0041>. Acesso em: 15 jul. 2025.



A concorrência imperfeita reduz os estímulos à eficiência, já que uma empresa com poder de mercado, capaz de manter lucros acima da média no longo prazo, não enfrenta pressão real para reduzir seus custos ou investir em inovação e tecnologia. Afinal, a ausência de concorrência ameaça sua existência de forma irrelevante. Nesse ambiente, os recursos passam a ser direcionados não para ganhos produtivos, mas para estratégias de proteção de mercado, como buscar isenções fiscais, impor barreiras regulatórias e estabelecer relações com grupos políticos. O objetivo deixa de ser eficiência e competitividade e passa a ser manter sua posição e proteger sua própria ineficiência lucrativa. Diante desse cenário, o agente econômico aceita investir até próximo de sua renda líquida na criação e manutenção dessas barreiras, pois preservar parte dos lucros é preferível à perda total. Essa conduta, focada no *rent seeking*, embora socialmente prejudicial e improdutiva, é racional para quem detém poder econômico, que se articula para perpetuar esse benefício. Trata-se de uma estratégia lógica para quem busca proteger sua renda, ainda que gere perdas para todos os demais agentes econômicos<sup>54</sup>.

## ii. O MONOPÓLIO DA TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO

Um modelo de mercado que é dominado por uma atomidade nem sempre corresponde a uma descrição de um mercado real, frequentemente analisamos que existem situações em que surgem produtores que se apresentam como o único vendedor do mercado, ou quando um vendedor que tenha tamanho poder de mercado que é capaz de afetar o rendimento de todos os outros membros de modo considerável. Nestes casos em que existam apenas um vendedor ou uma preponderância absoluta de um sobre todos os outros, teríamos uma situação de monopólio, em

---

<sup>54</sup> ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*, 4ª Edição, II. Microeconomia aplicada e Macroeconomia, AAFDL, Lisboa, p. 424 - 425, 2022.

que apenas um vendedor pode vir a negociar com um ou com inúmeros compradores<sup>55</sup>.

Sob outra ótica, quando nos deparamos com situações que por questões técnicas tornam o monopólio um produto natural das forças do mercado competitivo, há apenas três alternativas, monopólio privado, monopólio público ou regulação pública. A escolha entre estas três alternativas é complexa e pode não ser feita de maneira definitiva sem considerar a possibilidade de readequação futura com a alteração das circunstâncias<sup>56</sup>. Assim, há situações em que por época demandariam uma construção de um monopólio público, posteriormente podem ser modificadas para monopólio privado ou regulação pública, o contrário também pode acontecer, tudo dependerá de como aquele mercado se comportará e principalmente se os agentes controladores daquela operação seriam de fato eficientes para suprir as demandas.

A função básica de um sistema de transmissão e distribuição de energia é interligar geradores e consumidores de energia. A integração vertical entre geração e transmissão internaliza complementaridades operacionais e de investimento, além de mitigar problemas de bens públicos e externalidades. Também facilita a coordenação eficiente da operação do sistema elétrico em tempo real, equilibrando oferta e demanda e assegura medição e faturamento precisos. No entanto, essa integração transforma a geração em um monopólio, mesmo em mercados com várias usinas conectadas. Isso ocorre porque a transmissão, um monopólio natural, passa a influenciar diretamente a geração. Como consequência, aumenta a regulação governamental, trazendo potenciais ineficiências que impactam preços, custos e in-

---

<sup>55</sup> ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*, 4ª Edição, I. Introdução e Microeconomia, AAFDL, Lisboa, p. 721-722, 2021.

<sup>56</sup> FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*, Disponível em: <https://www.ufrgs.br/daeca/wp/wp-content/uploads/2009/03/capitalismo-e-liberdade.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2025.

vestimentos, reduzindo a competitividade no setor de geração<sup>57</sup>.

É complexo realizar uma precificação de acordo com a responsabilidade de cada gerador sobre o custo envolvido na operação, os custos de transação não são necessariamente simétricos sob as duas visões envolvidas nesta relação, entre o gerador e a distribuidora/transmissora de energia, o que leva a um custo de avaliar coletivamente os danos e o custo de impor a atividade e a prestação do serviço e fazer a cobrança do equivalente aos usuários<sup>58</sup>, consumidores e geradores da energia dentro da sua quantidade de uso. Mas não se afasta a ideia de que mesmo assim os custos não seriam justos, afinal, há redes com maior extensão ou complexidade do que outras o que invariavelmente acabará por gerar uma distorção de cobranças, mas aferir com precisão absoluta qual seria o custo de cada consumidor/gerador não se torna uma opção de tão trabalhoso que pode ser.

Normas reguladoras de concorrência são inadequadas quando falamos sobre situações de monopólios naturais, pois a maior eficiência de atuação neste setor será adquirida quando tivermos apenas um agente operando neste sistema. Neste cenário a eficiência será adquirida quando a empresa monopolista fixar o seu preço ao nível do custo marginal, resultando em valor líquido positivo, tendo custos menores do que o resultante da atividade. Se os valores pagos forem iguais aos valores de custos da atividade, a empresa não terá incentivo algum para diminuir os seus custos, tornando-se refém da sua própria ineficiência. A alternativa mais viável é que caberá ao regulador fazer a fixação do preço, mas precisa ser levado em consideração que este estará

---

<sup>57</sup> JOSKOW, Paul. L. Restructuring, Competition and Regulatory Reform in the U.S. Electricity Sector. *Journal of Economics Perspectives*, v. 11, n. 3, p. 119-138. 1997. DOI: 10.1257/jep.11.3.119. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.11.3.119>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>58</sup> CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, 1972. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.4324/9781315053844-7/property-rules-liability-rules-inalienability-one-view-cathedral-guido-calabresi-douglas-melamed>. Acesso em: 15 jul. 2025.

refêm das informações prestadas pela empresa que exerce a atividade, de modo que não terá muitos meios para conferir se os preços repassados serão os legítimos ou se estariam sobrevalorizados<sup>59</sup>. Em uma indústria em que já se tenha obtido o controle da entrada de concorrentes, frequentemente se buscará um controle formal dos preços por meio de agentes reguladores que detenham o poder da coerção, em mercados regulados o ato discricionário de impor preços não se sustenta sem o apoio governamental<sup>60</sup>.

A transmissão e a distribuição da energia decorrem de um monopólio natural existente, em que o Estado delimita por meio de concessões qual será a empresa que ficará a cargo e responsabilidade por administrar a transmissão e distribuição de energia em determinados setores. Sendo assim, não é possível que vários agentes privados surjam e criem redes de distribuição e transmissão de energia para fazer dessa prática o seu negócio, pois a própria estrutura física (estradas, cidades, florestas) não comportariam múltiplas linhas de transmissão sem causar danos excessivos ou o desperdício de estruturas e equipamentos.

Ressaltando-se que é sempre um problema pensar em desapropriar áreas para a construção de novas linhas de transmissão e distribuição de energia podendo haver uma grave resistência dos proprietários das áreas afetadas quando da construção das redes, principalmente se os beneficiados não forem estes. A construção das linhas de transmissão e distribuição de energia demanda um elevado capital dispendido, que deve ser recuperado por décadas<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência Econômica e Restrições Verticais* – Os Argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência. AAFDL, Lisboa, 2008, p. 92-94.

<sup>60</sup> STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971. DOI: <https://doi.org/10.2307/3003160>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3003160>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>61</sup> KIRBY, Brendan; HIRST, Eric. Maintaining Transmission Adequacy in the Future. *The Electricity Journal*, Elsevier Science Inc., v. 12, n. 9, p. 62 – 72, 1999. DOI:

Em uma primeira análise, pode parecer que as restrições a realização de uma maior concorrência dentro de um setor com a operação de transações podem prejudicar a eficiência econômica, visto que impediria os compradores e vendedores de realizar trocas mutuamente benéficas. No entanto, há situações em que de fato verifica-se que a melhor eficiência econômica se obtém com a restrição desta comercialização, pois estas transações se realizadas poderiam gerar maiores externalidades significativas a terceiros que não participaram do acordo<sup>62</sup>. Dito isto, faz sentido do ponto de vista lógico impedir que particulares façam a construção de novas linhas de distribuição e transmissão de energia em áreas públicas ou de longo percurso, considerando que estas obras podem gerar maiores danos e complicações dentro do sistema de transmissão e distribuição de energia.

Força-se assim uma separação funcional entre geradores, transmissão e distribuição de energia dentro de empresas verticalmente integradas, dividindo as partes reguladas e competitivas em unidades distintas. A contabilidade de custos separada, combinando com regras de precificação para uso das redes de transmissão e distribuição a ser fiscalizado pelos reguladores. Esta estratégia pode enfrentar seus próprios problemas de administração, considerando da dificuldade existente dos reguladores de obrigarem o acesso à rede, desagregar corretamente os preços entre serviços competitivos e os monopolistas e definir as tarifas existentes<sup>63</sup>. Sob este prisma, verifica-se uma maior viabilidade

---

[https://doi.org/10.1016/S1040-6190\(99\)00085-8](https://doi.org/10.1016/S1040-6190(99)00085-8). Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1040619099000858>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>62</sup> CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, p. 1109-1112, 1972. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.4324/9781315053844-7/property-rules-liability-rules-inalienability-one-view-cathedral-guido-calabresi-douglas-melamed>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>63</sup> JOSKOW, Paul. L. Restructuring, Competition and Regulatory Reform in the U.S. Electricity Sector. *Journal of Economics Perspectives*, v. 11, n. 3, p. 119-138. 1997. DOI: 10.1257/jep.11.3.119. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.11.3.119>. Acesso em: 15 jul. 2025.

de separar a concessão dos acessos à rede de energia da empresa concessionária, deixando a cargo do regulador esta função para que ele coadune a demanda versus oferta de energia, para conceder as autorizações de conexão de energia a rede considerando a capacidade de recebimento de energia no sistema, a demanda local e a demanda projetada.

Num cenário idealizado, onde o regulador é totalmente informado, justo e capaz de honrar qualquer compromisso, a concorrência não supera os resultados de um monopólio devidamente regulado. Nesse ambiente, o regulador asseguraria que a empresa ofertasse os serviços na quantidade ótima, ao menor custo, e aplicaria preços que maximizam o bem-estar social. Assim, permitir mais operadores não traria ganhos adicionais ao mercado. No mundo real, essa perfeição não existe. Reguladores frequentemente carecem de dados cruciais sobre os mercados que fiscalizam, o que impede o controle total sobre as ações de um monopolista. A empresa, por atuar diretamente no setor e lidar com os consumidores, detém informações superiores quanto a: (a) A demanda pelos serviços que oferece; (b) Seu custo operacional mais baixo no presente; (c) E a possibilidade de reduzir custos no futuro. Essa assimetria de informação gera um dilema inevitável entre eficiência e captura de renda: a empresa só se esforçará para operar de forma eficiente se for recompensada com uma parcela considerável do excedente econômico que gera. Caso contrário, não há incentivo para reduzir custos nem melhorar o atendimento. Porém, conceder essa renda à empresa significa diminuir o bem-estar dos consumidores. Por isso, para mitigar o ganho excessivo da empresa, os reguladores frequentemente toleram algum nível de ineficiência no sistema<sup>64</sup>.

Devido as economias de escala e dos altos custos fixos

---

<sup>64</sup> ARMSTRONG, Mark; SAPPINGTON, David E. M. Regulation, competition and liberalization. *Journal of Economic Literature*, v. 44, n. 2, p. 325-366, 2006. DOI: 10.1257/jel.44.2.325. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jel.44.2.325>. Acesso em: 15 jul. 2025.

envolvidos, é altamente improvável que um gerador de energia consiga tornar economicamente viável a criação de um serviço de distribuição que é um componente vital para o gerador. Grandes produtores até podem contornar os custos da distribuição a fazer uma geração de energia própria no local de consumo e se assim o fizer, isto não será considerado uma estrutura essencial, mas sim, um suprimento de demanda local. A distribuidora no caso dos grandes geradores pode ter um incentivo para discriminar os seus possíveis concorrentes, fornecendo serviços de distribuição de qualidade inferior a eles, em comparação com os serviços prestados a seus outros clientes que não podem vir a tornar-se seus concorrentes. Se assim o fizer, é fácil detectar esta prática no curto prazo, mas no longo prazo pode tornar-se um problema, forçará a existência de uma estrutura maior de monitoramento das estruturas para corrigir este comportamento<sup>65</sup>.

A ausência de estudos de demanda energética e capacidade de adaptação da infraestrutura pode acarretar severos prejuízos tanto a geradores de energia quanto a consumidores, considerando que pela captura dos reguladores, é possível conseguir a autorização para a implantação de usinas de energia em locais onde não existirá uma demanda equiparada ou capacidade do sistema de absorver a energia injetada. Resulta-se disso uma possibilidade de ser necessário encerrar a operação de usinas que foram instaladas e que contavam com uma estrutura para absorção desta energia e que teria sido garantida pela concessionária, gerando novos riscos em termos de ingresso de ações reparatórias em caso de encerramento destas usinas por força de incapacidade do sistema<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> HINTON, Paul J.; ZONA, J. Douglas. Regulating access: Using economic principles to ensure fair and efficient competition. *The Electricity Journal*, v. 12, n. 7, p. 107-123, 1999. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1040-6190\(99\)00064-0](https://doi.org/10.1016/S1040-6190(99)00064-0). Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1040619099000640>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>66</sup> Recentemente, surgiu um debate sobre a energia injetada na rede elétrica por usinas legitimamente construídas no Nordeste. O Operador Nacional do Sistema (ONS) e a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) identificaram que o volume de ener-

Verifica-se que na prática podemos ter que as concessionárias ou a própria estrutura montada pelos agentes do mercado transformam o Estado em um agente que institui, sustenta e fortalece práticas monopolistas e cartéis entre produtores privados ou acirram uma disputa de controle. A concessão de licenças é um exemplo claro disso, funcionando como um instrumento estatal que cria e perpetua monopólios, muitas vezes delegados a operadores privados. Esse tipo de restrição é extremamente comum, aplicando-se a uma ampla gama de atividades tanto em âmbito estadual quanto municipal. No fundo, essas limitações impõem barreiras arbitrárias à liberdade dos indivíduos realizarem trocas voluntárias, além de gerar ineficiências econômicas e desperdício de recursos. Um exemplo clássico desse problema está nos serviços públicos essenciais, como telefonia, abastecimento de água e saneamento em uma comunidade. O chamado monopólio natural ou técnico não possui uma solução ideal. Na prática, as escolhas se restringem a três alternativas, todas com desvantagens: manter um monopólio privado sem regulação; permitir um monopólio privado sob controle do Estado; ou entregar a operação diretamente ao governo. Não há como afirmar, de forma absoluta, que uma dessas opções seja sempre melhor que as demais. Contudo, um dos maiores problemas tanto da regulação estatal quanto da gestão pública direta desses monopólios é que, uma vez estabelecidos, tornam-se estruturas extremamente difíceis de reverter ou desmantelar<sup>67</sup>.

---

gia gerado excedeu a capacidade de absorção do sistema, além da ausência de consumidores suficientes para essa eletricidade. Como resultado, os geradores enfrentaram prejuízos devido à impossibilidade de inserção e consumo da energia produzida. Diante desse cenário, foram iniciadas ações judiciais buscando reparação financeira pelos danos sofridos. Os geradores reivindicam ressarcimento, seja por meio de um rateio entre todos os consumidores, seja pelo pagamento do governo. Estima-se que os prejuízos apenas em 2023 tenham atingido aproximadamente R\$ 1,7 bilhão. REVISTA OESTE. *Energia: governo desativa usinas solares e eólicas no Nordeste, e disputa vai à Justiça*. Revista Oeste, 2024. Disponível em: <https://revistaoeste.com/politica/energia-governo-desativa-usinas-solares-e-eolicas-no-nordeste-e-disputa-vai-a-justica/>. Acesso em 22 fev. 2025.

<sup>67</sup> FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. Disponível em:



É fundamental reconhecer que processos de privatização ou desregulamentação, embora frequentemente justificados como estratégias para aumentar a eficiência por meio da gestão privada, podem ser instrumentalizados por grupos de interesse ou lobbies com o objetivo de capturar benefícios econômicos para si, configurando situações de *rent seeking*. Nesses casos, uma política que deveria atender ao interesse público acaba servindo aos interesses restritos de grupos economicamente ou politicamente privilegiados. Entre as críticas recorrentes à privatização está a preocupação de que a busca por maximizar lucros comprometa a universalização dos serviços, sacrificando o acesso amplo e igualitário em favor da rentabilidade. Por isso, torna-se essencial que os contratos de concessão e privatização incluam cláusulas robustas e bem estruturadas, capazes de equilibrar os interesses econômicos com as necessidades coletivas, garantindo a manutenção de padrões mínimos de qualidade, acessibilidade e atendimento<sup>68</sup>.

### iii. O MONOPÓLIO APARENTE DA GERAÇÃO

Frequentemente ocorrem situações monopolistas que aparentam ser monopólios naturais, mas na realidade são monopólios pois são protegidos por uma forte atuação regulatória. Essa regulamentação protege os agentes econômicos já estabelecidos no mercado, impedindo o ingresso de novos agentes devido às barreiras criadas. Os preços praticados pelos agentes históricos tendem a se desalinhar de seus custos, forçando barreiras de entradas para impedir que os novos agentes acessem o mercado, protegendo o seu monopólio<sup>69</sup>.

---

<https://www.ufrgs.br/daeca/wp/wp-content/uploads/2009/03/capitalismo-e-liberdade.pdf>, p. 15-17. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>68</sup> ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*, 4ª Edição, II. Microeconomia aplicada e Macroeconomia, AAFDL, Lisboa, 2022, p. 445-446.

<sup>69</sup> ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*, 4ª Edição, I. Introdução e Microeconomia, AAFDL, Lisboa, p. 758-760, 2021.

Ao longo de quase cem anos, consolidou-se uma crença amplamente difundida: a noção de que a produção de energia elétrica deve ocorrer em usinas centralizadas e distantes, sendo distribuída aos consumidores por meio de extensas redes de transmissão e distribuição. Esse modelo estabeleceu práticas, pressupostos e mentalidades que não correspondem mais às demandas contemporâneas. As regulamentações foram estruturadas com o propósito de impulsionar a expansão da eletrificação, concedendo concessões exclusivas a empresas para atrair investimentos em infraestrutura, frequentemente sob a influência do próprio Estado<sup>70</sup>.

O setor de eletricidade foi considerado um monopólio "natural", dependente de fornecedores exclusivos, públicos ou privados, regulados pelo governo em preços, entrada no mercado, investimentos e qualidade do serviço. No entanto, mudanças significativas estão reformulando o setor globalmente, promovendo concorrência na geração de energia e ajustando a regulamentação da transmissão e distribuição, ainda vistas como monopólios naturais<sup>71</sup>.

As empresas podem decidir entre realizar internamente suas operações ou delegá-las a terceiros, com base na análise dos custos associados ao mercado em comparação com os custos de gestão interna. Quando operar dentro da própria estrutura gera menores despesas, a integração vertical se mostra mais vantajosa; caso contrário, optar pela terceirização ou pela fragmentação das atividades é mais racional. Um dos principais desafios enfrentados pelas organizações está relacionado à obtenção de informações, além dos encargos contratuais, monitoramento, in-

---

<sup>70</sup> CASTEN, Thomas R. Myths of electric regulation: looking at the future of energy through entrepreneurial eyes. *The Electricity Journal*, v. 12, n. 9, p. 45-53, 1999. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1040-6190\(99\)00084-6](https://doi.org/10.1016/S1040-6190(99)00084-6). Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1040619099000846>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>71</sup> JOSKOW, Paul. L. Restructuring, Competition and Regulatory Reform in the U.S. Electricity Sector, *Journal of Economics Perspectives*, v. 11, n. 3, p. 119-138. 1997. DOI: 10.1257/jep.11.3.119. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.11.3.119>. Acesso em: 15 jul. 2025.

certezas, limitações cognitivas dos agentes e riscos de comportamento oportunista. A decisão de adotar um modelo verticalizado geralmente decorre da dependência de ativos específicos — ou seja, recursos que não podem ser transferidos para outros usos sem perda significativa de valor. Isso é especialmente comum em ativos com elevados custos fixos não recuperáveis. Nesses contextos, contratos de longa duração e vínculos estáveis são fundamentais para proteger os investimentos de possíveis práticas oportunistas<sup>72</sup>.

Historicamente, no setor elétrico e no mercado de gás, essa configuração era justificada pela elevada especificidade dos ativos, resultando em menores custos transacionais e maior aproveitamento de economias de escala. No entanto, à medida que essa especificidade se reduz, o modelo verticalizado perde sua justificativa econômica. Enquanto o transporte de gás e eletricidade ainda apresenta alta especificidade, na geração de energia ela foi substancialmente reduzida, sobretudo após a adoção das usinas de ciclo combinado movidas a gás. A expansão das interconexões entre redes e os avanços tecnológicos também contribuíram para reduzir essa dependência estrutural. Diante desse cenário, a atividade de geração elétrica deixa de ser caracterizada como monopólio natural, não havendo mais fundamentos econômicos para a preservação de privilégios exclusivos. O ambiente torna-se mais aberto, competitivo e eficiente, estimulando a separação entre geração, transmissão e distribuição de energia<sup>73</sup>.

Para a possível crítica existente destes setores de geração descentralizada, é aventado a possibilidade da ocorrência de

---

<sup>72</sup> PERCEBOIS, Jacques. Énergie et théorie économique: un survol. *Revue d'Économie Politique*, v. 111, n. 6, p. 815-860, 2001. DOI: 10.3917/redp.116.0815, p. 820-822. Disponível em: [https://shs.cairn.info/article/REDP\\_116\\_0815?tab=texte-integral](https://shs.cairn.info/article/REDP_116_0815?tab=texte-integral). Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>73</sup> PERCEBOIS, Jacques. Énergie et théorie économique: un survol. *Revue d'Économie Politique*, v. 111, n. 6, p. 815-860, 2001. DOI: 10.3917/redp.116.0815. Disponível em: [https://shs.cairn.info/article/REDP\\_116\\_0815?tab=texte-integral](https://shs.cairn.info/article/REDP_116_0815?tab=texte-integral). Acesso em: 15 jul. 2025.

uma falta de geração de energia se esta atividade não for centralizada, mas ao analisar na prática, bens e serviços que estejam sujeitos a concorrência são muito menos susceptíveis de tornarem-se escassos se comparado com a lógica do governo fazer o controle de preços. Milhares de empresas concorrentes para a geração de energia são muito mais ágeis para prever o crescimento de demanda e das ofertas do que um agente central monopolista, que pode inclusive ser afetado por interesses particulares quando da sua análise do mercado<sup>74</sup>.

A descentralização energética voltou ao centro dos debates políticos na Europa, impulsionada por pressões políticas e redes de autoridades locais transnacionais. Se antes o modelo centralizado era visto como motor da modernização e da eletrificação, hoje ele é criticado por sua rigidez diante dos novos desafios da transição energética. Nesse cenário, cresce o protagonismo das administrações locais, reconhecidas por sua capacidade de atuação próxima à realidade territorial. Entre os principais argumentos favoráveis à descentralização estão o conhecimento específico dos contextos locais, a proximidade com os cidadãos — o que facilita o engajamento em pautas energéticas — e a coordenação integrada entre setores como mobilidade, urbanismo e habitação. Além disso, há quem destaque os ganhos democráticos de uma governança mais distribuída. Esse novo enfoque tem se refletido nos textos normativos, nos quais termos como “territórios”, “autoridades locais” e “territorialização” tornaram-se recorrentes<sup>75</sup>.

Mercados competitivos entre geradores de energia e uma

---

<sup>74</sup> CASTEN, Thomas R. Myths of electric regulation: looking at the future of energy through entrepreneurial eyes. *The Electricity Journal*, v. 12, n. 9, p. 45-53, 1999. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1040-6190\(99\)00084-6](https://doi.org/10.1016/S1040-6190(99)00084-6). Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1040619099000846>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>75</sup> POUPEAU, François-Mathieu. Everything must change in order to stay as it is: The impossible decentralization of the electricity sector in France. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, [S.l.], v. 120, p. 109597, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.rser.2019.109597>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/>. Acesso em: 12 jun. 2025.

gestão monopolista das operações de transmissão e distribuição de energia são plenamente compatíveis. Nesse modelo, o monopólio assume a obrigação de fornecer serviços de transmissão para todos, realizando investimentos ou pagando pelo redirecionamento de cargas para evitar o congestionamento de energia em uma rede. Mercados de transmissão plenamente independentes em se tratando de gestão energética de um país é inviável, o controle de fornecimento de energia e o ajuste desta alocação deve ser feita com cautela, não seria confiável garantir este fluxo de direcionamento de energia para o próprio administrador das linhas, sob pena deste vir a criar um proposital congestionamento de energia em uma rede para lucrar com esta operação, causando uma valorização do seu monopólio, é necessário criar uma gestão independente do controle de energia<sup>76</sup>.

Com a construção de geradores de energia no sistema SCEE haveria uma maior descentralização energética de fonte, em que seria possíveis conciliar a demanda energética com a produção em locais próximos, garantindo um menor custo de fornecimento além de ser mais confiável, demandando uma menor estrutura de transmissão e distribuição de energia, reduzindo diretamente os custos do próprio sistema. Outro ponto interessante é o desenvolvimento de um gerenciamento de carga de energia, coordenando oferta e demanda, reduzindo os custos transacionais envolvidos na análise e planejamento estratégico de crescimento, ampliação, manutenção da rede de transmissão e distribuição<sup>77</sup>. Os geradores do sistema SCEE de energia em sua grande maioria recorrem a fontes de energias renováveis,

---

<sup>76</sup> KIRBY, Brendan; HIRST, Eric. Maintaining Transmission Adequacy in the Future. *The Electricity Journal*, Elsevier Science Inc, v. 12, n. 9, p. 62 – 72, 1999. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1040-6190\(99\)00085-8](https://doi.org/10.1016/S1040-6190(99)00085-8). Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1040619099000858>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>77</sup> HENTSCHEL, Moritz; KETTER, Wolfgang; COLLINS, John. Renewable energy cooperatives: Facilitating the energy transition at the Port of Rotterdam. *Energy Policy*, [s. l.], v. 121, n. July 2017, p. 61–69, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2018.06.014>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0301421518304026> Acesso em: 15 jul. 2025.

com fontes essencialmente concentradas nas usinas eólica e solares, diminuindo a poluição decorrente da exploração energética, criando-se um ambiente mais sustentável<sup>78</sup>.

Entretanto, necessário se faz destacar que é vital para o desenvolvimento de um país que tenhamos a garantia de um fornecimento confiável e contínuo de energia elétrica, falhas nesse abastecimento podem afetar setores essenciais e prejudicar a indústria, interrompendo a cadeia produtiva. O setor elétrico enfrenta desafios estruturais importantes. A redução das participações das hidrelétricas e a expansão das fontes intermitentes (solar e eólica), aumentam a complexidade da operação do sistema integrado, exige uma maior coordenação e estratégias de mitigação de riscos para coordenar as demandas e ofertas de energia em uma larga área<sup>79</sup>.

Civilizações modernas dependem de um acesso constante à energia e fontes de energia sustentáveis como a solar, são fáceis de desenvolver. Um modelo tradicional de concessionárias que baseia a sua rede de geração em grandes usinas para abastecer um número considerável de população está defasado, a solução que emerge como mais viável é concentrar as gerações de energia em locais próximos ao do próprio consumo<sup>80</sup>. Um

---

<sup>78</sup> HENTSCHEL, Moritz; KETTER, Wolfgang; COLLINS, John. Renewable energy cooperatives: Facilitating the energy transition at the Port of Rotterdam. *Energy Policy*, [s. l.], v. 121, n. July 2017, p. 61–69, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2018.06.014>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0301421518304026> Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>79</sup> A crise hídrica de 2021 expôs a fragilidade desse sistema, gerando custos de aproximadamente R\$ 40 bilhões para os consumidores devido à contratação emergencial de usinas térmicas. O episódio evidenciou a ausência de um planejamento estratégico eficiente para enfrentar crises futuras. Outro exemplo que escancara o problema da interligação de um sistema e a dependência de grandes geradores foi visível junto ao blecaute de 2023 na região metropolitana de São Paulo, que deixou 2,1 milhões de unidades consumidoras sem energia, levando 7 dias para religação do sistema e ajuste da rede de energia. BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Sustentabilidade do Suprimento de Energia Elétrica*. Disponível em: [https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/sustentabilidade\\_do\\_suprimento\\_de\\_energia\\_eletrica.html](https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/sustentabilidade_do_suprimento_de_energia_eletrica.html). Acesso em: 16 fev. 2025.

<sup>80</sup> COLLINS, John, KETTER, Wolfgang. Smart grid challenges for electricity retail-

mercado competitivo de geração pode reduzir significativamente diversas ineficiências de médio e longo prazo. No entanto, replicar a eficiência do despacho econômico centralizado e das operações de transmissão e distribuição, será um grande desafio. Além disso, investimentos descentralizados em geração e transmissão podem gerar ineficiências adicionais, pois é difícil capturar plenamente as complementaridades entre esses segmentos por meio de mecanismos de mercado<sup>81</sup>.

A competição no setor energético permitirá maior eficiência na geração de eletricidade e calor residual, otimizando processos industriais. Empresas poderão reaproveitar resíduos inflamáveis para produzir energia em parques ecoindustriais, reduzindo desperdícios e custos operacionais. Um exemplo disso são plantas de reciclagem de automóveis, que hoje descartam materiais combustíveis em aterros, mas que poderiam convertê-los em calor e eletricidade. A experiência de outros setores mostra que a terceirização melhora a qualidade e a eficiência, garantindo economia aos usuários. Diferente das tentativas frustradas de conservação impostas a monopólios, a concorrência incentivará soluções energéticas inovadoras, promovendo redução de custos, menos poluição e maior eficiência<sup>82</sup>.

O foco alargado na produção de energia via geradores intermitentes, cuja geração depende de fatores cíclicos e integralmente variáveis poderá causar uma grave dependência do nosso setor energético a figuras não tão confiáveis, de modo que é necessário que se analise alternativas de geração energética

---

ers. *KI-Künstliche Intelligenz*. v. 28, n. 3, p. 191–198, 2014. DOI:10.1007/s13218-014-0311-6. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>81</sup> JOSKOW, Paul. L. Restructuring, Competition and Regulatory Reform in the U.S. Electricity Sector, *Journal of Economics Perspectives*, v. 11, n. 3, p. 119-138. 1997. DOI: 10.1257/jep.11.3.119. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.11.3.119>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>82</sup> CASTEN, Thomas R. Myths of electric regulation: looking at the future of energy through entrepreneurial eyes. *The Electricity Journal*, v. 12, n. 9, p. 45-53, 1999. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1040-6190\(99\)00084-6](https://doi.org/10.1016/S1040-6190(99)00084-6). Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1040619099000846>. Acesso em: 15 jul. 2025.

que não tenham tantas sazonalidades para fins de preencher os momentos de crise de geração de energia. Setores de energia como gás natural, energia nuclear, ou até mesmo a proveniente de combustíveis fósseis podem auxiliar neste trabalho, entretanto, precisamos tornar estas alternativas mais viáveis em termos financeiros e econômicos<sup>83</sup>.

As tecnologias empenhadas nestas operações de geração distribuídas oferecem soluções para consumidores, mercados e para a rede elétrica. Esta flexibilidade combinada com alta eficiência de produção tem resultado em uma grande transformação do setor energético. Essas tecnologias tendem a atender parte das necessidades dos clientes em relação a serviços auxiliares, gerenciamento da volatilidade dos preços, confiabilidade local, qualidade da energia, gerenciamento de congestionamento e melhorias na rede<sup>84</sup>.

Verifica-se que existe uma necessidade de separação das estruturas de geração, da comercialização dos setores de transmissão, da distribuição e da operação do sistema, impedindo a coexistência dos mesmos agentes dentro das duas áreas de atuação, para evitar a inclusão de subsídios cruzados entre atividades reguladas e não reguladas, prevenir a prática discriminatória no acesso às redes de distribuição e transmissão. Força-se em con-

---

<sup>83</sup> A usina de Itaipu é uma das grandes geradoras de energia para o Brasil, entretanto, com o encerramento do pagamento das parcelas por parte do Paraguai para a construção da usina e a crescente demanda do Paraguai pela energia da usina estão encarecendo a energia do Brasil e diminuindo a oferta desta usina. BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Sustentabilidade do Suprimento de Energia Elétrica*. Disponível em: [https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/sustentabilidade\\_do\\_suprimento\\_de\\_energia\\_eletrica.html](https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/sustentabilidade_do_suprimento_de_energia_eletrica.html). Acesso em: 16 fev. 2025.

<sup>84</sup> A própria armazenagem da energia para estocagem e diluição do período de utilização dela vem apresentando constante evolução, a tecnologia das baterias, *flywheels*, materiais supercondutores e ultracapacitores, aliados a sistemas de controle de consumo e utilização, permitem transmitir preços em tempo real e ajudar consumidores a gerenciar seu consumo de energia. BUDHRAJA, Vikram S. The future electricity business. *The Electricity Journal*, v. 12, n. 9, p. 54-61, 1999. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1040-6190\(99\)00078-0](https://doi.org/10.1016/S1040-6190(99)00078-0). Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1040619099000780>. Acesso em: 15 jul. 2025.



junto a construção de um operador de sistema independente, que seja o responsável por gerenciar e operar a rede, programar a geração para atender o crescimento da demanda e que oriente a ampliação das infraestruturas de transmissão de energia, para garantir a sustentabilidade e viabilidade econômica<sup>85</sup>.

Entretanto é nítido que a vedação da comercialização destes créditos por parte dos membros do sistema SCEE gera uma ineficiência a níveis comerciais, tornando mais custosa toda a operação. Exemplificando: um agente decide montar uma usina de energia para suprir a sua demanda e ainda assim, verifica que com o sistema colocado terá um excedente de energia que ultrapassará a sua necessidade, afinal ele decide tirar o máximo proveito da sua propriedade e espaço, fazendo isto, ele será obrigado a gastar mais energia para aproveitar a compensação, ou então a entrar dentro de um sistema de SCEE para fins de compensar os seus créditos ou repassar a terceiros, tendo um custo do atravessador (seja cooperativa, associação ou consórcio), o que demandará mais uma perda de eficiência de geração e de custos de transação. No entanto, sendo um mercado regulado e não livre, faz sentido existir regulações que impeçam um gerador de entrar nele simplesmente para comercializar sua energia, mas não faz sentido após ele gerar esta energia o impedir de repassar a terceiros que podem ser beneficiados por isto, obrigando-o a entrar em estruturas mais complexas para abdicar de parte da sua eficiência. Não se retira desta análise a possibilidade de existir um regulador que delimita sobre o acesso a rede para evitar as sobrecargas e problemas de tensão, mas este regulador precisa ser transparente a abster-se a critérios técnicos operacionais.

Outro ponto a ser destacado é que com a queda signifi-

---

<sup>85</sup> JOSKOW, Paul L. Lessons Learned from Electricity Market Liberalization. Special Issue: The Future of Electricity: Papers in Honor of David Newbery. *The Energy Journal*, v. 29, (2. suppl.), p. 9-42, 2008. DOI: 10.5547/ISSN0195-6574-EJ-Vol29-NoSI2-3. Disponível em: [https://ideas.repec.org/a/sae/enejou/v29y2008i2\\_supplp9-42.html](https://ideas.repec.org/a/sae/enejou/v29y2008i2_supplp9-42.html). Acesso em: 15 jul. 2025.

cativa nos preços das tecnologias solares fotovoltaicas também transformou a lógica econômica da geração própria de energia por parte dos usuários finais. A combinação entre a redução dos custos dos equipamentos e os atrativos incentivos fiscais oferecidos por governos estaduais e federais tornou a adoção de sistemas solares uma alternativa financeiramente interessante para diversos consumidores. Esse movimento levou especialistas e dirigentes do setor elétrico a alertarem para a possibilidade de uma “espiral da morte”, na qual um número cada vez maior de usuários opta por gerar sua própria energia, diminuindo sua dependência da distribuidora. Para compensar a perda de receita, as concessionárias aumentam as tarifas, o que acaba tornando a geração solar ainda mais atrativa, estimulando novas adesões e agravando o desequilíbrio financeiro do sistema. Esse ciclo vicioso pode comprometer a sustentabilidade do modelo atual de distribuição elétrica, levando até mesmo à extinção das distribuidoras tradicionais. Esse panorama tem provocado intensos debates — tanto técnicos quanto políticos — sobre a sobrevivência e reformulação do papel das concessionárias no futuro do setor. Afinal, no futuro, a geração distribuída será capaz de operar sem a rede? Com uma autossuficiência dos seus membros, com geração em dias de sol e armazenamento de energia com baterias? E se ela não será autossuficiente, como ocorrerá a remuneração da rede de transmissão de energia? É importante buscar uma equalização que garanta a sobrevivência do sistema caso ele ainda seja necessário<sup>86</sup>.

#### iv. O RISCO DO MONOPÓLIO E MONOPSÔNIO NOS CONTRATOS DE ENERGIA

Um problema relevante dentro deste mercado de energia

---

<sup>86</sup> BORENSTEIN, Severin; BUSHNELL, James. The U.S. Electricity Industry After 20 Years of Restructuring. *Cambridge: National Bureau of Economic Research*. (NBER Working Paper No. 21113). p. 24-25, 2015.

e regulação energética está no risco da existência de compradores únicos de energia ou vendedores únicos, o monopsonio e o monopólio é um risco latente e contínuo.

O Monopsonio se caracteriza pela situação na qual existe apenas um comprador dentro de um mercado de múltiplos vendedores, em que o preço estabelecido dependerá da quantidade que são adquiridas por ele. O comprador monopsonista poderá maximizar o seu benefício líquido, priorizando a aquisição de produtos a fim de ampliar a diferença do valor obtido por ele e o preço efetivamente pago, distingue-se de um mercado competitivo, em que as forças do mercado agiriam de maneira a buscar uma maior eficiência obtido por meio da identificação gráfica do ponto de convergência entre a oferta e a demanda. O risco do monopsonio é deste comprador possuir o poder de ditar o preço dos bens, fazendo com que sejam inferiores ao que seriam em um mercado competitivo<sup>87</sup>.

O risco do monopólio consolida-se com a atividade reguladora e distribuidora que detém o controle de autorização e aceitação de novos sistemas de mini geração distribuída, sendo eles os únicos responsáveis por autorizar a construção e a ligação destas usinas dentro do sistema de distribuição energética, de modo que poderão eles negarem-se a fazer a ligação de outros dispositivos, concentrando toda a geração energética dentro da sua própria estrutura. Não tendo o ingresso de novas usinas, não teria assim estruturas para construção de cooperativas ou associações que poderiam fornecer os créditos de energia junto a rede a um custo viável para garantir a manutenção das usinas<sup>88</sup>. Esta deve ser a principal preocupação regulatória, que as concessionárias de energia manipulem o acesso as redes de trans-

---

<sup>87</sup> TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *Análise Econômica do Direito dos Contratos*: uma nova abordagem do direito contratual como redutor de falha dos mercados, Thoth Editora, Londrina, p. 147-149, 2021.

<sup>88</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 671*, de 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2420011>. Acesso em: 16 jul. 2025.

missões e distribuições de energia conforme o seu próprio interesse<sup>89</sup>.

Já o risco do monopólio emerge do fato de que as empresas de distribuição que participem do mercado de geração distribuída (com usinas próprias geradoras ou até mesmo arrendadas) podem tornarem-se controladoras da liberação de construção de usinas concorrentes<sup>90</sup>, ou ainda praticar um preço predatório com a aplicação de um preço dominante para negociar abaixo do preço de custo com o objetivo de expulsar concorrentes do mercado e em seguida, recuperar a perda após sua saída dos mercados<sup>91</sup>, os operadores do SCEE podem tornar-se inoperáveis financeiramente pela ausência de usinas de energia conectadas a rede ou pela dificuldade de subsidiar a operação com os seus consumidores pelos valores a serem arrecadados, versus o valor que seria cobrado pela empresa da concessionária de energia que venderia esta energia por valores abaixo ao de manuten-

---

<sup>89</sup> HINTON, Paul J.; ZONA, J. Douglas. Regulating access: Using economic principles to ensure fair and efficient competition. *The Electricity Journal*, v. 12, n. 7, p. 107-123, 1999. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1040-6190\(99\)00064-0](https://doi.org/10.1016/S1040-6190(99)00064-0). Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1040619099000640>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>90</sup> Poderá a distribuidora por meio da construção de uma reserva de mercado causada pela estabilização da estrutura de distribuição de energia mitigar a aprovação de novas usinas, colocando como justificativa a incapacidade de compatibilidade da rede. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 671, de 2024*. Brasília, DF, 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2420011>. Acesso em: 16 jul. 2025.

<sup>91</sup> O preço predatório em si, só seria prejudicial aos consumidores se ele fosse temporário e logo após a aquisição do monopólio ou monopólio ele aumentasse os preços para fins de recuperar os valores investidos, no entanto, a mera existência ou ameaça desta prática pode desencorajar concorrentes eficientes de entrarem neste mercado e competir. No fim tudo será analisado pelos competidores e se acreditarem que este fato pode ou não vir a se tornar realidade e verificar os riscos envolvidos na operação. HINTON, Paul J.; ZONA, J. Douglas. Regulating access: Using economic principles to ensure fair and efficient competition. *The Electricity Journal*, v. 12, n. 7, p. 107-123, 1999. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1040-6190\(99\)00064-0](https://doi.org/10.1016/S1040-6190(99)00064-0). Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1040619099000640>. Acesso em: 15 jul. 2025.

ção da operação da cooperativa<sup>92</sup>, por intermédio das subsidiárias concorrentes. Restará a quem tiver usinas já ativas neste caso, as alternativas de buscar a concessionária para ingressar na atividade junto a ela e a sua subsidiária, submetendo-se ao seu preço, buscar outra fonte de compensação de créditos de energia que esteja fora das operações dos membros do SCEE, para fins de conseguir diminuir o seu prejuízo, ou vender as suas operações a própria concessionária. Forçando-se assim a existir somente um vendedor que terá a capacidade financeira de sustentar-se no mercado, que será a concessionária e as suas subsidiárias.

Além de impedir explicitamente o acesso negando aos potenciais produtores de energia, pode ser feito isto de maneira mais velada, quando a empresa concessionária até concede o acesso a rede, mas o faz de maneira tão custosa (por meio de restrições técnicas inúteis ou com a utilização de outros artifícios) que torna o investimento oneroso a ponto de ele abandonar o projeto, isso garantiria o monopólio do acesso aos seus afiliados<sup>93</sup>.

Outro ponto que poderá acontecer quando os agentes da distribuidora entram junto no mercado de venda da energia é a possibilidade do subsídio cruzado, que ocorre quando a distribuidora repassa os custos da venda da energia para a distribuição energética, repassando o custo ao consumidor via tarifa regulada. Isto permitirá que a distribuidora cobre um excedente do

---

<sup>92</sup> Ressalta-se neste caso que os custos das cooperativas, associações e consórcios, é permanente, eles necessitam fazer uma recolha de dados acerca da energia injetada junto a concessionária pelas usinas de energia conectadas a rede, fazer um direcionamento entre os seus consumidores, repassar estes pedidos de compensações a concessionária (que inclusive pode vir a negar a compensação atrasando assim o recebimento dos valores pelas geradoras de energia), tendo um alto dispêndio de valores monetários para satisfazer as burocracias requisitadas.

<sup>93</sup> HINTON, Paul J.; ZONA, J. Douglas. Regulating access: Using economic principles to ensure fair and efficient competition. *The Electricity Journal*, v. 12, n. 7, p. 107-123, 1999. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1040-6190\(99\)00064-0](https://doi.org/10.1016/S1040-6190(99)00064-0). Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1040619099000640>. Acesso em: 15 jul. 2025.

custo real da distribuição e use esta renda extra para fazer os custos da geração energética diminuírem artificialmente, dificultando a concorrência de ter preços competitivos de geração. Esta prática distorce o mercado, pois impedirá a concorrência de ingressar não obtendo uma maior eficiência na geração de energia e nos preços, considerando a artificialidade e manipulação dos preços cobrados<sup>94</sup>.

No setor de energia, os monopólios são frequentemente criticados por realizar subsídios cruzados entre grupos distintos de consumidores, beneficiando aqueles com maior poder de escolha em detrimento dos usuários dependentes do serviço. Essa prática assume basicamente duas formas: (i) na política de preços, oferecendo tarifas reduzidas para um grupo e mais elevadas para outro; (ii) na repartição dos custos, alocando despesas de maneira desproporcional entre os segmentos, sem vínculo real com os custos efetivos. A mera supervisão estatal não é suficiente para evitar tais distorções, principalmente diante da teoria da captura regulatória e das assimetrias de informação existentes entre reguladores e empresas. Esse cenário permite que os monopólios direcionem as decisões dos órgãos reguladores para atender seus próprios interesses, ainda que sob o pretexto de defesa do interesse coletivo<sup>95</sup>.

Aliado ao fato de que sem uma gestão neutra da rede de transmissão, uma usina independente estaria sujeita ao controle do operador local, que poderia se apropriar de parte significativa dos ganhos potenciais do empreendimento, inibindo a competição. Mesmo com acesso à rede, o produtor ficaria em desvanta-

---

<sup>94</sup> HINTON, Paul J.; ZONA, J. Douglas. Regulating access: Using economic principles to ensure fair and efficient competition. *The Electricity Journal*, v. 12, n. 7, p. 107-123, 1999. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1040-6190\(99\)00064-0](https://doi.org/10.1016/S1040-6190(99)00064-0). Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1040619099000640>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>95</sup> PERCEBOIS, Jacques. Énergie et théorie économique: un survol. *Revue d'Économie Politique*, v. 111, n. 6, p. 815-860, 2001. DOI: 10.3917/redp.116.0815, Disponível em: [https://shs.cairn.info/article/REDP\\_116\\_0815?tab=texte-integral](https://shs.cairn.info/article/REDP_116_0815?tab=texte-integral). Acesso em: 15 jul. 2025..

gem caso existisse apenas um comprador no varejo. Embora esse comprador monopolista pudesse adquirir energia por meio de contratos no mercado atacadista, a ausência de outros comercializadores reduziria a variedade de ofertas e restringiria as opções dos consumidores<sup>96</sup>.

O principal gargalo estrutural do setor elétrico nacional está relacionado ao controle sobre o acesso às redes de transmissão e distribuição. Esse poder, concentrado nas mãos das concessionárias que operam essas infraestruturas, configura atualmente o maior desafio enfrentado pelos geradores, especialmente aqueles inseridos no ambiente de contratação livre e no segmento de geração distribuída. Na prática, as dificuldades, restrições e entraves burocráticos para utilizar a malha de escoamento de energia atuam como uma barreira econômica que freia a entrada de novos players e restringe a competitividade do mercado. A inexistência de instrumentos regulatórios eficazes que garantam acesso equitativo às redes permite que empresas verticalizadas — que acumulam atividades de distribuição e comercialização — utilizem seu controle sobre a infraestrutura como ferramenta para dificultar, postergar ou onerar a conexão de novos empreendimentos. Esse cenário acentua desequilíbrios concorrenciais, desestimula o avanço de fontes renováveis e descentralizadas e gera ineficiências econômicas que comprometem o desenvolvimento sustentável e competitivo do setor elétrico brasileiro.

No Brasil observam-se exemplos claros de dificuldade de agentes privados ingressarem dentro do sistema de geração de energia via sistema SCEE, em Minas Gerais, a CEMIG<sup>97</sup> é a concessionária responsável por fazer a distribuição de energia

---

<sup>96</sup> BORENSTEIN, Severin; BUSHNELL, James. The U.S. Electricity Industry After 20 Years of Restructuring. *Cambridge: National Bureau of Economic Research*, 2015. (NBER Working Paper No. 21113), p. 2-3.

<sup>97</sup> CEMIG SIM. *Como funciona a energia solar por assinatura*. Disponível em: <https://cemigsim.com.br/como-funciona-a-energia-solar-por-assinatura>. Acesso em: 19 fev. 2025.

no estado, entretanto, ela vem atuando no segmento de geração de energia em simultâneo, por intermédio de uma empresa subsidiária. Uma geradora de energia também tornou-se responsável pela Distribuidora, nisto vemos uma crescente de reclamações de agentes privados que vem tendo negados os seus pedidos de acesso à linha de distribuição, sem que tenha sido plenamente justificado por meios técnicos a negativa de acesso e além disto, a Cemig vem crescendo no espaço de geração e de negociação destes créditos de energia, fazendo uma negociação de “energia por assinatura”<sup>98</sup>.

De igual modo a empresa (Re)Energisa, que faz parte do grupo Energisa, a qual é a concessionária de energia que atua em diversos estados do Brasil com o fornecimento e distribuição de energia, também vem atuando por meio da geração distribuída, com a geração de energia e o fornecimento de descontos a partir da energia de assinatura. A empresa neste caso também faz a autorização de ingresso as redes de distribuição nestes estados e atua como concorrente de agentes privados geradores, dando espaço para a ocorrência dos fenômenos já descritos<sup>99</sup>.

A crescente concretização destes cenários descritos acima, motivou a proposta legislativa de nº 671 de 2024 que visa impedir que as empresas distribuidoras ingressem junto ao mer-

---

<sup>98</sup> Na matéria em destaque, verificamos que grande parte das alegações de negativa de ingresso de novas agentes a rede de distribuição vem pela alegação de “inversão de fluxo” que ocorre quando a rede de distribuição não consegue receber toda a energia gerada pelos geradores de energia, fazendo uma inversão do fluxo de energia. Ocorre que segundo a reportagem estas informações não teriam sido comprovadas de maneira satisfatória, sendo prescindidos de laudos técnicos para comprovar as alegações da CEMIG. HEIN, Henrique. *Inversão de fluxo: 1,2 mil empresas fecharam as portas em MG*. 8 jul. 2024. CANAL SOLAR, Disponível em: <https://canalsolar.com.br/inversao-fluxo-empresas-fechadas-cemig/>. Acesso em: 19 fev. 2025.

<sup>99</sup> O Grupo Energisa atua como distribuidora de energia elétrica nos estados do Acre, Amazonas, Rondônia, Tocantins, Paraíba, Sergipe, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro. A empresa também opera no modelo de energia por assinatura, nos estados do Ceará, Maranhão, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro e São Paulo. (RE)ENERGISA. *Assinatura Solar*. Disponível em: <https://www.reenergisa.com.br/fontes-renovaveis/assinatura-solar>. Acesso em: 20 fev. 2025. E



cado de geração distribuída em concorrência com outros geradores, sendo que estas empresas de distribuição focarão simplesmente seus esforços na manutenção e ampliação da rede de distribuição energética e não mais no setor de geração distribuída, pelo notório risco de conflito de interesses e das práticas predatórias anteriormente mencionadas. A distribuidora se aprovada a lei teria a função única de garantir o sistema de distribuição de energia e a viabilidade de conexão de novas usinas junto a rede, com construção de estruturas para permitir o ingresso de energia o suficiente para atender as crescentes demandas energéticas<sup>100</sup>.

É pertinente analisar a adoção, no Brasil, de sistemas de concorrência que permitam às concessionárias de energia atuar na comercialização direta ao consumidor final. A integração vertical entre o fornecimento de energia ao consumidor final e a geração pode ser uma resposta eficiente as imperfeições dos mercados atacadistas de eletricidade, mas podem gerar problemas de poder de mercado, os reguladores necessitariam enfrentar aqui um debate entre eficiência e concorrência. Mas é necessária a existência de um número suficiente de empresas para competir neste mercado, aumentando a pulverização tanto na geração de energia quanto na comercialização, sob pena de que em uma reduzida concorrência elevaria os custos de entrada e os operacionais, em que se vedaria o ingresso de novos agentes no mercado. Os participantes do mercado buscarão adquirir novos geradores de energia para fins de suprir a sua própria demanda e reduzir o próprio custo. A longo prazo, essa ação resulta em uma concentração significativa, seja na geração ou no próprio varejo, reduzindo a competição, elevando os custos operacionais e dificultando a entrada de novos players dentro da estrutura do mercado<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 671, de 2024*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2420011>. Acesso em: 16 jul. 2025.

<sup>101</sup> JOSKOW, Paul L. Lessons Learned from Electricity Market Liberalization. Special Issue: The Future of Electricity: Papers in Honor of David Newbery. *The Energy*

## v. A NACIONALIZAÇÃO E A SOLUÇÃO SUBÓPTIMA

O teorema do *Second Best* estabelece que, se ao menos uma das condições fundamentais para alcançar o ótimo de Pareto for inviável, então o atendimento isolado das demais — ainda que factível — pode não resultar em uma distribuição eficiente dos recursos. Em outras palavras, diante de uma falha estrutural que inviabilize a realização completa da eficiência paretiana, a melhor solução possível pode exigir, de forma contraintuitiva, a renúncia deliberada às demais condições ideais, levando a um arranjo subótimo conhecido como ótimo de segundo grau. A partir dessa premissa decorre um corolário central: não se pode pressupor que uma situação na qual um maior número de requisitos de Pareto seja atendido seja automaticamente preferível àquela em que menos condições são cumpridas. Alterações no conjunto de restrições podem produzir efeitos imprevisíveis sobre o bem-estar e a eficiência — podendo aumentá-los, reduzi-los ou mesmo deixá-los inalterados. Por isso, a formulação de políticas públicas eficazes em ambientes marcados por imperfeições deve considerar as interdependências estruturais entre essas falhas, rejeitando a ideia de que é possível melhorar a eficiência corrigindo apenas um fator isoladamente<sup>102</sup>.

A decisão que, à primeira vista, parece simples — optar entre monopólio regulado e mercado competitivo — revela-se bastante complexa na prática. Essa escolha está condicionada a variáveis como: características tecnológicas e de demanda, qualificação e estrutura do órgão regulador, desempenho dos siste-

---

*Journal*, v. 29, (2\_suppl.), p. 9-42, 2008. DOI: 10.5547/ISSN0195-6574-EJ-Vol29-NoSI2-3. Disponível em: [https://ideas.repec.org/a/sae/enejou/v29y2008i2\\_supplp9-42.html](https://ideas.repec.org/a/sae/enejou/v29y2008i2_supplp9-42.html). Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>102</sup> LIPSEY, Richard G.; LANCASTER, Kelvin. The General Theory of Second Best. *The Review of Economic Studies*, v. 24, n. 1, 11-32, 1956.

<https://doi.org/10.2307/2296233>. Disponível em: <https://academic.oup.com/res-tud/article-abstract/24/1/11/1542458>. Acesso em: 15 jul. 2025.

mas fiscais e financeiros, além da solidez institucional do ambiente em questão. Nos cenários onde a concorrência se mostra mais eficiente que o monopólio regulado, a migração entre esses modelos tende a ser um processo demorado e cheio de desafios. Não há um caminho padrão ou universal para converter estruturas monopolistas em mercados concorrenciais. A estratégia de liberalização mais eficiente depende de uma série de elementos específicos, muitos dos quais também impactam diretamente na escolha inicial entre regular ou abrir o mercado<sup>103</sup>.

Um caso ilustrativo dessa lógica ocorre em economias híbridas, nas quais convivem setores estatais e empresas privadas com poder de monopólio. Suponha-se que o monopólio existente não possa ser eliminado. Nesse contexto, a empresa monopolista tende a ofertar uma quantidade inferior àquela que seria desejável do ponto de vista da eficiência social, provocando, como consequência, uma produção excessiva relativa nos demais setores da economia. Se o governo opta por estatizar uma dessas atividades não monopolizadas, deverá definir qual estratégia de atuação adotará. Caso pratique preços de mercado em regime concorrencial, acentuará o desequilíbrio já existente, ao expandir ainda mais sua produção em comparação com o setor monopolizado. Por outro lado, se a estatal aplicar preços elevados, à semelhança de um monopólio, poderá atenuar esse descompasso, mas introduzirá novas distorções nas relações de troca com os demais bens e setores. Essa é uma configuração típica da lógica do *second best*, na qual toda decisão acarreta efeitos adversos e benefícios parciais. O elemento-chave aqui é compreender que, diante da impossibilidade de alcançar o ótimo de Pareto, a melhor política será aquela que reduz as disfunções globais, mesmo que para isso seja necessário adotar práticas que,

---

<sup>103</sup> ARMSTRONG, Mark; SAPPINGTON, David E. M. Regulation, competition and liberalization. *Journal of Economic Literature*, v. 44, n. 2, p. 325-366, 2006. DOI: 10.1257/jel.44.2.325. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jel.44.2.325>. Acesso em: 15 jul. 2025.

isoladamente, seriam consideradas subótimas<sup>104</sup>.

À luz dessas considerações, torna-se insustentável a pretensão de formular políticas eficientes ignorando a complexidade das interdependências entre falhas de mercado, especialmente em setores caracterizados por monopólios naturais, como o de transmissão e distribuição de energia. Quando tais estruturas, mesmo privatizadas, permanecem impermeáveis à concorrência efetiva e à regulação independente — seja por captura regulatória, assimetrias informacionais, ineficiência proposital ou barreiras técnicas de acesso —, a hipótese de nacionalização não deve ser descartada como solução de exceção. Pelo contrário, conforme sugere a lógica do *second best*, a estatização pode configurar, não um retrocesso ideológico, mas a única alternativa racional capaz de mitigar distorções sistêmicas que não podem ser corrigidas por instrumentos convencionais de mercado.

## 5. RISCO JURÍDICO E SEGURANÇA CONTRATUAL NA MICROGERAÇÃO DISTRIBUÍDA

O risco jurídico nota-se no setor elétrico, causada por constantes revisões regulatórias e disputas judiciais sobre subsídios e custos tarifários. Essa insegurança afeta diretamente as concessionárias, dificultando o planejamento de longo prazo e desestimulando investimentos necessários para a modernização e expansão do setor. Para os consumidores, as consequências são imprevisibilidade nas tarifas e risco de aumentos futuros para cobrir déficits acumulados<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> LIPSEY, Richard G.; LANCASTER, Kelvin. The General Theory of Second Best. *The Review of Economic Studies*, v. 24, n. 1, 11–32, 1956.

<https://doi.org/10.2307/2296233>. Disponível em: <https://academic.oup.com/res-tud/article-abstract/24/1/11/1542458>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>105</sup> Concessionárias de Energia foram beneficiadas recentemente com decisões judiciais que cancelaram a cobrança de impostos federal (Pis e Cofins) sobre o ICMS que incidia sobre a tarifa de energia, causando uma redução do seu custo e um crédito de recebimento de valores da Concessionária junto a União, assim, utiliza-se deste recurso para subsidiar as tarifas de energia da população e evitar um aumento do custo

No caso dos contratos de que visam o atendimento ao sistema SCEE as concessionárias de energia e os estados, por via de regra não reconhecem a operação como sendo um ato de cooperativas, mas sim, um próprio comércio de energia existente, em que haveria um gerador de energia que vende energia indiretamente aos consumidores finais por intermédio de um atravessador que é praticamente um agente administrador/organizador da operação em si. Esta conclusão leva a uma série de consequências em termos tributários e regulatórios.

Esta operação resulta em uma insistência sobre a cobrança de tributos atinentes a própria operação, em especial do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)<sup>106</sup>. O Estado considera que a operação de compensação de créditos de energia é um ato comercial e sendo comercial tributar-se-ia o ICMS, por ter tido supostamente uma comercialização de energia. Já os operadores do sistema SCEE e os proprietários das usinas consideram que isto é um ato cooperado, não ocorrendo uma comercialização em si, por inexistir uma movimentação de comercialização de bens entre cooperativa e cooperados<sup>107</sup>.

---

energético, demonstrando que a insegurança jurídica não tem preferência, afeta desde ao consumidor final, as concessionárias estaduais e a própria União. AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DO PARANÁ. *Copel ganha ação judicial que reduzirá tarifa de energia*. 2023. Disponível em: <https://www.aen.pr.gov.br/Noticia/Copel-ganha-acao-judicial-que-reduzira-tarifa-de-energia>. Acesso em: 14 fev. 2025.

<sup>106</sup> Este imposto é instituído pela Constituição Brasileira deixando a cargo dos estados da federação para fazer a arrecadação sobre circulação de produtos que venham de outros estados ou do exterior mediante importação, pode-se fazer um levantamento sobre a eficiência e efetividade do respectivo e da nocividade ao próprio sistema negocial interestadual brasileiro. Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. BRASIL. *Constituição Federal Brasileira*. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 jul. 2025.

<sup>107</sup> Este entendimento extrai-se da lei das Cooperativas, em que discorre Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais. Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria. BRASIL. *Lei*

A própria Agência Nacional de Energia Elétrica entende na sua resolução normativa de nº 1.000/2021 em seu artigo 2º, inciso XXII-A e art. 655-D, inciso III<sup>108/109</sup>:

XXII-A - geração compartilhada: modalidade de participação no SCEE caracterizada pela reunião de consumidores, por meio de consórcio, cooperativa, condomínio civil voluntário ou edifício, ou qualquer outra forma de associação civil instituída para esse fim, composta por pessoas físicas ou jurídicas que possuam unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída;).

Art. 655-D. Pode participar do SCEE o consumidor responsável por unidade consumidora: I - com microgeração ou minigeração distribuída; II - integrante de empreendimento de múltiplas unidades consumidoras com microgeração ou minigeração distribuída; III - integrante de geração compartilhada; [...]

A priori, verifica-se que o entendimento de que as operações envolvendo a compensação de energia via sistemas SCEE não seriam atos mercantis, sendo atividades de subsistência e de atos típicos de cooperativas.

O tribunal de Justiça do Paraná neste aspecto tem sido um dos que mantem este posicionamento em específico inclusive dentro das operações de energia, vide julgado que se verifica.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA CUMULADA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. LI-

---

nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 dez. 1971. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5764.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm). Acesso em: 14 jul. 2025.

<sup>108</sup> BRASIL. *Agência Nacional de Energia Elétrica*. Resolução Normativa nº 1.000, de 7 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren20211000.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>109</sup> Os Tribunais de Justiça reconhecem de mesmo modo que atos cooperados não podem vir a ser tributados, vide ementa do julgado: ICMS – ATO COOPERATIVO INTRIBUTABILIDADE – E intrIBUTável, pelo imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, o ato cooperativo pelo simples fato de não constituir operação de mercado. BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná, *Autos nº 125140 PR Apeção Cível – 0012514-0*, Relator: Nunes do Nascimento, Data de Julgamento: 27/11/1990, 3ª Câmara Cível.

MINAR INDEFERIDA. SISTEMA DE COMPENSAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (SCEE). REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA. PEDIDO DE ISENÇÃO REGULAMENTADO PELA APLICAÇÃO AO CASO DO CONCEITO DE LEI Nº 19.595/2018. E, DE ACORDO COM A HIPÓTESE DEMICROMINIGERADOR GERAÇÃO COMPARTILHADA DEFINIDO NA RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 482/2012 DA ANEEL, EM SEU ART. 2º, INC. VII E APLICAÇÃO DO CONCEITO DE ATOS COOPERADOS PREVISTOS NO ART. 79, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 5.764/71, QUE DEFINE A POLÍTICA NACIONAL DE COOPERATIVISMO E INSTITUI O REGIME JURÍDICO DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS. NATUREZA NÃO MERCANTIL. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. ISENÇÃO CONCEDIDA. RECURSO PROVIDO<sup>110</sup>.

Não obstante, é necessário delimitar que toda a operação ainda é incipiente, sendo que as partes contratuais, reguladores e concessionárias encontram-se em elevado ambiente de discussão sobre quais de fato seriam os atos cooperados e se estas atividades não seriam na verdade uma maquiagem feita sob a vestes de atos cooperados e no fim seriam na realidade atos de própria mercancia com vendas de energia.

A própria resolução, 1.000/2021<sup>111</sup> conceitua em seu art. 655-D que:

Art. 655-D. Pode participar do SCEE o consumidor responsável por unidade consumidora:

[...]

§ 3º É vedada a inclusão de consumidores no SCEE nos casos em que for detectado, no documento que comprova a posse ou propriedade do imóvel onde se encontra instalada ou será instalada a microgeração ou minigeração distribuída, que o con-

---

<sup>110</sup> TJPR - 1ª Câmara Cível - 0051065-47.2022.8.16.0000 - Curitiba - Rel.: SUBSTITUTO FERNANDO CESAR ZENI - J. 27.06.2023. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1283996/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-#> . Acesso em: 15 jul. 2025.

<sup>111</sup> BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. *Resolução Normativa nº 1.000, de 7 de dezembro de 2021*. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren20211000.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2025.

sumidor tenha alugado ou arrendado terrenos, lotes e propriedades em condições nas quais o valor do aluguel ou do arrendamento se dê em reais por unidade de energia elétrica.

No entanto, conforme mencionado no capítulo 2 deste trabalho, não existe a remuneração sobre a terra, em posse e propriedade em vias de ter em unidade de energia, mas o que tem o pagamento feito por consequência de rendimentos da usina ao proprietário da estrutura instalada sobre a terra. Para tanto, o entendimento jurisprudencial sobre este tema de fato pode vir a ser revisitado e alterado, mesmo que isto cause uma menor eficiência em termos de produção de energia, alocação de recursos e bem estar social e cause o rompimento de estruturas jurídicas previamente estabelecidas ameaçando a segurança jurídica podendo vir inclusive a acarretar um desabastecimento energético regional ou estadual em virtude do crescente fornecimento energético por estes meios e uma consequente maior dependência destes meios<sup>112</sup>.

A constante alteração de normas, somada a interpretações conflitantes por parte das agências reguladoras e à adoção de atos administrativos com efeitos retroativos ou inesperados, contribui diretamente para um ambiente de forte insegurança jurídica no setor elétrico. Esse cenário impõe sérias distorções operacionais, forçando os agentes econômicos a absorverem custos não projetados. Esses custos podem surgir da necessidade de reformular contratos, realizar investimentos adicionais para atender a novas exigências ou ainda constituir reservas financeiras para mitigar riscos associados a eventuais disputas administrativas e judiciais.

---

<sup>112</sup> Segundo dados da Aneel, há no Brasil atualmente 3.278.486 unidades de Geração Distribuídas (Micro e Mini Geração), espalhadas por 5.557 municípios, em que 4.916.250 unidades consumidoras são beneficiadas pela geração destes créditos, somados contam com uma potência instalada superior a 27,7 Gigawatts. BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). *Matriz elétrica brasileira alcança 200 GW*. Brasília, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/noticias/2024/matriz-eletrica-brasileira-alcanca-200-gw>. Acesso em: 18 fev. 2025.



Outro aspecto crítico é a absoluta rigidez do ativo produtivo no setor de energia. Diferente de setores como mineração, em que grande parte dos equipamentos pode ser redirecionada para outras atividades em caso de paralisação, no segmento de geração de energia a destinação dos bens é exclusivamente vinculada à própria atividade. Portanto, se uma usina tiver sua operação suspensa, seja por decisões regulatórias, entraves legais, determinações judiciais ou até por restrições operacionais impostas pela concessionária, todo o capital investido perde sua função econômica imediata. A natureza específica dos ativos torna sua realocação impraticável, o que acentua ainda mais o risco jurídico e financeiro, impactando severamente a viabilidade do negócio.

Verifica-se que a insegurança jurídica não afeta somente os membros do sistema SCEE, mas também as próprias concessionárias, agências reguladoras e ao próprio governo, conforme o exemplo da cobrança de tributos (PIS e COFINS) que eram feitas de maneira irregular junto a concessionárias de energia, o que originou uma demanda judicial para eximir a mesma da responsabilidade de pagamento, sendo julgado favorável a decisão em favor da concessionária, estabeleceu-se um crédito em favor das concessionárias e no caso da Copel (PR) seu crédito ultrapassava o valor de R\$ 5,6 bilhões. Ocorre que não foi possível por meio do comando judicial uma restituição destes valores, mas o que se delimitou era uma compensação deste saldo em face da União, mas a compensação somente poderia ser abatida em 5 (cinco) anos a contar do trânsito em julgado do processo (16/06/2020), assim, atualmente a concessionária possui um saldo a compensar no valor de R\$ 1,5 bilhões de reais e não poderá fazê-lo, afinal, esgotou-se o prazo para compensação na data de 16/06/2025. Vislumbra-se que neste caso, estes créditos eram utilizados para subsidiar o custo da fatura de energia, no ano de 2025 garantiu-se uma frenagem de 5,61% sobre o reajuste de energia programado para o ano, e era previsto um abatimento

de 1,69% em 2026 e 1,77% em 2027 com a utilização destes créditos, que agora não podem vir a ser compensados pela sua extinção por força da prescrição<sup>113/114</sup>.

Assim, até para prever eventuais reajustes das faturas e verificar o rendimento da operação é necessária uma prudência por parte do gerador da energia e dos participantes deste setor, vez que a depender de uma decisão judicial o seu investimento pode vir a não ser reajustado por conta de subsídios ou falhas de cobrança de tributos que geram uma distorção de mercado.

## 6. UMA ANÁLISE DE SISTEMAS DE ENERGIA

### i. O CASO FRANCÊS:

O setor elétrico francês foi, historicamente, estruturado sob a égide de empresas públicas, destacando-se a Électricité de France (EDF), estatal consolidada desde 1946, e a Gaz de France (GDF). A abertura do mercado teve início com a imposição de diretivas da União Europeia, por volta dos anos 2000, que visa-

---

<sup>113</sup> Verifica-se nos relatórios que acompanham este processo, que no ano de 2021, este crédito de Pis e Cofins foi responsável no estado do Paraná por uma frenagem na inflação energética de -6,5%, já em 2022, -13,26% e em 2023, -11,42%, sendo um valor gigantesco que garantiu uma subida não tão brusca da fatura de energia para os consumidores. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). *Nota Técnica n° 137/2025-STR/ANEEL*. Referência: Processo n° 48500.003973/2025-52. Assunto: Homologação das Tarifas de Energia – TE e das Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição – TUSD referentes à Copel Distribuição S.A. – Copel-Dis e demais providências pertinentes ao seu Reajuste Tarifário Anual de 2025. Brasília, 18 jun. 2025. Disponível em: [https://sei.aneel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?yPDszXhdoNcWQHJa-QlHJmJIqCNXRK\\_Sh2SMdn1U-tzMIm-tmq3oTNWNOQN6nGkPk0trJiisyzFT2tcGXz9A1yWN0Vtf\\_c007YsMO9hi492SNmP5yJ9YZEahq0QR1SBPHI](https://sei.aneel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?yPDszXhdoNcWQHJa-QlHJmJIqCNXRK_Sh2SMdn1U-tzMIm-tmq3oTNWNOQN6nGkPk0trJiisyzFT2tcGXz9A1yWN0Vtf_c007YsMO9hi492SNmP5yJ9YZEahq0QR1SBPHI). Acesso em: 17 jun. 2025.

<sup>114</sup> A própria concessionária Copel ajuizou um Mandado de Segurança visando a garantia de poder prolongar o período de abatimento deste crédito, mas que por hora tem sido julgado improcedente. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Proc. N° 5011297-81.2021.4.04.7000/PR, Relatoria da Desembargadora Federal Luciane A. Corrêa Munch.

vam promover uma liberalização gradual do sistema, incentivando a entrada de novos operadores, o aumento da concorrência e a modernização das estruturas do setor. No entanto, mesmo diante dessas diretrizes, o Estado francês procurou resguardar os interesses de suas estatais, priorizando a proteção de seus operadores históricos em detrimento da plena abertura de mercado. Esse processo de liberalização, portanto, não produziu os efeitos esperados pela União Europeia, dando origem a quatro paradoxos centrais: (i) a definição jurídica do serviço público no setor elétrico só foi formalizada em reação às exigências de liberalização; (ii) os monopólios nacionais permaneceram sob o controle de grandes grupos franceses, contribuindo para a formação de um oligopólio europeu; (iii) a privatização parcial da EDF e da GDF ocorreu como consequência indireta da lógica de mercado, embora não tenha sido uma imposição normativa da UE; e (iv) a regulação setorial, embora formalmente reformulada, continuou a ser exercida pelas mesmas elites tecnocráticas, revelando uma persistência estrutural disfarçada sob uma nova institucionalidade<sup>115</sup>.

Como resultado desse processo, a EDF foi amplamente beneficiada pelo Estado, que a blindou frente à concorrência estrangeira por meio de mecanismos de proteção e da concessão de subsídios cruzados — os quais permitiram à estatal manter-se competitiva em um ambiente de mercado liberalizado. Essa vantagem possibilitou à empresa oferecer preços mais atrativos, resultando no retorno de consumidores que haviam migrado para fornecedores alternativos à EDF após certo tempo. Em contrapartida, as estatais francesas, pressionadas pelas exigências do novo mercado, foram forçadas a expandir suas operações para

---

<sup>115</sup> BAUBY, Pierre; VARONE, Frédéric. Europeanization of the French electricity policy: four paradoxes, *Journal of European Public Policy*, v. 14, n. 7, p. 1048 – 1060, 2007. DOI: 10.1080/13501760701576536. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.4324/9781003061007-4/europeanization-french-electricity-policy-four-paradoxes-pierre-bauby-fr%C3%A9d%C3%A9ric-varone>. Acesso em: 15 jul. 2025.

além das fronteiras nacionais. No caso da EDF, isso implicou em sua parcial privatização e na adoção de uma estratégia de internacionalização, com atuação crescente em outros países europeus, a fim de compensar as perdas de mercado sofridas dentro da própria França — perdas essas que continuavam a ser absorvidas com base em subsídios estatais. O processo desencadeado pela União Europeia, cujo objetivo declarado era dismantlar os monopólios nacionais e fomentar a concorrência, produziu uma dinâmica inesperada: os antigos operadores públicos passaram a adquirir participações em empresas estrangeiras, reproduzindo, em escala continental, a concentração de poder que antes detinham no plano nacional. Embora as diretrizes europeias tivessem como intenção original reduzir o controle direto do Estado sobre o setor elétrico e promover a entrada de agentes independentes sob regras equitativas, o que se observou na prática foi o oposto. A regulação foi moldada de forma a reforçar os monopólios existentes, tendo sido capturada pelas mesmas elites tecnocráticas de antes, profundamente influenciadas pelas lógicas da política nacional e pelo compromisso com a preservação dos chamados “campeões nacionais”<sup>116</sup>.

Estes grupos, denominados como “jacobinos históricos” congregam os principais defensores da centralização no setor elétrico francês, detendo hegemonia institucional há décadas. Esta aliança estratégica atua em sintonia para preservar o controle estatal e a predominância da matriz nuclear no modelo energético nacional. A formação dessa rede remonta ao desenvolvimento da indústria nuclear francesa nos anos 1960, inicialmente voltada à área militar e mais tarde convertida para fins civis. Atualmente, dois grandes agentes industriais simbolizam

---

<sup>116</sup> BAUBY, Pierre; VARONE, Frédéric. Europeanization of the French electricity policy: four paradoxes, *Journal of European Public Policy*, v. 14, n. 7, p. 1048 – 1060, 2007. DOI: 10.1080/13501760701576536. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.4324/9781003061007-4/europeanization-french-electricity-policy-four-paradoxes-pierre-bauby-fr%C3%A9d%C3%A9ric-varone>. Acesso em: 15 jul. 2025.

essa estrutura: a EDF, estatal tradicional no fornecimento de energia, e a Orano, antiga Areva, especializada na cadeia do combustível nuclear. Enquanto a Orano assume funções operacionais como o tratamento, transporte e gerenciamento dos materiais nucleares, a EDF lidera a construção e administração das usinas, tanto no território francês quanto em projetos internacionais, consolidando sua influência estratégica no setor<sup>117</sup>.

Essa política pode ter limitado a adoção de outras fontes de energia que não fossem priorizadas pelas estatais, o que se reflete no fato de que, atualmente, cerca de 70% da eletricidade gerada na França ainda provém da energia nuclear. No entanto, grande parte desses reatores já é antiga, com idade média superior a 30 anos, enquanto a vida útil estimada varia entre 40 e 60 anos. Isso implica uma depreciação progressiva da principal fonte de energia do país e tem impulsionado uma busca acelerada por alternativas, sobretudo por fontes renováveis, como a solar e a eólica. Entretanto, a França não possui tecnologia própria suficiente para renovar sua matriz nuclear e tampouco demonstra, neste momento, intenção concreta de fazê-lo. Além disso, no setor de renováveis, o país permanece tecnicamente dependente de fornecedores estrangeiros para os materiais e equipamentos necessários à instalação de parques eólicos e solares, o que reforça sua vulnerabilidade em termos de soberania energética<sup>118</sup>.

A elite política francesa, em grande parte, segue firmemente comprometida com o modelo energético centralizado, sustentado pela presença ativa do Estado e pela continuidade do

---

<sup>117</sup> POUPEAU, François-Mathieu. Everything must change in order to stay as it is: The impossible decentralization of the electricity sector in France. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, [S.l.], v. 120, p. 109597, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.rser.2019.109597>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1364026719309597>. Acesso em: 12 jun. 2025.

<sup>118</sup> LEBROUHI, Badr Eddine; SCHALL, Eric; LAMRANI, Bilal; CHAIBI, Yassine; KOUSKSOU, Tarik. Energy Transition in France. *Sustainability*, v.14, n. 10, p. 5818, 2022. DOI: <https://doi.org/10.3390/su14105818>. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2071-1050/14/10/5818>. Acesso em: 15 jul. 2025.

programa nuclear como eixo da matriz nacional. Apesar de mudanças no discurso, a estrutura industrial do setor segue engessada, especialmente na distribuição, onde se esperaria maior protagonismo local. Nota-se também uma separação entre geração e consumo: enquanto há propostas de reforma regulatória, as mais recentes reforçam o papel secundário dos governos locais, confinando-os ao apoio de práticas de uso mais eficiente — sobretudo em mobilidade e habitação. Com isso, as administrações locais deixam de ser agentes de transformação e se tornam executoras subordinadas das diretrizes estatais e corporativas. A manutenção de estruturas institucionais enraizadas atua como obstáculo a uma transição energética mais democrática. Inovações como a geração descentralizada têm potencial transformador, mas seus efeitos não são automáticos, pois dependem da interação entre sistemas técnicos e arranjos institucionais. O avanço digital, frequentemente associado à quebra de hierarquias, também assume formas diversas conforme o contexto político e normativo. Nesse cenário, a França, com seu histórico de forte centralização, oferece um caso revelador frente a modelos mais descentralizados<sup>119</sup>.

A França mesmo com as propostas advindas da União Europeia e de forças locais, enfrenta uma extrema resistência dos geradores e transmissores históricos, aliados a um engessamento de desenvolvimento de uma matriz energética alternativa, sendo que todas as suas apostas e o fomento de geração acabam por resultar em um maior favorecimento a energia nuclear, causando uma dependência maior deste sistema centralizado. Mas a própria transmissão da energia encontra o mesmo problema com a centralização, a instituição de gargalos e a limitação de concorrência resultam em um menor favorecimento a modernidade

---

<sup>119</sup> POUPEAU, François-Mathieu. Everything must change in order to stay as it is: The impossible decentralization of the electricity sector in France. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, [S.l.], v. 120, p. 109597, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.rser.2019.109597>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/>. Acesso em: 12 jun. 2025.

e aprimoramento do sistema energético como um todo. O problema da obsolescência das usinas pode tornar-se um entrave em crescimento exponencial no país, mas no fim, a captura e a força política em prol de um controle estatal são forças extremamente poderosas e difíceis de serem combatidas.

A experiência internacional demonstra que o setor elétrico está em constante transformação e adaptação. As reformas, embora necessárias para aprimorar o setor, enfrentam um ciclo contínuo de ajustes, gerando tanto benefícios quanto custos consideráveis. Fica evidente, a partir da análise histórica, que nenhum modelo de reforma foi plenamente eficaz desde sua implantação. Após cada mudança, surgem correções — algumas profundas, outras pontuais — para resolver falhas operacionais ou incorporar práticas observadas em outros mercados. Embora seja essencial promover ajustes que corrijam disfunções relevantes, um ambiente marcado por reformas frequentes e imprevisíveis gera insegurança, afetando diretamente decisões de investimento em ativos de longo prazo, que são sensíveis aos riscos regulatórios. Além disso, revisões nas regras podem ser usadas de forma oportunista, em resposta a pressões políticas, especialmente quando investidores, agindo racionalmente, esperavam retornos elevados. Isso quebra a previsibilidade do mercado e força os agentes a exigir retornos maiores, compensando o risco de futuras intervenções. A obsessão por aperfeiçoamento constante pode minar soluções eficazes. Por isso, qualquer nova reforma deve passar por uma análise criteriosa, garantindo que seus ganhos superem os custos, especialmente no que se refere aos impactos sobre os incentivos ao investimento. Sempre que mudanças forem inevitáveis, é preferível que sejam consolidadas em um pacote único, evitando alterações fragmentadas e sucessivas. Por fim, se a intenção dos reguladores é, de fato, fortalecer mercados competitivos, será indispensável abandonar a prática histórica de usar a regulação como instrumento indireto de arrecadação, que transfere custos para os consumidores sem

a devida transparência<sup>120</sup>.

## CONCLUSÃO

A análise conduzida ao longo deste trabalho evidencia que, embora a geração distribuída represente um avanço no sentido da descentralização energética e da democratização do acesso à geração, seu desenvolvimento no Brasil está condicionado a um ambiente regulatório ainda permeado por ineficiências estruturais. A partir dos fundamentos da Análise Econômica do Direito, verificou-se que os contratos de geração compartilhada, especialmente aqueles firmados no âmbito do Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE), estão sujeitos a elevados custos de transação, decorrentes de assimetrias informacionais, riscos contratuais e da instabilidade normativa.

Identificaram-se, ainda, problemas relevantes associados à captura regulatória e ao *rent seeking*, manifestados pela atuação de concessionárias que, ao acumularem as funções de distribuição e, em alguns casos, de geração distribuída por meio de subsidiárias, impõem barreiras econômicas e burocráticas à entrada de novos agentes. Este cenário acentua o risco de práticas anticoncorrenciais, como a formação de monopólios ou monopsonios velados, além de comprometer a eficiência dinâmica do setor e prejudicar os incentivos à inovação.

Do ponto de vista econômico, ficou claro que o modelo de subsídios cruzados, que visa internalizar os custos da rede, ao mesmo tempo em que protege determinados grupos, gera distorções tarifárias e risco de insustentabilidade financeira do sistema. O exemplo francês, analisado neste relatório, revela que mesmo em mercados desenvolvidos e altamente regulados, as

---

<sup>120</sup> JOSKOW, Paul L. Lessons Learned from Electricity Market Liberalization. Special Issue: The Future of Electricity: Papers in Honor of David Newbery. *The Energy Journal*, v. 29, (2\_suppl.), p. 9-42, 2008. DOI: 10.5547/ISSN0195-6574-EJ-Vol29-NoSI2-3. Disponível em: [https://ideas.repec.org/a/sae/enejou/v29y2008i2\\_supplp9-42.html](https://ideas.repec.org/a/sae/enejou/v29y2008i2_supplp9-42.html). Acesso em: 15 jul. 2025.



tensões entre centralização, monopólio e descentralização persistem, exigindo reformas estruturantes e contínuas.

Grande parte dos desafios nas operações de geração distribuída (GD) no Brasil não decorre apenas de problemas contratuais, mas de disfunções estruturais do próprio mercado. O setor é profundamente impactado pela atuação de agentes históricos, como concessionárias e grandes grupos econômicos, que consolidaram posições dominantes ao longo das décadas. A proteção regulatória e o favorecimento institucional permitiram que esses agentes estruturassem barreiras à entrada de novos participantes, utilizando entraves regulatórios, exigências técnicas desproporcionais e controle sobre o acesso às redes. Soma-se a isso a captura regulatória, que limita a eficácia das normas e reforça seus próprios interesses.

O problema, portanto, transcende os contratos em si e está na dinâmica de mercado, marcada por assimetrias de poder e concentração econômica. Nesse ambiente, os contratos de GD deixam de ser instrumentos de eficiência para se tornarem mecanismos de mitigação dos riscos e das distorções provocadas pela falta de concorrência efetiva.

Diante disso, é possível afirmar que o atual modelo regulatório brasileiro necessita de aprimoramentos, especialmente no que tange à separação clara das atividades de geração, distribuição e comercialização, ao fortalecimento dos mecanismos de governança regulatória, à garantia de acesso não discriminatório às redes e à definição de contratos mais eficientes, capazes de mitigar riscos e reduzir custos de transação.



## REFERÊNCIAS

(RE)ENERGISA. *Assinatura Solar*. Disponível em:

<https://www.reenergisa.com.br/fontes-renovaveis/assinatura-solar>. Acesso em: 20 fev. 2025.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL).

*Nota Técnica nº 137/2025-STR/ANEEL*. Referência: Processo nº 48500.003973/2025-52. Assunto: Homologação das Tarifas de Energia – TE e das Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição – TUSD referentes à Copel Distribuição S.A. – Copel-Dis e demais providências pertinentes ao seu Reajuste Tarifário Anual de 2025. Brasília, 18 jun. 2025. Disponível em: [https://sei.aneel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?yPDszXhdoNcWQHJa-QIHJmJIqCNXRK\\_Sh2SMdn1U-tzMIm-tmq3oTNWNOQN6nCkPk0trJiisyzFT2tcGXz9A1yWN0Vtf\\_c007YsMO9hi492SNmP5yJ9YZEahq0QR1SBPHI](https://sei.aneel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?yPDszXhdoNcWQHJa-QIHJmJIqCNXRK_Sh2SMdn1U-tzMIm-tmq3oTNWNOQN6nCkPk0trJiisyzFT2tcGXz9A1yWN0Vtf_c007YsMO9hi492SNmP5yJ9YZEahq0QR1SBPHI). Acesso em: 17 jun. 2025.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL).

*Tarifas e informações econômico-financeiras*. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/centrais-de-conteudos/relatorios-e-indicadores/tarifas-e-informacoes-economico-financeiras>. Acesso em: 17 jun. 2025.

AKERLOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970. DOI: <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-214850-7.50022-X>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/B978012214850750022X>. Acesso em: 15 jul. 2025.

ARAÚJO, Fernando B. *Teoria Económica do Contrato*, Editora Almedina, 2007.

ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*, 4ª Edição, I. Introdução e Microeconomia, AAFDL, Lisboa, 2021.

ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*, 4ª Edição, II. Mi-

- croeconomia aplicada e Macroeconomia, AAFDL, Lisboa, 2022.
- ARMSTRONG, Mark; SAPPINGTON, David E. M. Regulation, competition and liberalization. *Journal of Economic Literature*, v. 44, n. 2, p. 325-366, 2006. DOI: 10.1257/jel.44.2.325. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jel.44.2.325>. Acesso em: 15 jul. 2025.
- BAUBY, Pierre; VARONE, Frédéric. Europeanization of the French electricity policy: four paradoxes, *Journal of European Public Policy*, v. 14, n. 7, p. 1048 – 1060, 2007. DOI: 10.1080/13501760701576536. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.4324/9781003061007-4/europeanization-french-electricity-policy-four-paradoxes-pierre-bauby-fr%C3%A9d%C3%A9ric-varone>. Acesso em: 15 jul. 2025.
- BERTOLIN, Rosangela Violetti *et al.* Assimetria de informação e confiança em interações cooperativas. *Revista de Administração Contemporânea*, Curitiba, v. 12, n. 1, p. 59-81, Mar. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1415-65552008000100004>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-65552008000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552008000100004&lng=en&nrm=iso).
- BORENSTEIN, Severin; BUSHNELL, James. The U.S. Electricity Industry After 20 Years of Restructuring. *Cambridge: National Bureau of Economic Research*. (NBER Working Paper No. 21113), 2015.
- BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). *Geração Distribuída*. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/geracao-distribuida>. Acesso em: 11 fev. 2025.
- BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA (ANEEL). Matriz elétrica brasileira alcança 200 GW.

- Brasília, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/aneel/pt-br/assuntos/noticias/2024/matriz-eletrica-brasileira-alcanca-200-gw>. Acesso em: 18 fev. 2025.
- BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. *Resolução Normativa nº 1.000*, de 7 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren20211000.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2025.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 671*, de 2024. Brasília, DF, 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2420011>. Acesso em: 16 jul. 2025.
- BRASIL. Constituição Federal Brasileira. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 jul. 2025.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 16 jul. 2025.
- BRASIL. *Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013*. Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, altera as Leis nº 10.848, de 15 de março de 2004, e nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 jan. 2013. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12783-11-janeiro-2013-775059-publicacaooriginal-138724-pl.html>. Acesso em: 15 jul. 2025.
- BRASIL. *Lei nº 14.300, de 6 de janeiro de 2022*. Institui o marco legal da microgeração e minigeração distribuída e o Sistema de Compensação de Energia Elétrica. Disponível

- em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/lei/114300.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/114300.htm). Acesso em: 11 fev. 2025.
- BRASIL. *Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=518294](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=518294). Acesso em: 15 jul. 2025.
- BRASIL. *Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 dez. 1971. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15764.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm). Acesso em: 14 jul. 2025.
- BRASIL. *Medida Provisória nº 579, de 11 de setembro de 2012*. Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 set. 2012. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/mpv/579.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/mpv/579.htm). Acesso em: 14 jul. 2025.
- BRASIL. Ministério do Planejamento e Orçamento. *Subsídios concedidos pela União atingem R\$ 581,49 bilhões em 2022*. Disponível em: <https://www.gov.br/planejamento/pt-br/assuntos/noticias/2023/junho/subsidios-concedidos-pela-uniao-atingem-r-581-49-bilhoes-em-2022>. Acesso em: 17 jun. 2025.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Sustentabilidade do Suprimento de Energia Elétrica*. Disponível em: [https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/sustentabilidade\\_do\\_suprimento\\_de\\_energia\\_eletrica.html](https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/sustentabilidade_do_suprimento_de_energia_eletrica.html). Acesso em: 16 fev. 2025.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Sustentabilidade tarifária de energia elétrica: riscos e desafios*. Disponível em: [https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/sustentabilidade\\_tarifaria\\_de\\_energia\\_eletrica.html](https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/sustentabilidade_tarifaria_de_energia_eletrica.html). Acesso em:

14 fev. 2025.

- BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná, *Autos nº 125140 PR*. Apelação Cível – 0012514-0, Relator: Nunes do Nascimento, Data de Julgamento: 27/11/1990, 3ª Câmara Cível. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1283996/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-#>. Acesso em: 15 jul. 2025.
- BUDHRAJA, Vikram S. The future electricity business. *The Electricity Journal*, v. 12, n. 9, p. 54-61, 1999. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1040-6190\(99\)00078-0](https://doi.org/10.1016/S1040-6190(99)00078-0). Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1040619099000780>. Acesso em: 15 jul. 2025.
- CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, 1972. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.4324/9781315053844-7/property-rules-liability-rules-inalienability-one-view-cathedral-guido-calabresi-douglas-melamed>. Acesso em: 15 jul. 2025.
- CASTEN, Thomas R. Myths of electric regulation: looking at the future of energy through entrepreneurial eyes. *The Electricity Journal*, v. 12, n. 9, p. 45-53, 1999. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1040-6190\(99\)00084-6](https://doi.org/10.1016/S1040-6190(99)00084-6). Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1040619099000846>. Acesso em: 15 jul. 2025.
- CEMIG SIM. *Como funciona a energia solar por assinatura*. Disponível em: <https://cemigsim.com.br/como-funciona-a-energia-solar-por-assinatura>. Acesso em: 19 fev. 2025.
- COLLINS, John, KETTER, Wolfgang. Smart grid challenges for electricity retailers. *KI-Künstliche Intelligenz*. v. 28,

- n. 3, p. 191–198, 2014. DOI:10.1007/s13218-014-0311-6. Acesso em: 15 jul. 2025. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s13218-014-0311-6>. Acesso em: 15 jul. 2025.
- COYNE, Christopher J.; WOOD, Garret. Rent Seeking. In: *Encyclopedia of Law and Economics*, org. Alain Marciano, Giovanni Battista Ramello, Editora Springer Reference, p. 1806-1810, 2019.
- DE ALMEIDA VILLANUEVA, Bernardo; CATAPAN, Anderson; LOUSADA, Sérgio Antônio Neves. Cooperativas de energia e transição energética: uma revisão da literatura. *Revista Políticas Públicas & Cidades*, v. 12, n. 1, p. 32-56, 2023. DOI: <https://doi.org/10.23900/2359-1552v12n1-3-2023>. Disponível em: <https://journalppc.com/RPPC/article/view/670>. Acesso em: 15 jul. 2025.
- FERREIRA, Welinton. *O setor de energia elétrica e o desenvolvimento sustentável: o caso da geração distribuída no Brasil*. Ensaio Energético, 2024. Disponível em: <https://ensaioenergetico.com.br/o-setor-de-energia-eletrica-e-o-desenvolvimento-sustentavel-o-caso-da-geracao-distribuida-no-brasil/>. Acesso em: 22 fev. 2025.
- FIORAVANTE, Dea. *O Preço da Energia: o Descontrole do Abuso de Controle*. IPEA, Brasília, 2022. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11423/1/Radar\\_n70\\_art03\\_pre%C3%A7o\\_energia.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11423/1/Radar_n70_art03_pre%C3%A7o_energia.pdf). Acesso em: 15 jul. 2025.
- FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência Econômica e Restrições Verticais – Os Argumentos de Eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência*. AAFDL, Lisboa, 2008.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e Liberdade*. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/daeca/wp/wp-content/uplo->

- ads/2009/03/capitalismo-e-liberdade.pdf. Acesso em 15 jul. 2025.
- GRECO, Venera. *EDP Soluções*. Taxação do sol: mudanças e impactos para empresas em 2024. EDP Soluções, 2024. Disponível em: <https://solucoes.edp.com.br/blog/o-que-e-taxacao-do-sol/>. Acesso em: 18 fev. 2025.
- GRUPO ENERGISA. *Site institucional*. Disponível em: <http://grupoenergisa.com.br/>. Acesso em: 20 fev. 2025.
- HEIN, Henrique. *Inversão de fluxo: 1,2 mil empresas fecharam as portas em MG*. 8 jul. 2024. CANAL SOLAR, Disponível em: <https://canalsolar.com.br/inversao-fluxo-em-presas-fechadas-cemig/>. Acesso em: 19 fev. 2025.
- HENTSCHEL, Moritz; KETTER, Wolfgang; COLLINS, John. Renewable energy cooperatives: Facilitating the energy transition at the Port of Rotterdam. *Energy Policy*, [s. l.], v. 121, n. July 2017, p. 61–69, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2018.06.014>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0301421518304026?via%3Dihub>. Acesso em: 15 jul. 2025.
- HINTON, Paul J.; ZONA, J. Douglas. Regulating access: Using economic principles to ensure fair and efficient competition. *The Electricity Journal*, v. 12, n. 7, p. 107-123, 1999. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1040-6190\(99\)00064-0](https://doi.org/10.1016/S1040-6190(99)00064-0). Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1040619099000640>. Acesso em: 15 jul. 2025.
- JOSKOW, Paul L. Lessons Learned from Electricity Market Liberalization. Special Issue: The Future of Electricity: Papers in Honor of David Newbery. *The Energy Journal*, v. 29, (2\_suppl.), p. 9-42, 2008. DOI: 10.5547/ISSN0195-6574-EJ-Vol29-NoSI2-3. Disponível em: [https://ideas.repec.org/a/sae/enejou/v29y2008i2\\_supplp9-42.html](https://ideas.repec.org/a/sae/enejou/v29y2008i2_supplp9-42.html). Acesso em: 15 jul.



2025.

- JOSKOW, Paul. L. Restructuring, Competition and Regulatory Reform in the U.S. Electricity Sector. *Jornal of Economics Perspectives*, v. 11, n. 3, p. 119-138. 1997. DOI: 10.1257/jep.11.3.119. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.11.3.119>. Acesso em :15 jul. 2025.
- KIRBY, Brendan; HIRST, Eric. Maintaining Transmission Adequacy in the Future. *The Electricity Journal*, Elsevier Science Inc.,v. 12, n. 9, p. 62 – 72, 1999. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1040-6190\(99\)00085-8](https://doi.org/10.1016/S1040-6190(99)00085-8). Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1040619099000858>. Acesso em: 15 jul. 2025.
- LANNEAU, Régis. Regulatory Impact Assessment. In: *Encyclopedia of Law and Economics*. org. Alain Marciano, Giovanni Battista Ramello, Editora Springer Reference, p. 1802-1805, 2019.
- LEBROUHI, Badr Eddine et al. Energy transition in France. *Sustainability*, v. 14, n. 10, p. 5818, 2022.DOI: <https://doi.org/10.3390/su14105818>. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2071-1050/14/10/5818>. Acesso em: 15 jul. 2025.
- LIMA, Danilo de Brito. *Cooperativas de energia: guia de constituição de cooperativas de geração distribuída fotovoltaica* / Danilo de Brito Lima. Brasília, DF: Sistema OCB, Cooperação Alemã, Giz, DGRV, 2018.
- LIPSEY, Richard G.; LANCASTER, Kelvin. The General Theory of Second Best. *The Review of Economic Studies*, v. 24, n. 1, 11–32, 1956. <https://doi.org/10.2307/2296233>. Disponível em: <https://academic.oup.com/restud/article-abstract/24/1/11/1542458>. Acesso em: 15 jul. 2025.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, tradução de Rachel Sztajn, 2ª edição, Editora

- Atlas S.A, 2015.
- MARKEY-TOWLER, Brendan. Rules, Perception and Emotion: When Do Institutions Determine Behaviour? *Journal of Institutional Economics*, v. 15, n. 3, p. 381-396, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3120013>. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-institutional-economics/article/abs/rules-perception-and-emotion-when-do-institutions-determine-behaviour/68B3AA-CDF8CAFB218A5CFFD3F39B5CA5>. Acesso em: 15 jul. 2025.
- PERCEBOIS, Jacques. Énergie et théorie économique: un survol. *Revue d'Économie Politique*, v. 111, n. 6, p. 815-860, 2001. DOI: 10.3917/redp.116.0815. Disponível em: [https://shs.cairn.info/article/REDP\\_116\\_0815?tab=texte-integral](https://shs.cairn.info/article/REDP_116_0815?tab=texte-integral). Acesso em: 15 jul. 2025.
- POSNER, Richard A. Theories of Economic Regulation. *National Bureau of Economic Research*, 1974. DOI 10.3386/w0041. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w0041>. Acesso em: 15 jul. 2025.
- POUPEAU, François-Mathieu. Everything must change in order to stay as it is: The impossible decentralization of the electricity sector in France. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, [S.l.], v. 120, p. 109597, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.rser.2019.109597>. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/>. Acesso em: 12 jun. 2025.
- REVISTA OESTE. *Energia: governo desativa usinas solares e eólicas no Nordeste, e disputa vai à Justiça*. Revista Oeste, 2024. Disponível em: <https://revistaoeste.com/politica/energia-governo-desativa-usinas-solares-e-eolicas-no-nordeste-e-disputa-vai-a-justica/>. Acesso em: 22

fev. 2025.

STIGLER, George J. The Economics of Information. *The Journal of Political Economy*, v. 69, issue 3, p. 213-225, 1961. Disponível em: <http://walterewilliams.com/courses/articles/StiglerJPEJune1951.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2025.

STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971. DOI: <https://doi.org/10.2307/3003160>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3003160>. Acesso em: 15 jul. 2025.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Proc. Nº 5011297-81.2021.4.04.7000/PR, Relatoria da Desembargadora Federal Luciane A. Corrêa Munch.

WILLIAMSON, Oliver E. The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract. *Jornal of Economic Perspectives*, v. 16, n. 3, p. 171-195, 2002. DOI: 10.1257/089533002760278776 Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/089533002760278776>. Acesso em: 15 jul. 2025.



# DA DESLEALDADE CONCORRENCIAL POR MEIO DA PRÁTICA DO DUMPING SOCIAL\*

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson\*

Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira\*

**Resumo:** A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica, tem por finalidade realizar uma análise dogmática quanto à prática do dumping social como instrumento de prática de concorrência desleal, seja em relação ao mercado internacional ou interno, face à mácula dos primados mínimos do trabalho decente, vindo-se a abordar os mecanismos

---

\* Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, Brasil.

\* Doutor em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Especialista em Direito Eletrônico pela Universidade Estácio de Sá. Líder do Grupo Líder do Grupo Pesquisa em Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4169-1827>. E-mail: [rocconelson@hotmail.com](mailto:rocconelson@hotmail.com)

\* Doutora em educação pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte - IFRN Mestre em educação pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte - IFRN. Especialista em Jurisdição e Direito Privado pela ESMARN/UNP, especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela FESMP. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Auditora Federal, Advogada, Chefe da Auditoria Geral do IFRN. E-mail: [walkyria.teixeira@ifrn.edu.br](mailto:walkyria.teixeira@ifrn.edu.br)

utilizados no âmbito do comércio internacional para combatê-lo. Além disso, vai se adentrar na questão da possibilidade ou não do reconhecimento ex officio, pelo magistrado do trabalho, no reconhecimento do dano social pela prática do dumping social, na dimensão do sistema jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Dignidade da pessoa humana. Valor do trabalho. Dumping social. Precarização.

## UNFAIR COMPETITION THROUGH THE PRACTICE OF SOCIAL DUMPING

**Abstract:** This research, using a methodology of qualitative analysis and the hypothetical-deductive approaches of a descriptive and analytical character, adopting a bibliographic research technique, aims to perform a dogmatic analysis of the practice of social dumping as an instrument of unfair competition, whether in relation to the international or domestic market, in view of the violation of the minimum standards of decent work, also addressing the mechanisms used in international trade to combat it. In addition, it addresses the question of whether the labor magistrate may, ex officio, recognize social damage caused by the practice of social dumping within the scope of the Brazilian legal system.

**Keywords:** Dignity of the human person. Value of work. Social dumping. Precariousness.

### 1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um dos vetores fundantes da economia de mercado, no qual baseia-se o sistema capitalista, consiste na liberdade concorrencial entre os agentes econômicos produ-

tores/fornecedores.<sup>1</sup>

A livre concorrência versa, exatamente, sobre um espaço que propicie igualdade de condições para que os atores econômicos possam disputar/competir entre si em determinado segmento lícito na busca de êxito econômico conforme as leis do mercado.<sup>2</sup>

A tutela jurídica da liberdade concorrencial busca em primeiro plano garantir a legitimidade da economia de mercado, bem como a sua eficiência, coibindo distorções que criem monopólios e/ou oligopólios e consequentemente lucros arbitrários e abusos do poder econômico.

Deve ficar clarividente que a eficiência e a própria existência da economia de mercado só poderão subsistir face a capacidade do Estado (por meio de regulação e fiscalização) em garantir as “regras do jogo”,<sup>3</sup> de sorte a permitir condições de igualdade no processo competitivo dentro do mercado, o que proporcionaria o real exercício da liberdade pelos agentes econômicos.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Código de Defesa do Consumidor. Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

<sup>2</sup> Cf. TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2º ed. São Paulo, Editora Método, 2006, p. 259.

<sup>3</sup> Cf. TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2º ed. São Paulo, Editora Método, 2006, p. 262.

<sup>4</sup> “(...) A livre concorrência, longe de exigir uma absoluta abstenção do Estado, está exatamente a impor uma intervenção (normativa e fiscalizadora) deste, no sentido de garantir que no mercado permaneça a liberdade geral, que poderia estar sendo tolhida pelo poder de algum agente econômico”. (TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2º ed. São Paulo, Editora Método, 2006, p. 260).

“(…) necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços, do dinamismo tecnológico, do uso adequado de economia de escala etc., impedindo, porém, que essa se torne instrumento de restrição estratégica à capacidade de iniciativa dos concorrentes. É, pois, neste hiato entre a livre concorrência e a livre iniciativa que entra a função da lei para reprimir o abuso do poder econômico, prevenir distorções funcionais, estabelecer medidas regulatórias, no caso de agências reguladoras. (...)”. (FERRAZ Junior,

É importante evidenciar que a Constituição Federal de 1988, em um capítulo próprio, prescreveu os fundamentos e princípios da ordem econômica, no Brasil, vindo a adotar a economia de mercado e a livre concorrência como norma principiológica.<sup>5</sup> *In verbis*, a redação constitucional:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qual-

---

Tercio Sampaio. Direito da concorrência: sua função social nos países desenvolvidos e em desenvolvimento. In: RODAS, João Grandino. *Direito econômico e social – atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário*. São Paulo: RT, 2012, p. 66).

<sup>5</sup> “(...) considera o mercado o mecanismo de decisão econômica mais idóneo para gerar a melhor alocação dos recursos e assim permitir a maximização da satisfação das necessidades dos operadores econômicos, empresários e consumidores. Mas a manutenção do mercado apenas pode garantir-se mediante a consolidação de uma ordem jurídica onde o direito da concorrência tem lugar cativo, capaz de eliminar «falhas do mercado» que se traduzem em ineficiências decorrentes de preços abusivos. A ligação entre mercado e norma jurídica é assim endêmica.

A norma jurídica tem um papel essencial na garantia da eficiência do mercado, permitindo que através do adequado fluir dos preços se distribuam da melhor maneira entre os diversos operadores os recursos e a produção. Sem norma jurídica não há mercado eficiente nem bem-estar geral. O mercado não é um fim em si mas apenas o meio mais capaz de chegar ao bem-estar geral. Mas só lá chega se alicerçado na norma jurídica”. (MONCADA, Luiz S. Cabral de. *Direito Econômico*. 6º Ed. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 482)



quer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Grifos nossos)

A Constituição tutela a liberdade de concorrência<sup>6</sup> (por meio de uma regra constitucional de eficácia limitada) quando no art. 174, §4º, explicita que: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.<sup>7</sup>

Face a prescrição constitucional retro, por meio da Lei nº 8.884/94, tem-se a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia,<sup>8</sup> bem como vem

---

<sup>6</sup> “No que tange à configuração do ambiente institucional almejado pelo constituinte, talvez a defesa da concorrência seja uma das balizas mais relevantes. Isso porque o combate ao poder de mercado significa não só coibir condutas anticoncorrenciais (conluíus, cartéis, vendas casadas, preços predatórios etc.), mas também refrear estruturas de mercado que distorçam a livre entrada e saída de agentes dos mercados relevantes (combate aos monopólios, monopsônios, oligopólios e oligopsônios por exemplo)”. (SANTOS, Fernando Muniz. Princípios gerais da atividade econômica na Constituição. IN: Clève, Clèmerson Merlim (Coord). *Direito Constitucional Brasileiro – Constituições econômica e social*. São Paulo: RT, 2014, V.3, p. 178)

<sup>7</sup> “(...) Pressupõem-se que os lucros sem justificação dessa ordem são arbitrários, porque podem chegar a comprometer as estruturas do livre mercado. Por essa razão, tais condutas são reputadas infracionais. Atente-se, por outro lado, à conjunção aditiva ‘e’, do final do § 4º do art. 173 da Constituição Federal; ela sugere que a lei somente pode reprimir abusos do poder econômico que manifestem os 3 efeitos potencialmente lesivos à economia liberal (dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros). É certo, por outro lado, que esses efeitos, em muitas vezes, se sobrepoem: quem domina mercado também elimina, pelo menos em parte, a concorrência, e vice-versa. Pois bem, da ocasional indissociabilidade desses conceitos decorre uma outra formulação para a questão: arbitrário é o lucro obtido por práticas anticoncorrenciais, não explicável por nenhuma outra razão econômica.

Grosso modo, portanto, o lucro que não se justifica, sob o ponto de vista tecnológico, administrativo, econômico ou financeiro, foi produzido de modo arbitrário, por uma prática empresarial irregular”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 14º ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.1, ps. 221-222)

<sup>8</sup> Principal entidade pública destinada a repressão de práticas contra a ordem econômica Brasil. Sem dúvida que sua transformação em Autarquia foi positiva ao permitir autonomia administrativa e financeira de sorte a permitir uma atuação mais eficiente, de caráter técnico, desvinculando, pelo menos em parte, de questões políticas.

“O texto constitucional específico que cabe ao Estado as funções de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica nacional (art. 174 da CF/1988). O órgão estatal que desempenha essa tarefa atualmente é o Conselho Administrativo de

instituir normas sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.<sup>9</sup>

Uma prática anticoncorrencial perpetrada no contexto da globalização,<sup>10</sup> em específico, do processo de planificação do globo face o desenvolvimento tecnológico (robotização, micro-eletrônica, microinformática, hiperconectividade gerado pela internet,<sup>11</sup> etc), em um contexto de financeirização do capitalismo,

---

Defesa Econômica (Cade), criado em 1962,3 substancialmente alterado pela Lei 8.884/1994, e completamente reformulado pelo Projeto de Lei 3.937/2004, aprovado em 05.10.2011 pelo Congresso Nacional e posteriormente convertido na Lei 12.529/20 11. Sua função não é meramente repressiva, mas também preventiva e até educativa," - caracterizando-se, por alguns, como um verdadeiro Tribunal Administrativo". (MENDES, Gilmar Ferreira. CADE e o Poder Judiciário. In: RODAS, João Grandino. *Direito econômico e social – atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário*. São Paulo: RT, 2012, p. 14).

<sup>9</sup> A Lei nº 8.884/94 foi revogado pela Lei nº 12.529/11 que Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

<sup>10</sup> "Convertida numa das chaves interpretativas do mundo contemporâneo, *globalização* não é um conceito unívoco. Pelo contrário, é um conceito plurívoco, comumente associado à ênfase dada pela literatura anglo-saxônica dos anos 80 a uma nova economia política das relações internacionais. Desde a última década, esse conceito tem sido amplamente utilizado para expressar, traduzir e descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados. Entre os processos mais importantes destacam-se, por exemplo, a crescente autonomia adquirida pela economia em relação à política; a emergência de novas estruturas decisórias operando em tempo real e com alcance planetário; as alterações em andamento nas condições de competitividade de empresas, setores, regiões, países e continentes; a transformação do padrão de comércio internacional, deixando de ser basicamente inter-setorial e entre firmas e passando a ser eminentemente intra-setorial e intra-firmas; a "desnacionalização" dos direitos, a desterritorialização das formas institucionais e a descentralização das formas políticas do capitalismo; a uniformização e a padronização das práticas comerciais no plano mundial, a desregulamentação dos mercados de capitais, a interconexão dos sistemas financeiro e securitário em escala global, a realocação geográfica dos investimentos produtivos e a volatilidade dos investimentos especulativos; a unificação dos espaços de reprodução social, a proliferação dos movimentos migratórios e as mudanças radicais ocorridas na divisão internacional do trabalho; e, por fim, o aparecimento de uma estrutura político-econômica multipolar incorporando novas fontes de cooperação e conflito tanto no movimento do capital quanto no desenvolvimento do sistema mundial". (FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1º ed., 4º tiragem. São Paulo: Malheiros Editora, 2004, ps. 59-60).

<sup>11</sup> "Se a Terra Plana 1.0 girava em torno de produzir mercadorias e serviços nessa nova plataforma global, a Terra Plana 2.0 gira em torno de tudo isso - mas também de

de novas formas de organização de produção, onde a concorrência não se limita ao mercado local<sup>12</sup> ou mesmo nacional, mas sim global, é o dumping.

A essência do dumping consiste, originariamente e essencialmente, na venda de produtos por empresas a um valor abaixo do preço praticado no mercado do país exportador acarretando a quebra da igualdade concorrencial e consequentemente dano a economia do país importador do produto.<sup>13</sup>

---

gerar e compartilhar ideias nessa plataforma. Como Craig Mundie, superintendente de Estratégia e Pesquisa da Microsoft, nos disse, o que o PC, a internet e os mecanismos de busca fizeram para as páginas da web ‘foi permitir que qualquer pessoa com conectividade achasse qualquer coisa que lhe interessasse’, e o que o pc, o smartphone, a internet e o Facebook estão fazendo ‘é permitir que qualquer um ache qualquer pessoa’ que lhe interesse - ou ao menos qualquer dos 500 milhões de pessoas que já usam as redes sociais. Elas podem encontrar qualquer um que compartilhe seu interesse especial em tricô, culinária etíope, os New York Yankees, crianças com síndrome de Down, pesquisas sobre câncer, lançar uma jihad contra os Estados Unidos ou derrubar o governo do Egito, da Tunísia ou da Síria.

Quando tantas pessoas conseguem encontrar qualquer coisa ou pessoa mais facilmente que nunca, e podem permanecer em contato mais facilmente que nunca para colaborar na produção de mercadorias, enciclopédias ou revoluções, você está na Terra Plana 2.0 - um mundo hiperconectado. E isso tem implicações profundas”. (FRIEDMAN, L. Thomas; MANDELBAUM, Michael. *Éramos nós - a crise americana e como resolvê-la*. Tradução Ivo Korytovski. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 80).

<sup>12</sup> “As pessoas dispõem agora não apenas de seu próprio sistema de acesso às informações para entender melhor o que está ocorrendo em seus países ou fora dele, não apenas para discuti-las entre si, mas também do mecanismo de comando e controle para se organizar e tomar uma providência’, acrescenta Mundie. ‘No passado, somente governos e exércitos dispunham desses tipos de sistemas de comando e controle. Agora as pessoas dispõem. E quanto mais essas ferramentas penetram em grandes volumes, mais cai o preço de sua produção e uso, e então mais elas penetram e mais longe se difundem. E, quanto mais se difundem, mais impossível se torna controlar qualquer coisa do centro.’ Mais impossível se torna também manter qualquer coisa no nível ‘local’. Tudo agora flui instantaneamente dos cantos mais remotos de qualquer país para essa plataforma global onde tudo é compartilhado”. (FRIEDMAN, L. Thomas; MANDELBAUM, Michael. *Éramos nós - a crise americana e como resolvê-la*. Tradução Ivo Korytovski. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 80).

<sup>13</sup> “Inicialmente na Economia, entendia-se a prática do dumping como qualquer prática desleal de comércio internacional considerada perigosa para a economia do país importador<sup>4</sup>. Aos poucos se reduziu o âmbito desse conceito, para práticas ligadas ao preço de mercadorias. Daí, o dumping passou a ser entendido freqüentemente

Frisa-se que o dumping não é algo de agora, mas sim do século XX, buscando-se, ao final desse período, instrumentos com o fito de coibir e punir a referida prática.

Nesse capitalismo informacional onde as pessoas são conectadas em rede e se tem a mutação dos fenômenos econômicos, sociais e políticos em decorrência das tecnologias de informação, o dumping também evoluiu.

Há duas formas de o lucro ser afetado com o fim positivo: aumenta-se a receita - seja aumentado o valor do produto ou serviço, seja em face do aumento da demanda; diminuem-se as despesas.

Qual seria uma das maiores despesas de uma atividade empresária? Encargos sociais com mão de obra, nos termos do trabalho decente, determinado pela Organização Mundial do Trabalho (OIT).<sup>14</sup>

---

como a venda da mesma mercadoria em diferentes mercados, por preços diferentes<sup>5</sup>. Desse uso inicial, pode-se constar a presença de alguns elementos comuns, em todas as acepções usadas. Nessa concepção inicial, três elementos o caracterizam: a) a relação com uma prática desleal de comércio; b) a manutenção da expressão original em inglês e c) uma conotação sempre pejorativa, como um comportamento negativo ou condenável”. (TOMAZETTE, Marlon. O conceito do dumping para a regulamentação multilateral do comércio internacional. *PRISMAS: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v.4, n, 1, p 194-214, jan/jul. 2007, p. 195. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/issue/view/42>>. Acessado em: 20 de maio de 2019)

“(…), pode-se, agora, conceituar o dumping reprovável como a venda de mercadorias a preços inferiores àqueles normalmente praticados no mercado, provocando danos materiais à indústria doméstica existente ou inibindo seu desenvolvimento”. (FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 82).

“Considerando-se dumping como forma de concorrência desleal podemos caracterizá-lo sob dois aspectos: sob o âmbito interno, seria definido como a venda injustificada de mercadoria abaixo do preço de custo<sup>4</sup> e sob o âmbito internacional, seria entendido como a venda de produtos ao exterior a preços abaixo do valor normal praticado no mercado interno. (...)”. (SILVA, Alice Rocha da. Dumping e Direito Internacional Econômico. *Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 390-417, jul./dez. 2005, p. 392)

<sup>14</sup> “O Trabalho Decente é uma condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. Entende-se por Trabalho Decente um trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz

Tem-se hoje uma dinâmica de organização de produção em que algo é projetado em um país, o produto é fabricado em outro, para ser vendido em um terceiro país.

Percebe-se a migração das plantas de produção para países onde premissas básicas de proteção ao trabalhador são deixadas de lado, em clara afronta ao conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, com o único fito de diminuir as despesas de produção alavancando de forma arbitrária os lucros,<sup>15</sup> maculando, assim, de forma mortal, a dinâmica concorrencial.

Essa prática anticoncorrencial que descamba em um capitalismo predatório, tendo por objeto cortar despesas com

---

de garantir uma vida digna. Para a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a noção de trabalho decente se apóia em quatro pilares estratégicos: a) respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho (liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; eliminação de todas as formas de trabalho forçado; abolição efetiva do trabalho infantil; eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação); b) promoção do emprego de qualidade; c) extensão da proteção social; d) diálogo social”. Agenda Nacional de Trabalho Decente, Brasília, 2016. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms\\_226229.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_226229.pdf)>. Acessado em: 20 de maio de 2019.

<sup>15</sup> “A Nike vende tênis produzidos em países asiáticos, explorando mão de obra aviltada. Conta Freitas, que um levantamento feito junto a 4 mil trabalhadores de uma fábrica que serve a empresa na Indonésia, revelou que 56% queixaram-se de receber insultos verbais, 15,7% das mulheres reclamam de bolinas e 13,7% contam que sofreram coerção física em serviço. Outro levantamento feito no Vietnã mostrou que os trabalhadores ganham US\$ 1,60 por dia e teriam que gastar US\$ 2,10 para fazer três refeições diárias. Só podem usar o banheiro uma vez por dia e tomar água apenas duas vezes. Conta ainda que o descumprimento de normas, como o uso do uniforme, é punido com corridas compulsórias. Em outros casos, o trabalhador é obrigado a ficar de castigo ajoelhado.

(...)

Freitas ainda conta que estes verdadeiros traficantes de mão de obra já andaram pelo Nordeste brasileiro, mas acharam que por aqui o trabalho é muito caro, pois as cooperativas nacionais pagam pouco, não assinam a carteira de trabalho, mas remuneram as férias e o 13º salário. Com esse custo, a mão de obra aviltada brasileira fica três vezes mais cara que a asiática. Talvez esteja aí, a chave de tanto empenho que algumas pessoas fazem pela aprovação da famigerada flexibilização das normas trabalhistas. Teria sido a Lei Áurea assinada à lápis?”. (MAIOR, Jorge Luiz Souto; MENDES, Ranulio; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 31).

mão de obra por meio do desrespeito ao direito do trabalho chama-se dumping social.<sup>16</sup>

A concepção, acima retratada do dumping social, está voltada muito para a esfera do comércio internacional. Entretanto, pode qualificar, também, como dumping social, violações sistemáticas da legislação trabalhista interna com o único fim de alavancar os lucros e aumentar a competitividade do mercado de forma desleal.<sup>17</sup>

A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica, tem por finalidade realizar uma análise dogmática quanto à prática do dumping social como instrumento de prática de concorrência desleal, seja em relação ao mercado internacional ou interno, face à mácula dos primados mínimos do trabalho decente, vindo-se a abordar os mecanismos utilizados no âmbito do comércio internacional para combatê-lo.

Além disso, vai se abordar especificamente, também, a divergência doutrinária e jurisprudencial no que tange a questão da possibilidade ou não do reconhecimento ex officio, pelo magistrado do trabalho, no reconhecimento do dano social pela prática do dumping social na dimensão do sistema normativo in-

---

<sup>16</sup> “Com práticas de desrespeito aos patamares mínimos de direitos constitucionais dos trabalhadores, a empresa praticante do dumping social fere um dos princípios basilares entabulados na Constituição Federal de 1988 que é a dignidade da pessoa humana, sendo o direito do trabalho um instrumento inafastável de afirmação do princípio nas relações entre capital e trabalho”. (AMORIN, Kelly. O dumping social e a concessão de indenização de ofício pelo judiciário trabalhista. IN: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (orgs). *Temas atuais de direito e processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 400)

<sup>17</sup> “Nos dias atuais vemos empresas descumprindo reiteradas vezes as leis trabalhistas, submetendo os seus empregados a jornadas exaustivas, acúmulo de função, ambientes insalubres, perigosos e até mesmo penosos para diminuir os seus custos e aumentar os seus lucros e isso nada mais é que a tal citada mais-valia de Karl Marx, com ligação direta e estreita com o que tanto chamamos hoje de Dumping Social”. (AMORIN, Kelly. O dumping social e a concessão de indenização de ofício pelo judiciário trabalhista. IN: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (orgs). *Temas atuais de direito e processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 400).

terno.

## 2. DA PRESCRIÇÃO LEGAL SOBRE O DUMPING NO BRASIL

De forma basilar é importante apontar que o Brasil é signatário do Acordo Relativo à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), finalizado em Genebra em 12 de abril de 1979, que institui um Código Antidumping, sendo institucionalizado no sistema jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 93.941/87.

Segundo o Código Antidumping, no item 1 do art. 2º, assim se configuraria a prática do dumping:

1. Para os fins deste Código, um produto é objeto de *dumping*, isto é, introduzido no mercado de outro país a preço inferior ao seu valor normal, se o preço de exportação do produto, quando exportado de um país para outro, for inferior ao preço comparável, praticado no curso de operações comerciais normais, de um produto similar destinado ao consumo no país exterior.

Em decorrência da assinatura do Brasil da Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT,<sup>18</sup> assinada em Marraquexe, em 12 de abril de 1994,<sup>19</sup> inserido no ordenamento pátrio através do

---

<sup>18</sup> Esse constitui-se no maior acordo comercial da história. Cf. AMPREIA, Luiz Felipe Palmeira. Resultados da Rodada Uruguai: uma tentativa de síntese. *Estud. av.*, São Paulo, v. 9, n. 23, p. 247-260, Apr. 1995, p. 247. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141995000100016&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000100016&lng=en&nrm=iso)>. Acessado em: 15 de maio de 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141995000100016>.

<sup>19</sup> “(...) o pacote de acordos multilaterais relativos ao comércio de bens inclui ainda doze textos, cobrindo os seguintes temas: agricultura; aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias; têxteis e confecções; barreiras técnicas ao comércio; medidas de investimento relacionadas ao comércio; implementação do Artigo VI do Gatt; implementação do Artigo VII do Gatt; inspeção de pré-embarque; regras de origem; procedimentos relativos a licenças de importação; subsídios e medidas compensatórias; e salvaguardas”. (AMPREIA, Luiz Felipe Palmeira. Resultados da Rodada Uruguai: uma tentativa de síntese. *Estud. av.*, São Paulo, v. 9, n. 23, p. 247-260, Apr. 1995, p. 247. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141995000100016&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000100016&lng=en&nrm=iso)>. Acessado em: 15 de

Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, tendo no corpo de sua estrutura um dos textos sobre a implementação do Artigo VI do GATT, tem-se promulgada a Lei nº 9.019/95 que dispõe sobre a aplicação dos direitos previstos no Acordo Antidumping e no Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios.

A Lei nº 9.019/95 constitui-se exatamente na tentativa do Brasil em instituir medidas de defesa e sistema de processo administrativo para apurar as práticas de dumping de sorte a proteger os setores produtivos nacionais da concorrência desleal, que se encontram expostos diretamente à concorrência internacional, posto um sistema de telecomunicação e de um sistema de logística confiável que permite a transação comercial com qualquer parte do mundo.

Com o desiderato de regulamentar o corpo legislativo retro sucede-se o Decreto nº 1.602/95 e posteriormente o Decreto nº 8.058/13

Destaca-se que nos termos do Decreto nº 8.058/13, tem-se a seguinte definição de dumping:

Art. 7º Para os efeitos deste Decreto, considera-se prática de *dumping* a introdução de um produto no mercado doméstico brasileiro, inclusive sob as modalidades de *drawback*, a um preço de exportação inferior ao seu valor normal.

Frisa-se que o conceito retro é *ipsis litteris* ao do Decreto revogado nº 1.602/95, não tendo corrido nenhum tipo de aprimoramento/acrescimento/redução da redação retro.

Por fim, conforme a Lei nº 12.529/11 que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, dentre outras providências, tem-se a prática do dumping como uma infração de ordem econômica. *In verbis*:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:



(...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

XV - *vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;*

(...) (Grifos nossos)

## 2.1. DO PROJETO DE LEI Nº 1.615/11

Encontra-se na Câmara dos Deputados, em tramitação, Projeto de Lei nº 1.615/11, de autoria do ex-Deputado Federal Carlos Gomes Bezerra, onde define o que seria dumping social e as respectivas sanções decorrente dessa infração. *In verbis*:

Art. 1º Configura “*dumping social*” a inobservância contumaz da legislação trabalhista que favoreça comercialmente a empresa perante sua concorrência.

Art. 2º A prática de “*dumping social*” sujeita a empresa a:

- a) pagamento de indenização ao trabalhador prejudicado equivalente a cem por cento dos valores que deixaram de ser pagos durante a vigência do contrato de trabalho;
- b) pagamento de indenização à empresa concorrente prejudicada equivalente ao prejuízo causado na comercialização de seu produto;
- c) pagamento de multa administrativa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) por trabalhador prejudicado, elevada ao dobro em caso de reincidência, a ser recolhida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

## 2.2. BREVES PONDERAÇÕES

Como dito na introdução, o dumping social é fruto dessa sociedade informacional do século XXI.

De tal sorte, evidencia-se a razão pelo qual as convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, ou mesmo na legislação interna brasileira de defesa da concorrência trata unicamente do dumping em sua concepção originária datada do sé-

culo XX.

Em síntese: constata-se a inexistência de fonte heterônoma, ou seja, de legislação Brasileira que verse sobre a figura do dumping social, vindo tal conduta anticoncorrencial ser uma construção normativa decorrente da doutrina e da jurisprudência.

Assim, se não há definição legal da figura do dumping social de forma a ofertar os limites do “standart”, torna-se certo que pensar em instrumentos para conter tal prática venha-se a constituir-se em uma tarefa de caráter hercúleo.<sup>20</sup>

### 3. DAS MODALIDADES DE DUMPING

Apresenta-se, aqui, algumas modalidades de dumping conforme é ventilado pela doutrina.

#### 3.1. DUMPING NÃO INTENCIONAL

O dumping não intencional apresentar-se-ia em face de eventos externos, de caráter temporário, não planejado ou articulado pela empresa, que acabasse por acarretar uma situação de dumping.<sup>21</sup>

A título de exemplo, seria a escassez de determinado produto face um problema beligerante e determinada empresa internacional passasse a se encontrar em um status monopolista (es-

---

<sup>20</sup> “(...) não é uma tarefa fácil discutir medidas que possam coibir este fenômeno, uma vez que sequer há uma normatização do dumping social no ordenamento brasileiro, sendo, pois, este o maior enfrentamento perante o tema nos dias atuais sobre o tema”. (AMORIN, Kelly. O dumping social e a concessão de indenização de ofício pelo judiciário trabalhista. IN: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (orgs). *Temas atuais de direito e processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 403).

<sup>21</sup> “(...) diz respeito a aspectos circunstanciais, temporários, decorrentes da própria dinâmica da economia. Não se está diante, aqui, de manejo de estratégias empresárias, mas da ocorrência de um fenômeno inerente ao modo de produção capitalista, sendo naturais a esse modelo eventuais desequilíbrios de mercado”. (FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83).

cassez de oferta acarreta naturalmente a elevação dos preços).

### 3.2. DUMPING INTENCIONAL

Já no dumping intencional o agente econômico articula meios para quebrar o status de igualdade de competição do mercado.

A doutrina ventila as seguintes modalidades de dumping intencional: dumping predatório; estrutural; tecnológico; ambiental; cambial e social.

Deixar-se-á para analisar o dumping social, objeto de estudo do presente “paper”, em item próprio e de forma aprofundada.

#### 3.2.1. DUMPING PREDATÓRIO

Tal modalidade se caracterizaria pelo intento de eliminar concorrência ofertando produtos ao mercado a preço abaixo do custo de produção, de sorte a dizimar os concorrentes para em momento posterior alavancar o preço obtendo lucros arbitrários.

#### 3.2.2. DUMPING ESTRUTURAL

Ocorre quando há produção em excesso no mercado, ocasionando uma maior oferta que a demanda, acarretando a exportação desse excesso a preços mais baixos do que ofertados internamente.<sup>22</sup>

#### 3.2.3. DUMPING TECNOLÓGICO

Dar-se-ia quando o elemento tecnológico evolui tão ra-

---

<sup>22</sup> Cf. SILVA, Alice Rocha da. Dumping e Direito Internacional Econômico. *Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 390-417, jul./dez. 2005, p. 400.

pidamente que acarreta o despençamento do custo de produção e em consequência a elevação dos lucros de tal forma que a igualdade concorrencial fica fracionada.<sup>23</sup>

### 3.2.4. DUMPING AMBIENTAL

Configurar-se-ia com a transferência de empresas, cujas atividades empresariais não se adequam ao padrão protetivo ao meio ambiente de determinado lugar, para outro local onde a legislação de proteção ambiental seja mais complacente ou mesmo inexistente.<sup>24</sup>

De forma geral, se tem a migração de polos industriais de países desenvolvidos para países em desenvolvimento, o qual possui vulnerabilidade no amparo ao meio ambiente, diminuindo, assim, o custo da produção e, conseqüentemente, uma abusividade do processo competitivo.

No que tange ao dumping ambiental assim lapida Carla Piffer:

Desta forma, a prática do dumping ambiental caracteriza-se pela venda internacional de produtos, por preços mais baixos que o da concorrência, devido à desnecessidade da empresa exportadora seguir determinadas regras protetivas ao meio ambiente.

Em contraposição, exemplificando, a empresa preterida, ao cumprir determinadas exigências que visem à proteção ambiental, tem que aumentar o custo de seus produtos, não conseguindo competir com a empresa praticante de dumping. A consequência dessa redução de custos, seria, inevitavelmente, um aumento ilegítimo da competitividade em detrimento do meio ambiente.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Cf. SILVA, Alice Rocha da. Dumping e Direito Internacional Econômico. *Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 390-417, jul./dez. 2005, p. 400.

<sup>24</sup> Cf. SILVA, Alice Rocha da. Dumping e Direito Internacional Econômico. *Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 390-417, jul./dez. 2005, p. 401.

<sup>25</sup> PIFFER, Carla. Comércio internacional e meio ambiente: breve análise sobre o dumping ambiental. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.3, n.1, 1º qua-

O ambiente do comércio internacional possui um contexto extremamente propício ao dumping ambiental posto a falta de harmonização e homogeneidade da legislação ambiental no mundo. Vai-se de Estados onde o meio ambiente é reconhecido como sujeito de direito (Constituição do Equador)<sup>26</sup> a Estados onde inexiste qualquer preocupação com a questão ambiental.

### 3.2.5. DUMPING CAMBIAL

Tem-se presente essa modalidade de dumping com artificialização das taxas de câmbio para baixo com o fito de incentivar as exportações e coibir as importações.<sup>27</sup>

Sobre o dumping cambial explicita o professor Marlon Tomazette:

O dumping cambial se configuraria pela manutenção de taxas cambiais que desvalorizassem a moeda nacional, de modo que os produtos importados ficariam muito caros e os produtos exportados seriam mais baratos, facilitando a exportação dos mesmos que chegariam no mercado externo a um preço relativamente mais baixo<sup>75</sup>. Tome-se o exemplo de venda de produtos brasileiros para os Estados Unidos, antes da desvalorização do real, pelo valor de US\$ 10,00 (dez dólares), considerando o produto vendido no Brasil por R\$ 10,00 (dez reais).

---

drimestre de 2008, p. 402. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acessado em: 20 de maio de 2019.

<sup>26</sup> Constitución del Ecuador de 2008. Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoDoEquador.pdf>>.

<sup>27</sup> Cf. SILVA, Alice Rocha da. Dumping e Direito Internacional Econômico. *Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 390-417, jul./dez. 2005, p. 401.

Com a desvalorização do real que não afetaria o preço do produto no Brasil, o qual se manteria em R\$ 10,00 (dez reais), a mesma mercadoria passou a ser vendida por US\$ 5,00 (cinco dólares) no mercado americano, afetando fortemente os competidores no mercado americano.<sup>28</sup>

É importante frisar que o doutrinador retro não vislumbra tal prática como modalidade de dumping, posto que não haveria uma discriminação de preços, nos termos da definição clássica de dumping.<sup>29</sup>

#### 4. DA DEFINIÇÃO DO DUMPING SOCIAL

Como apresentado no item alhures o Projeto de Lei nº 1.615/11 ventila a seguinte definição de dumping social:

Art. 1º Configura “*dumping social*” a inobservância contumaz da legislação trabalhista que favoreça comercialmente a empresa perante sua concorrência.

A doutrina abalizada assim vem por conceituar o dumping social:

Dumping social pode ser definido como a modalidade de concorrência desleal consistente na comercialização de mercadorias ou serviços a preços inferiores àqueles normalmente praticados pelo mercado, obtidos mediante a reiterada utilização de mão de obra em condições inadequadas a padrões laborais mínimos, gerando danos sociais.<sup>30</sup>

(...), O dumping social, portanto, caracteriza-se pela conduta de alguns empregadores que, de forma consciente e reiterada, violam os direitos dos trabalhadores, com o objetivo de conseguir

---

<sup>28</sup> TOMAZETTE, Marlon. O conceito do dumping para a regulamentação multilateral do comércio internacional. *PRISMAS: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v.4, n, 1, p 194-214, jan/jul. 2007, p. 209. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/issue/view/42>>. Acessado em: 20 de maio de 2019.

<sup>29</sup> Cf. TOMAZETTE, Marlon. O conceito do dumping para a regulamentação multilateral do comércio internacional. *PRISMAS: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v.4, n, 1, p 194-214, jan/jul. 2007, ps. 208-209. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/issue/view/42>>. Acessado em: 20 de maio de 2019.

<sup>30</sup> FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 85.

vantagens comerciais e financeiras, através do aumento da competitividade desleal no mercado, em razão do baixo custo da produção de bens e prestação de serviços.<sup>31</sup>

(...) o conceito de *Dumping Social* como uma prática de gestão empresarial antijurídica, moldada pela concorrência desleal e ausência de boa-fé objetiva, que busca primacialmente a conquista de fatias de mercado para produtos e serviços, seja no mercado nacional ou internacional, provocando prejuízos não apenas aos trabalhadores hipossuficientes contratados em condições irregulares, com sonegação a direitos trabalhistas e previdenciários, bem como às demais empresas do setor.<sup>32</sup>

De tal sorte, pode-se sintetizar dumping social como a deterioração da concorrência no mercado (podendo ser no âmbito interno ou externo) em face da elevação abusiva dos lucros da empresa em face da diminuição de custo de produção através do aproveitamento da precarização da mão de obra, seja pelo desrespeito das normas trabalhistas internas, seja pela migração do processo produtivo para Estado onde a normativa social não

---

<sup>31</sup> AMORIN, Kelly. O dumping social e a concessão de indenização de ofício pelo judiciário trabalhista. IN: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (orgs). *Temas atuais de direito e processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 403. “O cerne do Dumping Social está na intenção empresária em baratear cada vez mais o seu produto com a intenção fraudulenta e arbitrária de eliminar a sua concorrência, porém as consequências dessa prática são sentidas pelos trabalhadores, na relação, na relação comprometida e precária do contrato, com afronta direta aos seus direitos sociais”. (AMORIN, Kelly. O dumping social e a concessão de indenização de ofício pelo judiciário trabalhista. IN: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (orgs). *Temas atuais de direito e processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 401).

<sup>32</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dumping social nas relações de trabalho: formas de combate. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 209-221, jan./jun. 2015, p. 210. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27269>>. Acessado em: 20 de maio de 2019.

“O dumping social caracteriza-se na prática de concorrência desleal com o fito de, através da retenção de custos de mão de obra, reduzir o valor final do produto. Para tanto, desconsideram-se valores morais, e por consequência, ferem a dignidade da pessoa humana e aniquilam o valor social do trabalho”. (GOLDENSTEIN, Alberto Israel Barbosa de Amorim; DUTRA, Lincoln Zub. Impactos do dumping social na ordem econômica e ao valor social do trabalho. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, n°. 15, jul/dez 2016, p. 85

atenda aos preceitos do trabalho decente esculpido pela OIT.<sup>33</sup>

## 5. DA CARACTERIZAÇÃO DO DUMPING SOCIAL

### 5.1. DA CONCORRÊNCIA DESLEAL

Como explicitado na parte introdutória desse ensaio a Constituição Federal de 1988 respalda a livre concorrência, dando-lhe status principiológico.

No momento que se garante o ambiente concorrencial, não se pode permitir que pelo uso da livre iniciativa (também constituidor da base principiológica da ordem econômica da Constituição) tenha-se práticas antiéticas e contrárias à boa-fé, de sorte a fraturar a concorrência do mercado com a quebra de um ambiente isonômico de competitividade.

O dumping social configura-se em caso de concorrência desleal pelo custo reduzido da mão de obra pela inobservância dos direitos sociais básicos, afetando diretamente o preço ou não do produto praticado no mercado, acarretando a elevação dos lucros de forma arbitrária.

Perceba que o dumping social permite uma repaginação no fenômeno do dumping, pois ele permitiria a prática da comercialização de produtos abaixo do preço de mercado (perspectiva tradicional do dumping); ou a manutenção do preço de mercado do produto, mas com a elevação dos lucros em decorrência da exploração da mão de obra por inobservância de padrões laborais mínimos.

Afirma que nessa última hipótese haveria clara dificuldade ou mesmo impossibilidade de identificar a prática do dumping social apenas a partir de uma análise mercadológica, posto que

---

<sup>33</sup> “A redução dos custos da mão de obra pode ser obtida seja mediante violação direta dos direitos dos empregados de determinada empresa, seja por meio da prática cada vez mais frequente de transferência de unidades produtivas para países ou regiões nos quais não são respeitados padrões laborais mínimos”. (FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 89).



o preço comercializado no mercado se mantém inalterado.

## 5.2. DO USO DE MÃO DE OBRA EM DESCOMPASSO AOS *STANDARDS* LABORAIS MÍNIMOS

A lucratividade abusiva, no dumping social dá-se pelo desrespeito do conjunto normativo laboral do trabalhador.

Em sede de mercado interno, esse quadro é pintado pelas normas daquele determinado país. Em sede de Brasil, o standard laboral mínimo vê-se esquadrinhado no art. 7º da Constituição Federal, o qual repercute na CLT e demais legislações infraconstitucionais, bem como nas normas trabalhistas autônomas.

Afere-se práticas ensejadoras do dumping social: terceirização ilícita; uso de cooperativas de trabalho para fraudar vínculo empregatício por meio de simulação; pejotização; fraude em contratos de estágio (desvirtuação do estágio); uso de mão de obra infantil; trabalho análogo a de escravo.

Em âmbito internacional, entretanto, a definição de um padrão mínimo laboral apresenta uma grande dificuldade quanto sua definição, posto falta de consenso sobre o mesmo.<sup>34</sup>

Lembra Leandro Fernandez que a diferença remuneratória entre trabalhadores de regiões ou entre países diversos não se pode entender como dumping social face de realidades socioeconômicas diversas onde há um conjunto de variáveis que influenciam na formação dessa assimetria. A questão é aferir a existência ou não de desrespeitos a direitos sociais no caso concreto em face das regras e princípios constitucionais.

Importa ressaltar, ainda, que eventuais assimetrias no custo da mão de obra existentes entre diferentes regiões de um país ou

---

<sup>34</sup> “(...) Não há consenso entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos sobre quais direitos trabalhistas devem ser universalmente reconhecidos e em que extensão. As controvérsias proliferam nos fóruns internacionais, tendo havido pouco avanço na disciplina jurídica internacional de tutela dos direitos sociais. Uma das soluções que se tem adotado é a inserção de cláusulas sociais em tratados internacionais, a fim de se imporem patamares mínimos. (...)”. (FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92).

entre países distintos não configuram dumping social. Tais distinções são decorrência, em geral, do nível de desenvolvimento socioeconômico de determinado local, bem como da qualificação profissional de seus trabalhadores.

(...)

Assim, as discrepâncias na remuneração dos trabalhadores que não se verifiquem em decorrência de desrespeito a direitos sociais, mas a condições inerentes à própria estrutura socioeconômica contemporânea, não podem ser reputadas como prática de dumping social.<sup>35</sup>

### 5.3. DA PRÁTICA REITERADA E SISTÊMICA

O dumping social configura-se, exatamente, por um conjunto de condutas (diversos atos), reiteradas, durante certo lapso de tempo, que acaba por acarretar danos na esfera transindividual e afetando o equilíbrio concorrencial do mercado.

Não há como se falar em dumping social por uma única ou isolada prática violadora dos direitos sociais dos trabalhadores.

Em sede de mercado interno, pode ser constado a prática reiterada de violação dos patamares mínimos dos direitos laborais quando aquela determinada empresa é “cliente” cativa da Justiça do Trabalho, não sendo raro ocorrer o preenchimento da pauta de uma vara de trabalho, de um dia, com uma única empresa.

A presente característica fica claro no seio da jurisprudência trabalhista nacional:

*DUMPING SOCIAL. PRÁTICAS LESIVAS AOS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA BUSCA DO PLENO EMPREGO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A figura do dumping social caracteriza-se pela prática da concorrência desleal, podendo causar prejuízos de ordem patrimonial ou imaterial à coletividade como um todo. No campo laboral o dumping social caracteriza-se pela ocorrência de transgressão deliberada, consciente*

---

<sup>35</sup> FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92.

*e reiterada dos direitos sociais* dos trabalhadores, provocando danos não só aos interesses individuais, como também aos interesses metaindividuais, isto é, aqueles pertencentes a toda a sociedade, pois tais práticas visam favorecer as empresas que delas lançam mão, em acintoso desrespeito à ordem jurídica trabalhista, afrontando os princípios da livre concorrência e da busca do pleno emprego, em detrimento das empresas cumpridoras da lei. Na hipótese dos autos, restou demonstrada a prática do dumping social, tendo em vista que ao deixar de emitir a CAT nas hipóteses previstas na lei a ré obteve vantagem indevida perante a concorrência, na medida em que o número de acidentes de trabalho ocorridos é considerado no cálculo da contribuição da empresa, destinada ao financiamento da aposentadoria especial e dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, por meio do FAP – Fator Acidentário de Prevenção (artigo 202-A do Decreto 3.048/99). Sentença mantida.<sup>36</sup> (Grifos nossos)

#### 5.4. DOS DANOS SOCIAIS

Afere-se que os danos sociais se constituem em lesão ao bem jurídico de transindividual/metaindividual/supraindividuais de caráter extrapatrimonial.<sup>37</sup>

Em síntese: quando da elevação de forma arbitrária dos lucros ao custo da violação das premissas de direitos trabalhistas vindo de tal sorte a comprometer o aspecto concorrencial do mercado tem-se o efeito negativo da conduta empresarial ao perpetrar o “dumping social” que vai além do aspecto patrimonial ou da higidez psicofísica, maculando os interesses de uma coletividade indeterminada.

Constata-se que os tribunais reconhecem o dever de indenização pelo dano social acarretado pela prática do dumping social:

---

<sup>36</sup> TRT da 18ª Região, RO - 0011576-74.2015.5.18.0054, Tribunal Pleno, Relator Des. Elvecio Moura dos Santos, decisão de 18/06/2018

<sup>37</sup> Cf. FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 133.

“DUMPING SOCIAL”. *DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR*. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. *O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, d, e 832, § 1º, da CLT.*<sup>38</sup> (Grifos nossos)

## 6. DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS PARA COMBATER A PRÁTICA DO DUMPING SOCIAL

Como explicitado, prefacialmente, o fenômeno do dumping como prática antijurídica dar-se na dinâmica do comércio internacional, sendo rechaçado por meio de instrumentos internacionais.

O dumping social como fenômeno do “achamento do globo” torna-se um fenômeno de debates atuais quanto a construção de uma engenharia jurídica para coibir e desincentivar a presente prática.

Assim, serão explicitados, nesse tópico, quatro dos principais instrumentos utilizados com o desiderato de combater o dumping social através do direito internacional.

### 6.1. DO SELO SOCIAL

A ideia do selo social fora ventilada pelo Diretor-Geral

---

<sup>38</sup> TRT da 1ª Região, RO – 0000353-71.2011.5.01.0076, Segunda Turma, Relator Des. Maria Aparecida Coutinho Magalhães, julgado em 04/09/2013, publicado em 04/04/2014.

da OIT, Michel Hansenne, em 1997,<sup>39</sup> e tem por escopo a realização de uma etiquetagem social de produtos e marcas com o fim de informar o respeito a normas laborais no processo de produção, sendo a adesão voluntária pelas empresas.

No Brasil a Fundação ABRINQ (Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos) criou um selo (“Empresa amiga da criança”), em 1995, com o fim de combater o trabalho infantil, certificando empresas que atuam com a devida responsabilidade social em prol das crianças e adolescentes.<sup>40</sup>

Constata-se que o uso do selo se destina ao exercício da consciência social do consumidor que optaria por aqueles produtos desenvolvidos conforme os preceitos laborais básicos.

É certo que o presente instrumento possui visíveis dificuldades, posto a necessidade um mercado consumidor consciente; a voluntariedade na adesão; e a ausência de sanções reais aos violadores dos padrões laborais mínimos (no máximo há perda do selo). Sobre o assunto assim explicita Leandro Fernandez:

Em primeiro lugar, a concretização dos objetivos pretendidos com as etiquetas sociais depende invariavelmente da existência de um mercado consumidor consciente de sua importância para ampliação do espectro de proteção dos direitos sociais na dinâmica de um sistema configurado sob os moldes pretendidos com selos sociais e disposto a, via de regra, pagar mais caro por bens produzidos com a observância de direitos trabalhistas fundamentais. Não havendo uma cultura de responsabilidade social por parte dos próprios consumidores, torna-se inviável o sucesso de qualquer selo social. (...)

O segundo motivo reside no caráter de voluntariedade que caracteriza as etiquetas sociais. Em decorrência dele, nada im-

---

<sup>39</sup> Cf. World of Work – The Magazine of the ILO, nº 22, 1997, p. 12-13. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/dwcms\\_080635.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/dwcms_080635.pdf)>. Acessado em: 30 de maio de 2019.

<sup>40</sup> Disponível em: <[https://www.fadc.org.br/o-que-fazemos/programa-empresa-amiga-da-crianca/?utm\\_source=google&utm\\_medium=cpc&utm\\_campaign=peac&utm\\_term=selo&gclid=Cj0KCQjw6cHoBRDdARIsADiTTzYK-bTH6\\_yWIEu1MdOZtpogdgJX8f7f-i3UE24Pg\\_GSTlaCFiGKbflQaAl-FYEALw\\_wcB](https://www.fadc.org.br/o-que-fazemos/programa-empresa-amiga-da-crianca/?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=peac&utm_term=selo&gclid=Cj0KCQjw6cHoBRDdARIsADiTTzYK-bTH6_yWIEu1MdOZtpogdgJX8f7f-i3UE24Pg_GSTlaCFiGKbflQaAl-FYEALw_wcB)>. Acessado em: 30 de maio de 2019.

pede que, a despeito da adesão efetuada por certas empresas transnacionais, outras companhias simplesmente prossigam na violação a direitos trabalhistas básicos. (...)

Em terceiro lugar, há que se considerar a ausência de sanções reais nesse sistema. Caso determinada empresa que haja aderido ao sistema de certificação deixe de observar os padrões mínimos que se comprometera a garantir, sofrerá apenas a perda do selo social. Não há qualquer punição direta e efetiva a tal comportamento, cabendo à empresa, na prática, decidir se em dada conjuntura econômica é mais conveniente - leia-se: lucrativo - seguir os parâmetros laborais que afiançara assegurar. (...) <sup>41</sup>

## 6.2. DO ISO SOCIAL

O ISO Social consiste em um programa de qualidade que certifica a empresa quanto a implementação dos direitos laborais básicos, nos termos dos fixados pela OIT.

Os parâmetros do referido programa foram instituídos através do Social Accountability nº 8000, o qual fora criado em 1997 pelo Conselho de Prioridades Econômicas.

Constitui-se em um instrumento interessante, todavia padece dos mesmos problemas do selo social, como a ausência de sanções efetivas e concretas, além da possibilidade de enveredar-se, apenas, para questão de marketing jurídico. <sup>42</sup>

## 6.3. DO GLOBAL COMPACT

O presente instrumento é um projeto desenvolvido no seio da ONU, pelo Secretário Geral, Kofi Annan, lançado em 2000, que consiste em um programa quanto à responsabilidade social, ambiental e humanitária no bojo do planejamento estratégico das empresas transnacionais.

O referido projeto estrutura-se nos seguintes princípios:

---

<sup>41</sup> FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 98.

<sup>42</sup> Cf. FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 101.

#### Direitos Humanos

Princípio 1: As empresas devem apoiar e respeitar a proteção dos direitos humanos, reconhecidos internacionalmente;

Princípio 2: Garantir a sua não participação em violações dos direitos humanos.

#### Práticas Laborais

Princípio 3: As empresas devem apoiar a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo à negociação coletiva;

Princípio 4: A abolição de todas as formas de trabalho forçado e obrigatório;

Princípio 5: Abolição efetiva do trabalho infantil;

Princípio 6: Eliminação da discriminação no emprego.

#### Proteção ambiental

Princípio 7: As empresas devem apoiar uma abordagem preventiva aos desafios ambientais;

Princípio 8: Realizar iniciativas para promover a responsabilidade ambiental;

Princípio 9: Encorajar o desenvolvimento e a difusão de tecnologias amigas do ambiente.

#### Anticorrupção

Princípio 10: As empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, incluindo extorsão e suborno.<sup>43</sup>

Com o fim de incentivar a adesão as Nações Unidas criaram um Selo da ONU. Todavia, não constituir-se-ia em um selo social, posto que o “Global Compact” versa sobre outros elementos além da observância de premissas laborais mínimos.<sup>44</sup>

## 6.4. DOS CÓDIGOS DE CONDUTA

Os códigos de conduta constituem-se em padrões éticos assumidos pela empresa quanto a observância dos standards la-

<sup>43</sup> Disponível em: < <https://pactoglobal.org.br/10-principios>>. Acessado em: 30 de maio de 2019.

<sup>44</sup> Cf. FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 133.

borais básicos, vindo a constituir a carga axiológica da prática corporativa, seja no aspecto interno ou externo (exigência de obediência quanto ao respeito dos direitos sociais também das subcontratadas e parceiras de negócios), na busca da consecução dos direitos fundamentais dos trabalhadores.<sup>45</sup>

É importante destacar que os padrões éticos impostos nos códigos de conduta pelas empresas transnacionais podem acabar entrando em conflito com a normatização do país onde se encontra instalada. Em Estados soberanos onde a legislação trabalhista é mais protetora em relação ao código de conduta, esta acaba deixando de ter aplicabilidade para prevalecer a norma heterônoma. Todavia, em outras circunstâncias, onde há fragilidade na legislação trabalhista local, vindo o código de conduta ter uma dimensão protetiva muito maior, segue a dificuldade da implantação desta face à convivência dos padrões jurídicos diversos.

Por óbvio que o instrumento do código de conduta não passa incólume a críticas:

(...). A primeira delas é a ausência de real fiscalização do cumprimento dos compromissos sociais declarados. Livres de monitoramento rígido, empresas transnacionais poderiam publicar códigos de conduta como mero instrumento de propaganda, inserido no âmbito de uma estratégia de marketing empresarial. (...)<sup>46</sup>

Além do desvirtuamento do uso do código de conduta para fins meramente de marketing, questão problema semelhante de outros instrumentos outrora ventilados, tendo em vista o caráter interno do código, o mesmo pode ser constituído com as temáticas laborais de conveniência empresarial, ou seja, uma seletividade em relação a direitos trabalhista albergados face uma proposta de marketing, o que vem por desvelar a importância da legislação laboral local.

Sobre esse apontamento explicita Leandro Fernandez:

(...). Dados de uma pesquisa realizada em 1998 pela OCDE re-

---

<sup>45</sup> Cf. FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 101.

<sup>46</sup> Cf. FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 103.



velam que, dentre quase trezentos códigos de conduta analisados, a minoria trata de temas como a liberdade sindical. Consagram-se, assim, princípios e diretrizes valorizados pela opinião pública, relacionados à vedação de práticas de concorrência desleal violadoras de direitos humanos - tais como a utilização de mão de obra infantil barata -, mas simplesmente não há menção ao direito fundamental de liberdade sindical, utilizado pelos empregados como instrumento para pressionar o empresariado a reduzir a mais-valia. Diante disso, é perceptível que os interesses econômicos das empresas transnacionais determinam a seletividade da temática dos códigos de conduta. (...)<sup>47</sup>

## 7. DO RECONHECIMENTO DE OFÍCIO DO DUMPING SOCIAL E A RESPECTIVA CONDENAÇÃO POR DANOS SOCIAIS PELA JUSTIÇA DO TRABALHO

Neste tópico chega-se a um dos pontos problemas do presente ensaio que é responder se há possibilidade do juiz do trabalho ao reconhecer, em uma demanda individual, a existência do dumping social, condenar a reclamada em danos sociais?

Constate de forma imediata que o dumping social não constitui objeto da ação, não havendo pedido de danos sociais. Poderia o juiz atuar *ex officio*?

No XIII Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (CONAMAT), em sua nona tese, tem-se o entendimento favorável a atuação *ex officio* pelo magistrado trabalhista. *In verbis*:

As agressões reincidentes aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. *A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la, mesmo por atuação ex officio.* O dano à sociedade configura-se ato ilícito, por exercício abusivo do

<sup>47</sup> Cf. FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 104.

direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927, do Código Civil. Encontrase no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, revertendo-se esta indenização a um fundo público.

O cerne do Dumping Social está na intenção empresária em baratear cada vez mais o seu produto com a intenção fraudulenta e arbitrária de eliminar a sua concorrência, porém as consequências dessa prática são sentidas pelos trabalhadores, na relação comprometida e precária do contrato, com afronta direta aos seus direitos sociais.<sup>48</sup> (Grifos nossos)

A questão do reconhecimento de ofício da prática do dumping social pelo juiz do trabalho encontra-se ventilado no Projeto de Lei nº 1.615/11:

Art. 3º O juiz, de ofício, a pedido da parte, de entidade sindical ou do Ministério Público pode declarar a prática de “dumping social”, impondo a indenização e a multa estabelecidas nas alíneas “a” e “c” do art. 2º.

A presente tese da atuação ex officio pelo magistrado, em caso da constatação de dumping social, é defendida arduamente pelo professor Jorge Luiz Souto Maior:

*A necessidade de reconhecer essa possibilidade de condenação, independentemente de pedido da parte, pela prática de dano social, decorre da constatação de que a legitimidade coletiva, conferida ao Ministério Público do Trabalho e aos Sindicatos, não tem sido, reconhecidamente, satisfatória para a correção da realidade, nem mesmo contando com a atuação fiscalizadora do Ministério do Trabalho e Emprego.*

Muitas vezes as lesões não têm uma repercussão econômica muito grande para cada trabalhador lesado e estes, individualmente, não se sentem estimulados a ingressar com ações em juízo e nem mesmo os entes coletivos dão a tais lesões a devida importância.

Outras vezes, mesmo tendo repercussão econômica palpável, muitos trabalhadores deixam de ingressar em juízo com medo

---

<sup>48</sup> AMORIN, Kelly. O dumping social e a concessão de indenização de ofício pelo judiciário trabalhista. IN: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (orgs). *Temas atuais de direito e processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 401.

de não conseguirem novo emprego, pois impera em nossa realidade a cultura de que mover ação na justiça é ato de rebeldia. O agressor da ordem jurídica trabalhista conta, portanto, com o fato conhecido de que nem todos os trabalhadores lhe acionam na justiça (na verdade os que o fazem sequer são a maioria). Conta, ainda, com prazo prescricional de cinco anos; com a possibilidade de acordo (pelo qual acaba pagando bem menos do que devia); e com a demora processual, além de juros inferiores àqueles praticados pelas instituições bancárias

(...)

*As discussões acerca da legitimidade e dos limites da ação ao pedido formulado pelas partes constituem tentativa de sobrepor a forma ao conteúdo, fazendo prevalecer a visão positivista e descomprometida do processo. O que se exige do juiz é que, diante do fato demonstrado, que afeta o interesse social, penalize/discipline o agressor para desestimulá-lo na repetição da prática e para compensar o benefício econômico já obtido. A medida corretiva, assim, vai desde a condenação ao pagamento de uma indenização adicional (ou suplementar), destinada ao autor da ação individual, em virtude da facilidade de sua implementação, até a determinação de obrigações de fazer, voltadas a práticas de atos em benefício da comunidade.*<sup>49</sup> (Gri-fos nossos)

Continua o festejado doutrinador fundamentando sua tese a partir dos poderes instrutórios, conferidos na CLT, ao juiz e da possibilidade de solução da lide via equidade.

(...) a possibilidade de o juiz agir de ofício para preservar a autoridade do ordenamento jurídico foi agasalhada pelo direito processual e, no que se refere ao respeito à regulamentação do Direito do Trabalho, constitui um dever, pois o não cumprimento convicto e inescusável dos preceitos trabalhistas fere o próprio pacto que se estabeleceu na formação do nosso Estado Democrático e Social de Direito, para fins de desenvolvimento do modelo capitalista em bases sustentáveis e com verdadeira responsabilidade social.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não foi alheia ao fenômeno, atribuindo ao juiz amplos poderes instrutórios (art. 765) e liberdade para solução justa do caso na perspectiva da

---

<sup>49</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto; MENDES, Ranulio; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, ps. 90-91.

equidade, conforme previsão dos arts. 8º e 766, não se esquecendo da perspectiva dos efeitos sociais, conforme regra do já citado art. 652, *d.*<sup>50</sup>

Assim explicita, o professor Jorge Luiz Souto Maior, as razões da condenação por dano social no bojo de uma demanda individual:

(...) o hiato existente entre a realidade e a teoria; a ausência de força real de luta pela efetivação dos direitos trabalhistas no âmbito de um contrato para o qual sequer reconhecemos o dever de motivação na hora da dispensa. Enfim, a importância de que se reveste o Poder Judiciário trabalhista, como instância última e única capaz de demonstrar a necessidade de respeito aos direitos dos trabalhadores.<sup>51</sup> (Grifos nossos)

Todavia, afere-se pacífica, no bojo das diversas turmas do TST, jurisprudência no sentido de configurar julgamento *extra petita* o reconhecimento de ofício de dumping social, vindo a macular os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, acarretando o provimento do recurso e consequente reforma da decisão *a quo*.

Segue, abaixo, as decisões colacionadas do TST:

(...)

RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. DANO SOCIAL. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. Apesar de a prática de *dumping social* ser veementemente combatida por esta Justiça Especializada, por ferir não só os direitos individuais dos trabalhadores diretamente envolvidos com as empresas litigantes, mas também a sociedade de modo geral, por se configurar em prejuízo social, o julgador deve estar adstrito aos limites da lide estabelecidos na petição inicial apresentada, sob pena de a decisão ser considerada *ultra* ou *extra petita*. Na hipótese dos autos, constata-se da inicial que não houve formulação de pedido de condenação da Reclamada ao pagamento de indenização por “*dumping social*”. Constata-se, portanto, que a condenação, de ofício, violou os princípios

<sup>50</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto; MENDES, Ranulio; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 93.

<sup>51</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto; MENDES, Ranulio; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 97.

*do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa* (art. 5.º, LIV e LV, da CF/88), bem como os arts. 128 e 460 do CPC/1973.<sup>52</sup> (Grifos nossos)

(...)

INDENIZAÇÃO PELO DESCUMPRIMENTO REITERADO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. DUMPING SOCIAL. DEFERIMENTO DE OFÍCIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA.

*Não obstante a reprovabilidade da conduta da reclamada de reiteradamente descumprir a normas trabalhistas, o deferimento, de ofício, da indenização pelo descumprimento reiterado das normas trabalhistas não encontra previsão na legislação processual vigente e impede que as partes exerçam o seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, princípios consagrados no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988. Assim, não havendo pedido certo e determinado a esse respeito, torna-se inviável a condenação mantida pela Corte a quo, sendo nítida a afronta ao artigo 492 do CPC/2015. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.*<sup>53</sup>

DUMPING SOCIAL. DANO SOCIAL. DEFERIMENTO EX OFFÍCIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

Discute-se, no tópico, a possibilidade de se condenar a empresa ao pagamento de indenização por eventual dano social, em face do reiterado desrespeito aos direitos trabalhistas de seus empregados, quando ausente pedido nesse sentido. O conceito de dumping social passou a ser utilizado mais amplamente no âmbito das relações trabalhistas após a 1ª Jornada de Direito Material e Processual da ANAMATRA, realizada no final de 2007, que resultou, dentre outros, na produção do Enunciado n. 4. Segundo tal enunciado: "dumping social. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propo-

<sup>52</sup> TST, RR – 527-40.2014.5.04.0772, Relator Desembargador Convocado Roberto Nobrega de Almeida Filho, Data de Julgamento: 26/09/2018, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/10/2018.

<sup>53</sup> TST, RR-1624-97.2010.5.15.0032, 2ª Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 23/05/2019.

sitalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. *A jurisprudência desta Corte tem adotado o entendimento de que a ausência do pedido de condenação da empresa em indenização em razão de dano social por dumping social consiste em julgamento extra petita. De qualquer sorte, a realidade descrita no acórdão recorrido não permite vislumbrar "agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas", de modo a ferir a sociedade e obter vantagem indevida perante a concorrência. Dessa forma, ainda que repugnante a prática em questão, a empresa não pode ser condenada ao pagamento da indenização em debate, pois se estaria a permitir julgamento fora dos limites da lide, circunstância que autoriza o provimento do apelo. Recurso de revista conhecido por violação do artigo 128 do CPC e provido.*<sup>54</sup> (Grifos nossos)

RECURSOS DE REVISTA. DUMPING SOCIAL. INDENIZAÇÃO. CONDENAÇÃO EX OFFICIO. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA 1. A Constituição Federal garante aos litigantes em processo judicial o exercício do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF). 2. Nos termos do art. 128 do CPC, o Juiz deverá decidir a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas, para cujo conhecimento a lei exige a iniciativa das partes. 3. *Acórdão regional que condena a empregadora, de ofício, ao pagamento de indenização por dumping social, não obstante a ausência de pedido e de oportunidade para a parte expor suas razões em contra-*

<sup>54</sup> TST, RR - 20307-17.2014.5.04.0561, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 12/12/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/12/2018.

“DUMPING SOCIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS COLETIVOS. DEFERIMENTO DE OFÍCIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. A jurisprudência desta Corte tem firmado entendimento no sentido de que o deferimento, de ofício, sem que tenha havido pedido na inicial, da indenização por dumping social (ou indenização por dano social) viola os princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV, da CF/88), configurando manifesto julgamento extra petita (arts. 128 e 460 do CPC). Recurso de revista conhecido e provido no tema. (...)”. (TST, ARR - 1282-71.2012.5.04.0663, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 11/4/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/4/2018).

*ditório e exercer a ampla defesa, viola a ordem constitucional vigente, bem como extrapola os limites da lide.* 4 Recursos de revista das Reclamadas de que se conhece e a que se dá provimento.<sup>55</sup> (Grifos nossos)

RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR. NULIDADE. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*.

O cerne da controvérsia está em saber se poderia o egrégio Tribunal Regional no âmbito de Reclamação Trabalhista individual, mesmo que ausente pedido específico, condenar *ex officio* a Reclamada no pagamento de indenização suplementar por dano social causado a título de dumping social. Há de se reconhecer o julgamento extra petita pelo egrégio Tribunal Regional quando condena a Reclamada ao pagamento de indenização que não foi requerido na petição inicial. *A Jurisprudência das 1.ª, 2.ª, 3.ª, 6.ª e 7.ª Turmas desta Corte têm adotado o entendimento de que a ausência do pedido de condenação da empresa em indenização em razão de - Dumping Social - consiste em julgamento extra petita*: RR-1032-98.2012.5.15.0156, Relator: Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6.ª Turma; RR-49300-51.2009.5.15.0137, 3.ª Turma, Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte; R-131000-63.2009.5.04.0005, 4.ª Turma, Relator: Ministro Maria de Assis Calsing; RR-79-37.2011.5.09.0965, 2.ª Turma, Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta; RR-78200-58.2009.5.04.0005, Relator: Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7.ª Turma; RR-11900-32.2009.5.04.0291, 1.ª Turma, Relator: Ministro Walmir Oliveira. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.<sup>56</sup> (Grifos nossos)

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RECLAMADA. *JULGAMENTO EXTRA PETITA. DUMPING SOCIAL. INDENIZAÇÃO POR DANO SOCIAL. DEFERIMENTO DE OFÍCIO*. 1 - Recurso de revista sob a vigência da Lei nº 13.015/2014. 2- No recurso de revista, foram atendidos os requisitos do art. 896, § 1.º-A, da CLT. 3 - *O entendimento desta Corte Superior é de que carac-*

<sup>55</sup> TST, RR - 2899-93.2012.5.15.0070, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 2/12/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/12/2015.

<sup>56</sup> TST, RR-3894-13.2010.5.15.0156, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5.º Turma, DEJT 13/11/2015.

*teriza julgamento extra petita a condenação ex officio por dumping social, uma vez que não há pedidos nesse sentido na exordial. Ademais, é patente a violação aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Há julgados. 4 - Recurso de revista a que se dá provimento. (...).*<sup>57</sup> (Grifos nossos)

A tese do professor Jorge Luiz Souto Maior, bem como a ventilada no XIII Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (CONAMAT) é tentadora, posto a necessidade premente, em um país como o Brasil, de dar efetividade aos direitos sociais, os quais são deixados de lado de forma sistemática em verdadeiro desrespeito a ordem jurídica e a promoção da dignidade da pessoa humana.

Todavia, como compatibilizar com o conjunto normativo da Constituição e do Código de Processo Civil?

Aceitar a tese supra é reconhecer a validade de um julgamento extra petita, maculando, assim, o princípio do dispositivo (art. 2º do NCPC),<sup>58</sup> da cooperação processual (art. 6º do NCPC),<sup>59</sup> do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF<sup>60</sup> e art. 7º do NCPC),<sup>61</sup> da boa-fé processual (art. 5º do NCPC),<sup>62</sup> além de regras processuais como da vedação da decisão surpresa (art. 10º do NCPC)<sup>63</sup> e da proibição expressa da decisão extra

---

<sup>57</sup> TST, RR - 20249-60.2014.5.04.0772, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 5/4/2017, 6º Turma, Data de Publicação: DEJT 11/4/2017.

<sup>58</sup> NCPC. Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

<sup>59</sup> NCPC. Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

<sup>60</sup> Constituição de 1988. Art. 5º. (...). LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

<sup>61</sup> NCPC. Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

<sup>62</sup> NCPC. Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

<sup>63</sup> NCPC. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se mani-



petita (art. 492 do NCPC).<sup>64</sup>

O sistema acusatório deve ser preservado e respeitado. Vislumbrando o magistrado do trabalho, na demanda individual, situação que se subsuma a figura do dumping social, deve o mesmo notificar ao Ministério Público do Trabalho, o qual é incumbido constitucionalmente da defesa da ordem social.<sup>65</sup>

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do que foi exposto entende-se por dumping social a deterioração da concorrência no mercado (podendo ser no âmbito interno ou externo) em face da elevação abusiva dos lucros da empresa em face da diminuição de custo de produção através do aproveitamento da precarização da mão de obra, seja pelo desrespeito das normas trabalhistas internas, seja pela migração do processo produtivo para Estado onde a normativa social não atenda aos preceitos do trabalho decente esculpido pela OIT.

O dumping social, apesar de sua natureza fenomênica no seio do mercado internacional, é reconhecido quando perpetrado no seio do mercado interno, gerando a possibilidade de condenação por dano social.

Não vislumbramos como mais acertado a tese da atuação *ex officio* do juiz do trabalho em condenar pelo dano social o reclamado em face do dumping social, posto constituir uma forma de vilipendiar a segurança jurídica, a qual é tão cara e tão pouco respeitada no ordenamento jurídico brasileiro.

Os fins não justificam os meios. Mais do que nunca se

---

festar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

<sup>64</sup> NCPC. Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

<sup>65</sup> Constituição de 1988. Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

precisa ater ao “due process of law” - o processo como garantia dos meios para se poder atingir os desideratos do projeto constitucional.

De tal sorte, em face de uma ação individual do trabalho, constatando a existência do dumping social, deve o juiz do trabalho, notificar o Ministério Público do Trabalho.



## REFERÊNCIAS

- Agenda Nacional de Trabalho Decente*, Brasília, 2016. Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/---ro-lima/---ilo\\_brasilia/documents/publication/wcms\\_226229.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--americas/---ro-lima/---ilo_brasilia/documents/publication/wcms_226229.pdf)>. Acessado em: 20 de maio de 2019
- AMORIN, Kelly. O dumping social e a concessão de indenização de ofício pelo judiciário trabalhista. IN: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (orgs). *Temas atuais de direito e processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2014.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: atualizada até a Emenda Constitucional nº 99. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 13 de março de 2019
- BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 09 de agosto de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 13 de março de 2019.
- BRASIL. Decreto nº 93.941, de 16 de janeiro de 1987. Promulga o Acordo Relativo à Implementação do Artigo VI do

Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 de janeiro de 1987. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/1985-1987/D93941.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1985-1987/D93941.htm)>. Acesso em: 13 de maio de 2019.

BRASIL. Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 de dezembro de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D1355.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm)>. Acesso em: 13 de maio de 2019.

BRASIL. Lei nº 9.019, de 30 de março de 1995. Dispõe sobre a aplicação dos direitos previstos no Acordo Antidumping e no Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 de março de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9019.htm)>. Acesso em: 13 de maio de 2019.

BRASIL. Decreto nº 1.602, de 23 de agosto de 1995. Regula as normas que disciplinam os procedimentos administrativos, relativos à aplicação de medidas antidumping. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 de agosto de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1995/D1602.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1602.htm)>. Acesso em: 13 de maio de 2019.

BRASIL. Decreto nº 8.058, de 26 de julho de 2013. Regula os procedimentos administrativos relativos à investigação e à aplicação de medidas antidumping; e altera o Anexo II ao Decreto nº 7.096, de 4 de fevereiro de 2010, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério do Desenvolvimento, Indús-

tria e Comércio Exterior. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 de julho de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8058.htm#art201](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8058.htm#art201)>. Acesso em: 13 de maio de 2019.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 13 de maio de 2019.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.615, de 2011. Dispõe sobre o dumping social. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=7DC7AA-FAC82440220F48B9CF04E2C83B.proposicoesWebExterno1?codteor=1316468&filename=Parecer-CTASP-01-04-2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7DC7AA-FAC82440220F48B9CF04E2C83B.proposicoesWebExterno1?codteor=1316468&filename=Parecer-CTASP-01-04-2015)>. Acesso em: 13 de maio de 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 13 de maio de 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 14º ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V.1

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 16º ed.

- Salvador: Editora Juspodivm, 2014. V.1.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1º ed., 4º tiragem. São Paulo: Malheiros Editora, 2004.
- FERNANDEZ, Leandro. *Dumping social*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FERRAZ Junior, Tercio Sampaio. Direito da concorrência: sua função social nos países desenvolvidos e em desenvolvimento. In: RODAS, João Grandino. *Direito econômico e social – atualidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário*. São Paulo: RT, 2012
- FRIEDMAN, L. Thomas; MANDELBAUM, Michael. *Éramos nós - a crise americana e como resolvê-la*. Tradução Ivo Korytovski. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- GOLDENSTEIN, Alberto Israel Barbosa de Amorim; DUTRA, Lincoln Zub. Impactos do dumping social na ordem econômica e ao valor social do trabalho. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, nº. 15, jul/dez 2016.
- KAWAY, Mina. VIDAL, Pedro Walter G. Tang. *Dumping social: relações das multinacionais e dos sujeitos de direito público interno e externo com as normas de trabalho*. Revista Eletrônica – Tribunal Regional do Trabalho da 9ª. Região. Volume 4, n. 43, p. 7-21, agosto de 2015. Disponível em:< <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=43&edicao=9181>>. Acessado em 20 de maio de 2019.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 15º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto; MENDES, Ranulio; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira. CADE e o Poder Judiciário. In: RODAS, João Grandino. *Direito econômico e social – atu-*

- alidades e reflexões sobre direito concorrencial, do consumidor, do trabalho e tributário*. São Paulo: RT, 2012.
- MONCADA, Luiz S. Cabral de. *Direito Econômico*. 6º Ed. Coimbra: Coimbra, 2012.
- PIFFER, Carla. Comércio internacional e meio ambiente: breve análise sobre o dumping ambiental. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.3, n.1, 1º quadrimestre de 2008. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acessado em: 20 de maio de 2019.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dumping social nas relações de trabalho: formas de combate. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 209-221, jan./jun. 2015, p. 210. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27269>>. Acessado em: 20 de maio de 2019.
- SANTOS, Fernando Muniz. Princípios gerais da atividade econômica na Constituição. IN: Clève, Clèmerson Merlim (Coord). *Direito Constitucional Brasileiro – Constituições econômica e social*. São Paulo: RT, 2014, V.3.
- SILVA, Alice Rocha da. Dumping e Direito Internacional Econômico. *Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 390-417, jul./dez. 2005.
- TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2º ed. São Paulo, Editora Método, 2006.
- TOMAZETTE, Marlon. O conceito do dumping para a regulamentação multilateral do comércio internacional. *PRISMA: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v.4, n. 1, p 194-214, jan/jul. 2007. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/issue/view/42>>. Acessado em: 20 de maio de 2019.

# *KILLER ACQUISITION*: UM NOVO ILÍCITO PARA UMA NOVA ECONOMIA? CONSIDERAÇÕES A PARTIR DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO<sup>1</sup>

Amanda Flávio de Oliveira<sup>2</sup>

Davi Chaves<sup>3</sup>

Flávia Tapajós<sup>4</sup>

## I. INTRODUÇÃO

O conceito de *killer acquisition* foi desenvolvido originalmente por Cunningham, Ederer e Ma (2021), em trabalho que investigava um fenômeno específico dos atos de concentração no mercado farmacêutico.

Conforme o trabalho dos autores, em determinados contextos, empresas incumbentes adquirem *players* promissores não para desenvolver seus projetos, mas para descontinuí-los estrategicamente, com o objetivo de eliminar uma possível ameaça concorrencial futura. A constatação não impediu os autores, todavia, de reconhecer que aquisições de empresas inovadoras fre-

---

<sup>1</sup> O presente artigo foi originalmente publicado como: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CHAVES, Davi; TAPAJÓS, Flávia. Análise de concentração e *killer acquisition* no mercado digital. In OLIVEIRA, Amanda Flávio de; ALVES, Waldir. (Org). Regulação e Concorrência no mercado digital. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2026, p. 209-222.

<sup>2</sup> Professora dos cursos de graduação, mestrado, doutorado e pós doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Advogada em Brasília.

<sup>3</sup> Advogado em Brasília, especialista em regulação e concorrência. Mestrando em Direito na Universidade de Brasília (UnB).

<sup>4</sup> Assessora no Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (MPF/CADE).

quentemente integram estratégias legítimas de crescimento, diversificação tecnológica e captura de ganhos de eficiência — contribuindo, assim, para o dinamismo econômico e para a valorização das companhias.

Parte considerável de autoridades e acadêmicos antitruste acolheu o conceito de *killer acquisitions* com entusiasmo. De fato, desde que a concepção de eficiência e suas consequências foram definidas como o objetivo do antitruste, alguns estudiosos se ressentem da perda de aceitação de uma concepção estruturalista de concorrência.

Ao senso comum soa mais adequada uma abordagem antitruste que proteja os “pequenos” agentes de mercado dos “grandes” agentes de mercado. Em algum momento, a academia também acolheu a ideia, visto que ela está no cerne do que se convencionou denominar “Escola de Harvard”<sup>5</sup>. Mas a hegemonia de uma análise antitruste focada em eficiência não fez desaparecer uma certa nostalgia estruturalista, e a preocupação com um mercado menos concentrado ou com a preservação de pequenos agentes sempre se mantiveram no ideário antitruste de parte das autoridades e da academia.

A partir do momento em que a inovação faz surgir novos mercados e novos modelos de negócio, a teoria se reinventa e se amolda à realidade. A preocupação com as *killer acquisitions*, nesse cenário, revelou-se providencial para enfrentar a novidade que as “big techs” representam. Alguns estudiosos do antitruste, então, passaram a indagar a legalidade das aquisições de *startups* de tecnologia por gigantes do mercado. A questão, nesse contexto, implicaria, inclusive, em identificar a motivação dos adquirentes. Afinal, eles compram rivais emergentes para eliminar a concorrência futura?

O exercício que a teoria e a prática antitruste requerem

---

5 Uma breve, mas adequada explicação a respeito das Escolas de Chicago e de Harvard podem ser encontradas em SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial — as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 18-19.



para acolher a tese da ilicitude das *killer acquisitions* não é simples. Cuida-se de aplicar o conceito em mercados que exibem um elevado grau de variáveis dinâmicas. Amplia-se, assim, o risco de enquadrar operações pró-inovação como atos anticompetitivos.

E existem, também, dificuldades de fundo. Hayek (1945) demonstrou que em uma ordem econômica racional, o conhecimento econômico está disperso entre os indivíduos. Nenhum regulador, portanto, capta, a tempo, todas as preferências, circunstâncias e incentivos que moldam a decisão empresarial. Em um cenário como esse, a intervenção pode gerar efeitos não intencionais, como alerta Bastiat (1850): a abdicação dos ganhos sociais invisíveis de aquisições lícitas, bem como o desestímulo a novas aquisições pró-competitivas.

Por fim, e não desimportante, há o desafio de compatibilizar o suposto ilícito decorrente da *killer acquisition* com o ordenamento jurídico brasileiro, tomados como pressupostos os princípios e normas que compõem a Ordem Constitucional em vigor (arts. 170 e ss., CR/1988). Sabe-se que a Constituição Econômica brasileira assegura a liberdade de iniciativa, vedando tão-somente o *abuso* de poder econômico (art. 173, §4º, CR/1988). Presumir a ilicitude do livre exercício de um dos poderes decorrentes do direito de propriedade (o direito de dispor do bem ou empresa) sem autorização legal nesse sentido e fundado no tamanho da empresa adquirida e na suposta intenção de ação a ser realizada *a posteriori* inverte a lógica constitucional e restringe o exercício de um direito fundamental.

## II. KILLER ACQUISITION: UM ILÍCITO?

Em direito da concorrência, convencionou-se denominar *killer acquisition* aquisições de empresas, realizadas por incumbentes, geralmente consolidados e com poder de mercado significativo, que buscariam, com o ato de concentração, neutralizar

possíveis competidores ainda em estágio inicial.

Originalmente, conforme proposta por Cunningham, Ederer e Ma (2018), o fenômeno resultaria da análise empírica de um padrão que, segundo os autores, nota-se na indústria farmacêutica: aquisições realizadas por empresas incumbentes, de projetos inovadores, em estágio inicial, seguidas da interrupção estratégica de seu desenvolvimento.

Segundo Cunningham e seus coautores, o caso da *Questcor* ilustraria bem o padrão: a empresa era detentora do monopólio do medicamento *Acthar*, utilizado no tratamento de doenças raras, e adquiriu, em 2013, os direitos da *Synacthen*, um concorrente sintético em estágio inicial de desenvolvimento. Após tal aquisição, o projeto foi descontinuado, impedindo o surgimento de uma alternativa ao seu produto dominante. A operação, segundo a *Federal Trade Commission*<sup>6</sup> (FTC), teria suprimido uma ameaça competitiva em formação, eliminando a entrada efetiva do novo medicamento no mercado.

Na queixa (“complaint”) movida pela Federal Trade Commission (FTC) e pelos Estados do Alasca, Maryland, Nova York, Texas e Washington, alegou-se que a operação de aquisição dos direitos sobre o *Synacthen* pela *Questcor* extinguiu uma ameaça competitiva nascente ao monopólio da empresa sobre o medicamento *Acthar*. Segundo a queixa, essa ação prejudicaria a competição, o que configuraria método injusto de concorrência e monopolização.

Na pesquisa que desenvolveram, Cunningham e seus coautores utilizaram dados de mais de 16 (dezesseis) mil projetos, desenvolvidos por mais de 4 (quatro) mil empresas, ao longo de 25 (vinte e cinco) anos, tendo identificado que os projetos adquiridos por incumbentes com sobreposição em seu portfólio apresentaram 23,4% (vinte e três vírgula quatro por cento) menos chances de continuar em desenvolvimento do que aqueles

---

<sup>6</sup>Disponível em <[https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/170118mallin-krodt\\_complaint\\_public.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/170118mallin-krodt_complaint_public.pdf)> Acesso em 22 mai 2025

adquiridos por empresas sem sobreposição. Com base na amostra dos autores, estimaram que entre 5,3% (cinco vírgula três por cento) e 7,4% (sete vírgula quatro por cento) das aquisições analisadas poderiam ser classificadas como *killer acquisition* — ou seja, operações em que o encerramento do projeto representaria, em tese, uma razão estratégica para sua aquisição.

De acordo com os autores, esse tipo de comportamento tende a ocorrer com mais frequência quando a concorrência no mercado é baixa e a patente do produto principal da adquirente ainda possui longa vigência, o que ampliaria o incentivo econômico para evitar a canibalização de seus lucros.

A identificação do fenômeno das *killer acquisition* no setor farmacêutico, segundo Cunningham, Ederer e Ma (2018), foi viabilizada por características específicas desse mercado, como o *pipeline* padronizado, a documentação pública dos estágios de desenvolvimento e a rastreabilidade das decisões de continuidade ou abandono de projetos. Os autores apontam que, no setor de tecnologia, a ausência de patentes fortes, a relevância do capital humano e a escassez de dados representam desafios à aplicação dessa análise.

Fato é que, embora o estudo contribua para ilustrar dinâmicas estratégicas plausíveis, a interpretação proposta se ancora em um mercado específico e suas particularidades, além de premissas que envolvem difícil análise contrafactual e exigem prognoses robustas quanto à viabilidade do projeto e à pretensão da empresa adquirente.

Conforme mencionado, desde o trabalho de Cunningham, Ederer e Ma (2018) advertia-se para o fato de que, em ambientes de inovação contínua e ciclos de produto acelerados, como o digital, a ausência de fases de desenvolvimento tão definidas e rastreáveis quanto na indústria farmacêutica e a possibilidade de redirecionamento de tecnologias de forma menos atrelada a projetos específicos tornam significativamente mais difícil identificar, de forma objetiva e probatória, se uma aquisi-

ção foi motivada pela eliminação de concorrência futura potencial.

Os autores dedicaram parte substancial de sua análise a investigar e testar diversas explicações alternativas plausíveis que poderiam levar à descontinuidade de projetos após uma aquisição. Entre essas justificativas consideradas, estão: a seleção criteriosa pelo adquirente dos projetos mais promissores dentro de um portfólio adquirido; a simples postergação do desenvolvimento do projeto em vez de sua terminação permanente; o reaproveitamento da tecnologia subjacente ou do capital humano e das equipes da empresa adquirida em outros projetos do adquirente; e até mesmo a aquisição de empresas em dificuldade financeira visando apenas seus ativos residuais. A inclusão e análise desses cenários servem para demonstrar que as descobertas principais do estudo, que indicam a descontinuidade estratégica de projetos concorrentes, não são unicamente ou substancialmente impulsionadas por esses outros motivos, os quais, em outros contextos, poderiam ser razões legítimas para o término de um projeto.

A seu turno, Motta e Peitz (2020) identificaram a aquisição de concorrentes potenciais como uma questão premente para o controle de atos de concentração em mercados digitais. Avaliar os potenciais efeitos anticompetitivos ou pró-competitivos dessas operações exige realizar uma análise contrafactual, investigando os prováveis cenários futuros para a empresa-alvo caso a concentração não ocorresse.

Para eles, no entanto, essa análise contrafactual requer uma abordagem qualitativa mais rica e, se possível, quantitativa. Deve-se investigar, por meio do exame de documentos internos, planos de negócios e análises financeiras, os cenários prováveis para a empresa-alvo caso a aquisição não se concretizasse. Ainda, a capacidade de desenvolvimento da empresa adquirida (em termos de recursos como dados ou financeiros) e o incentivo da empresa incumbente para desenvolver o projeto após a aq-

sição são fatores cruciais que influenciam o resultado da operação (desenvolvimento ou encerramento do projeto) no contra-factual. Por fim, destacam que uma concentração pode ser considerada pró-competitiva se e apenas se 2 (duas) condições forem simultaneamente atendidas: (i) a empresa-alvo não teria condições de levar adiante seu projeto na ausência da operação; e (ii) o incumbente teria incentivo para desenvolver (e não simplesmente abandonar) o projeto após a aquisição. Apesar das dificuldades práticas de verificar as condições elencadas, conforme se demonstrará a seguir, os autores consideram que tal análise é fundamental para evitar políticas simplistas e ponderar os ganhos de eficiência face aos possíveis danos sociais.

Whish (2022) reforça que, embora existam indícios de que certas aquisições visem suprimir concorrência futura, a atuação estatal sobre essas operações demanda cautela. O autor identifica dois desafios à repressão eficaz do fenômeno: lacunas institucionais, que impedem a análise de operações envolvendo *startups* com baixo faturamento; e lacunas substanciais, associadas à dificuldade de demonstrar, com grau probatório suficiente, que uma aquisição dessa espécie comprometerá significativamente a concorrência futura.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico OCDE (2020) reconhece que o conceito de *killer acquisition* trouxe contribuições importantes à análise concorrencial atual, mas alerta para o risco de subaplicação (*underenforcement*) decorrente dos desafios e incerteza na sua avaliação e a necessidade de metodologias mais robustas. Documento<sup>7</sup> elaborado pela Organização destaca que a detecção dessas operações enfrenta 2 (dois) obstáculos centrais: a ausência de critérios adequados — já que muitas *startups* possuem faturamento irrelevante, apesar de alto valor estratégico — e a elevada incerteza

---

7 Disponível em <[https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2020/05/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control\\_201583e4/dac52a99-en.pdf](https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2020/05/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control_201583e4/dac52a99-en.pdf)> Acesso em 23 mai 2025

contrafactual, que dificulta prever se o produto adquirido se converteria, de fato, em competidor efetivo.

Tendo em vista a dificuldade em provar o dano em casos incertos, a OCDE defende a necessidade de uma mudança na política de concentrações para lidar com os desafios. As propostas incluem ajustes nas regras de notificação, como a introdução de limiares baseados no valor da transação, e nas técnicas de análise, como a adoção de um teste de dano esperado ou a criação de presunções refutáveis em algumas circunstâncias. O objetivo é aprimorar a capacidade analítica para avaliar efetivamente as concentrações sob incerteza, garantindo que a precisão da análise não seja comprometida pela dificuldade do caso.

A título de reflexão final no ponto, cumpre admitir que, ainda que o estudo de Cunningham, Ederer e Ma (2018) tenha revelado indícios de um padrão de condutas excludentes em mercados com características muito específicas, como o farmacêutico, a extrapolação desses achados para outras indústrias apresenta não apenas dificuldades metodológicas, mas também limitações informacionais relevantes, mesmo com os ajustes sugeridos pela OCDE. Como se verá a seguir, ainda que o fenômeno exista em um caso concreto, o *enforcement* estatal enfrenta barreiras à sua identificação e correção em ambientes marcados por incerteza e inovação contínua.

### III. INTERVENÇÃO E INCERTEZA: LIMITES INFORMACIONAIS DO *ENFORCEMENT* EM MERCADOS INOVADORES

A preocupação com a aplicação do conceito de *killer acquisition* aos mercados digitais foi manifestada por seus próprios criadores, conforme mencionado. Contudo, o tema de fundo em questão diz respeito aos limites do conhecimento e da atuação estatal, e esse aspecto não representa exatamente uma novidade na economia. Hayek (1945) destacava que, em uma ordem social

complexa, o conhecimento necessário para a tomada de decisões racionais está disperso entre os indivíduos e não pode ser plenamente centralizado. Essa limitação estrutural do conhecimento não pode ser totalmente superada, por maior que seja o esforço analítico ou a coleta de dados. A informação relevante para a tomada de decisão está sempre fragmentada, sujeita a constantes alterações e, muitas vezes, sequer formalizada.

O problema se agrava em mercados inovadores, nos quais a estrutura competitiva não se define apenas por preços e quantidades, mas por dinâmicas de inovação, propriedade intelectual, efeitos de rede e plataformas multifacetadas, de forma complexa e veloz – elementos que escapam ao modelo tradicional de análise antitruste baseado em competição estática (Manne e Wright, 2010).

A inovação, por sua própria natureza, é incerta, imprevisível e assimétrica. Nesse ambiente, nem mesmo os próprios agentes de mercado conseguem antecipar com segurança quais projetos prosperarão. A maior parte das *startups* e dos projetos de pesquisa e desenvolvimento (P&D) fracassam antes de alcançarem sucesso comercial ou uma saída exitosa do mercado – via fusão, por exemplo. (Barnett, 2024). Isso impõe uma barreira epistemológica adicional à atuação das autoridades concorrenciais: a avaliação *ex ante* dos efeitos de uma aquisição, seja quanto ao sucesso do projeto incorporado ou ao seu impacto competitivo, é inevitavelmente limitada. Do mesmo modo, uma avaliação *ex post* também enfrenta dificuldades, pois o insucesso de um projeto pode decorrer, por exemplo, de falhas naturais da iniciativa – e não de supressão estratégica pelo adquirente (Barnett, 2024).

O *Global Antitrust Institute* (2022) corrobora esse diagnóstico ao destacar que a análise de concorrência potencial<sup>8</sup> e

---

8 Trata-se da possibilidade de entrada futura de uma firma no mercado relevante, cuja ameaça pode disciplinar ou alterar a estrutura concorrencial (GAI, 2022).

nascente<sup>9</sup> está sujeita a sérios problemas de informação e incerteza, que tornam as previsões de dano ou benefício competitivos excessivamente difíceis. Isso ocorre porque *startups* e tecnologias emergentes não possuem sequer histórico de interações competitivas, o que limita a confiabilidade dos modelos preditivos disponíveis.

É nesse cenário de incerteza que Barnett (2024) adverte para o risco do surgimento de um “antitruste especulativo” (*antitrust-by-hypothesis*): uma abordagem regulatória que se orienta por generalizações frágeis, inferências subjetivas e evidências anedóticas, substituindo a análise econômica fundamentada em efeitos verificáveis por projeções não testáveis. Um problema metodológico adicional desse modelo, para o caso das *killer acquisitions*, é a dificuldade inerente à construção de contrafactuais: para justificar a intervenção, a autoridade precisaria demonstrar como o mercado evoluiria na ausência da operação – exercício especulativo por definição (Barnett, 2024). Por exemplo, ainda que haja a descontinuidade de um determinado produto ou tecnologia após a aquisição, isso não é evidência suficiente de conduta anticompetitiva, ainda que levante suspeitas, pois pode resultar de deficiências técnicas ou diversas outras razões mercadológicas (GAI, 2022).

Amplia-se, assim, substancialmente o risco de condenações indevidas de condutas legítimas. Erros classificados como “erros tipo 1” (“falsos positivos”) ocorrem quando práticas pró-competitivas são equivocadamente bloqueadas. Embora também existam os “erros tipo 2” (falsos negativos), isto é, a não punição de condutas de fato anticompetitivas, (Manne e Wright, 2010) argumentam que, especialmente em ambientes marcados pela inovação, os custos sociais dos erros tipo 1 tendem a ser superiores.

Erros tipo 1 não apenas são mais custosos, como também

---

9 Trata-se das empresas com produtos ou tecnologias existentes, ainda em desenvolvimento, que podem evoluir para rivalizar com os incumbentes no futuro (GAI, 2022).



mais prováveis em setores inovadores. Práticas empresariais que escapam aos padrões tradicionais de análise são frequentemente mal interpretadas como mecanismos de exclusão, mesmo quando se trata de estratégias legítimas de diferenciação ou aproveitamento de eficiências (Manne e Wright, 2010). Um eventual viés institucional contra a inovação – alimentado pela dificuldade de compreendê-la – contribui diretamente para a elevação desse risco.

Além disso, os falsos positivos são especialmente graves porque não se corrigem por mecanismos de mercado. Ao contrário dos erros tipo 2, que podem ser mitigados ou neutralizados ao longo do tempo por novas entradas, disrupções tecnológicas ou reorganizações espontâneas da estrutura de mercado, os efeitos de uma intervenção indevida tendem a ser irreversíveis. Quando uma operação lícita é barrada ou uma conduta eficiente é sancionada, recursos são deslocados, estratégias de crescimento são desincentivadas e investidores se retraem. Nesses casos, o *enforcement* antitruste transforma-se na própria causa da ineficiência que busca evitar (Manne e Wright, 2010).

Embora o problema pareça contemporâneo, Bastiat (1846) oferece, desde o século XIX, uma chave conceitual útil para compreender os custos desses erros: a distinção entre “o que se vê” – os efeitos imediatos e visíveis de uma decisão – e “o que não se vê” – suas consequências ocultas ou mediatas. Para Bastiat, o mau economista considera apenas os efeitos aparentes, ignorando os efeitos futuros ou indiretos, que são frequentemente mais relevantes.

No campo do antitruste, essa lógica ajuda a compreender o custo invisível das intervenções baseadas em previsões imprecisas. Quando uma prática nova e potencialmente pró-competitiva é barrada, *o que se vê* é a suposta proteção de concorrentes estabelecidos, a preservação da estrutura de mercado vigente, a aparência de ação contra a elevação do poder de mercado ou a prevenção de danos à inovação. Esses são os efeitos que supos-

tamente são identificados. Contudo, os custos mais profundos e duradouros da intervenção recaem sobre aquilo *que não se vê*: desencorajamento do investimento de capital de risco, desestímulo à criação de *startups*, desaceleração do processo de inovação e de projetos, aumento dos custos de transação e interrupção de transações de mecanismos eficientes entre as empresas adquirentes e adquiridas (Barnett, 2024). Trata-se de perdas invisíveis, mas que comprometem silenciosamente o dinamismo econômico e a geração de valor no longo prazo.

O bloqueio de uma aquisição nesse contexto também pode impedir que a inovação alcance o mercado justamente por falta da estrutura, capital ou escala que a *startup* poderia oferecer.

Como adverte Bastiat (1846), há uma tendência persistente de se atribuir valor apenas aos efeitos imediatos, ignorando as oportunidades sacrificadas. No contexto antitruste, esse viés conduz a uma política que protege concorrentes, e não a concorrência. A consequência é a distorção dos incentivos, a inibição de estratégias legítimas de crescimento e, por fim, o enfraquecimento do próprio dinamismo que se pretendia preservar.

Todas as questões suscitadas até então remontam a necessidade de uma postura prudente da autoridade antitruste quando estiver diante da presente discussão. Esse posicionamento foi defendido por John M. Yun, professor da George Mason University e ex-diretor da Federal Trade Commission, ao Subcomitê de Antitruste do Senado dos Estados Unidos (YUN, 2019). Com base em sua experiência regulatória e acadêmica, Yun adverte para o fato de que a avaliação de aquisições envolvendo concorrentes potenciais ou nascentes é marcada por incertezas estruturais e limitações informacionais. Além disso, ressalta que a evidência empírica sobre a prevalência de aquisições predatórias é limitada e que as aquisições frequentemente representam a principal estratégia de saída para *startups*, promovendo alocação eficiente de recursos, sinergias produtivas e be-

nefícios diretos ao consumidor.

Para ele, a imposição de restrições com base em hipóteses não comprovadas ameaça desincentivar o investimento em inovação e prejudicar o funcionamento saudável do ecossistema empreendedor. Diante disso, a prudência regulatória não deve ser confundida com omissão, mas reconhecida como uma exigência metodológica diante da incerteza (YUN, 2019).

#### IV. A PROPRIEDADE PRIVADA E OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DA INTERVENÇÃO ESTATAL

A Ordem Econômica Constitucional brasileira consagra a liberdade de iniciativa como um de seus princípios estruturantes (art. 170, CR/1988). A seu turno, o art. 1º, inc. IV, da Constituição a consagra como um dos pilares da República.

Conforme aponta Barroso (2001), o princípio da liberdade de iniciativa, dentre outros, vincula toda a atuação estatal, orientando também a interpretação das regras constitucionais e infraconstitucionais. Os particulares são os protagonistas da Ordem Econômica em vigor, inexistindo qualquer vedação ao exercício do poder econômico. Nessa linha, o art. 173, §4º, da CR/1988, apenas autoriza a repressão ao *abuso* do poder econômico, não ao eventual “tamanho” dele, grande ou pequeno, incumbente ou nascente. A lógica constitucional, portanto, é de autocontenção do controle estatal, e não de intervenção especulativa.

Esse entendimento encontra respaldo em doutrina administrativista contemporânea. Binenbjom (SUNDFELD et al., 2024), por exemplo, sustenta que o estado não atua com base em uma prerrogativa genérica de tutela sobre o setor privado, mas dentro dos limites precisos da legalidade, da motivação e da proteção de direitos fundamentais. A atuação regulatória legítima, nessa perspectiva, exige a demonstração concreta de risco, causalidade clara e adequação dos meios empregados.

Embora a livre iniciativa não constitua direito absoluto, ela funciona como um limite negativo à atuação intervencionista do estado. Sua supressão, quando não justificada por parâmetros objetivos e normativos, representa hipótese de inconstitucionalidade. A livre iniciativa, por sua vez, é decomposta em elementos igualmente protegidos pela Constituição: (i) o direito à propriedade privada – arts. 5º, inc. XXII e art. 170, inc. II, CR/1988; (ii) a liberdade de empresa – art. 170, parágrafo único, CR/1988; (iii) a livre concorrência – art. 170, inc. IV, CR/1988; e (iv) a liberdade de contratar, que decorre do princípio da legalidade (BARROSO, 2001).

No que se refere ao direito de propriedade, o art. 1.228, do Código Civil, estabelece que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar, *dispor* e reaver o bem de quem injustamente o detenha. Essas prerrogativas jurídicas garantem densidade ao direito de propriedade, especialmente no plano patrimonial, incluindo a titularidade sobre quotas e ações (empresas).

Segundo Pereira (2017), o direito de propriedade é uno e a sua condição normal é a plenitude, sendo a limitação, como toda restrição ao exercício de direitos, excepcional. Isso significa que a decisão de vender ou comprar uma empresa configura manifestação legítima do exercício da faculdade de alienar, protegido pela legislação e pela Constituição.

A imposição de limites à livre disposição da propriedade deve observar critérios de legalidade, necessidade e proporcionalidade. No contexto de controle de estruturas ou de condutas pelo direito antitruste, não se pode identificar e/ou presumir ilicitudes com base em hipóteses não verificáveis. O já explorado “*enforcement* especulativo”, ao afastar-se da análise de efeitos observáveis e fundamentar a intervenção da autoridade em suposições sobre a motivação do adquirente ou sobre trajetórias tecnológicas incertas, subverte a lógica constitucional. Em mercados inovadores e marcados por profunda incerteza – como o digital –, essa forma de atuação representa uma exceção trans-

formada em regra: pune-se o exercício regular da autonomia privada em nome da contenção de um risco que sequer se sabe se existirá.

Esse tipo de abordagem regulatória não encontra respaldo no ordenamento constitucional brasileiro, que exige a configuração de abuso do poder econômico para legitimar a repressão do exercício do poder econômico (art. 173, §4º, CR/1988). A metodologia que presume anticompetitividade a partir de meras conjecturas — descolada de provas empíricas e de análise factual — ou baseada no “tamanho” de uma empresa, é incompatível com os postulados da legalidade, da livre iniciativa e da proporcionalidade, pilares da atuação administrativa legítima. Quando aplicada à avaliação de aquisições empresariais em mercados inovadores, ela restringe injustificadamente o direito de propriedade e, por consequência, o núcleo essencial da liberdade econômica.

## V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de que determinados atos de concentração seriam motivados por estratégias de eliminação da concorrência – batizadas como *killer acquisitions* – ganhou destaque recentemente, a partir de um estudo específico de um setor, com características muito particulares.

Entretanto, a ideia logo reascendeu a esperança de um retorno a um direito concorrencial baseado em proteção do “menor” competidor da ação do “maior”, concepção que já integrou as bases de uma fase já superada da história da política antitruste.

Por sua vez, a existência, contemporaneamente, de empresas consideradas líderes no mercado digital, providencialmente denominadas “*big*” *techs*, fez atrair para si o novo conceito, numa sugestão de intervenção estatal preventiva de modalidade de ato de concentração que vise a “matar” novos e potenciais rivais.

Há, entretanto, dificuldades intransponíveis na abordagem sugerida, que se revelam desde os critérios de notificação legais, passa pela dificuldade do exercício prognóstico inevitável e encerra-se, no Brasil, na ausência de autorização constitucional para uma tal investida.

Evitar *killer acquisitions*, nesse cenário, exigiria da autoridade uma atuação preventiva especulativa com riscos de erros socialmente indesejáveis. O direito antitruste não deve ser orientado por suposições ou compromissos políticos com determinadas estruturas de mercado, mas por incentivos, efeitos concretos e racionalidade institucional. Em ambientes marcados por inovação, a cautela não é omissão — é racionalidade.



## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 226, p. 187–212, out./dez. 2001. Disponível em: <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47240/44652>> Acesso em: 19 mai 2025.
- BARNETT, Jonathan M. “*Killer acquisition*” reexamined: *economic hyperbole in the age of populist antitrust*. The University of Chicago Business Law Review, Chicago, v. 3, n. 1, art. 2, 2024. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/ucblr/vol3/iss1/2>. Acesso em: 19 mai 2025.
- BASTIAT, Frédéric. *O que se vê e o que não se vê*. Trad. Ronaldo da Silva Legey. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, [s.d.].
- BINENBOJM, Gustavo. *Cabe ao Estado controlar o setor pri-*

- vado? In: SUNDFELD, Carlos Ari et al. (org.). Curso de Direito Administrativo em ação: casos e leituras para debates. São Paulo: Editora JusPodivm; Malheiros Editores, 2024.
- CUNNINGHAM, Colleen; EDERER, Florian; MA, Song. *Killer acquisition*. Journal of Political Economy, 2021.
- HAYEK, Friedrich. *The use of knowledge in society*. American Economic Review, v. 35, n. 4, p. 519–530, 1945.
- MANNE, Geoffrey A.; WRIGHT, Joshua D. *Innovation and the Limits of Antitrust*. George Mason Law & Economics Research Paper No. 09-54, Lewis & Clark Law School Legal Studies Research Paper No. 2009-26. Disponível em <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1490849](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1490849)> Acesso em: 19 mai 2025.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Qual o papel do Estado brasileiro na economia? Público e privado nas interações entre Estado e mercado*. In: SUNDFELD, Carlos Ari et al. (org.). Curso de Direito Administrativo em ação: casos e leituras para debates. São Paulo: Editora JusPodivm; Malheiros Editores, 2024.
- MOTTA, Massimo; PEITZ, Martin. *Big tech mergers*. TILEC Discussion Paper No. 2020-012.
- OECD. *Start-ups, killer acquisition and merger control*. Paris: OECD, 2020.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Vol. IV. Atual*. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. – 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- WHISH, Richard. *Killer acquisition and competition law: is there a gap and how should it be filled?* Competition Law Insight, 2022.
- YUN, John M. *Testimony on 'Competition in Digital Technology Markets: Examining Acquisitions of Nascent or Poten-*

*tial Competitors by Digital Platform' before the Senate Judiciary Committee, Antitrust Subcommittee.* George Mason University, Antonin Scalia Law School. Law & Economics Research Paper Series, n. 19-30, 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3459660>>. Acesso em: 19 mai 2025.



# TEORIA DO DRONE, TECNOLOGIA E FAKE NEWS: A CONTENÇÃO DO *PREDATOR* VIA DIREITO PENAL?

Diego Prezzi Santos<sup>1</sup>

João Vitor Jahjah<sup>2</sup>

Felipe Ryuji Coimbra Miyamoto<sup>3</sup>

Bruna Azevedo de Castro<sup>4</sup>

Resumo: O estudo avalia o fenômeno das *fake news*, amplificadas com as novas tecnologias digitais, à luz da teoria do drone de Grègorye Chamayou e da liberdade de expressão, indicando a forma como o Direito busca lidar com os disparos massivos de desinformação. Aponta-se o Estado Constitucional, que tem a

---

<sup>1</sup> Pós Doutor em Direito (Universidade Estadual de Londrina). Doutor em Direito (Faculdade Autônoma de Direito). Mestre em Direito (Centro universitário de Maringá). Graduação e pós graduação (Universidade Estadual de Londrina). Professor de graduação em Direito na Universidade Estadual do Paraná. Unespar. Apucarana. Professor na pós graduação lato sensu (Universidade Estadual de Londrina, IDCC, Puc). Professor de pós graduação strictu sensu Mestrado em Direito (Universidade Estadual de Londrina)

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Advogado.

<sup>3</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos (UNIFIO), especialista em Direito Penal e Processo Penal. Mestrando em Direito pelas Faculdades Londrina. Advogado.

<sup>4</sup> Possui doutorado em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Mestrado em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá - área de concentração: tutela de interesses supraindividuais. Professora no Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Atualmente, realiza estágio de pós-doutoramento na Universidade La Salle (Canoas -RS) com Bolsa da CAPES. Atua como advogada criminalista na Comarca de Campo Mourão, Londrina e região. bruna.azevedo@uenp.edu.br.

liberdade de manifestação de pensamento e a liberdade de imprensa como elementos constitutivos do próprio modelo, indicando não se tratar de direitos absolutos. Para isso, justifica-se a análise do conceito de *fake news* e de como seu uso é problemático na sociedade contemporânea, confundindo dados, propagando caos e uma visão de mundo controversa. Aponta-se alguns dos elementos da teoria do drone e sua correlação com o disparo massivo de *fake news*, indicando a proximidade entre elas e, assim, os problemas relacionados. Por fim, analisa-se a nova expansão do Direito Penal para lidar com a fabricação de inverdades para os mais diversos fins. Nesse sentido, utilizou-se na abordagem o método hipotético dedutivo, sistêmico e comparativo, categorizando a pesquisa como exploratória e empregando-se, como procedimentos, o bibliográfico, a análise comparativa e de legislação. Constatou-se que as *fake news* são uma agressão à distância, na qual o agressor não se apresenta face a face com a vítima, tal como ocorre nas guerras com os drones, *in casu*, com as *fake news* e os perfis falsos. Contudo, a ingerência do Direito Penal para coibir as *fake news* por meio de novas criminalizações não é a solução compatível com uma racionalidade penal pautada pela intervenção mínima, sendo preferível melhorar outros instrumentos de regulação do ambiente digital e, eventualmente, quando cabível, utilizar as disposições penais já existentes.

Palavras-Chave: Teoria do drone; fake news; liberdade de expressão; tecnologia; direito penal.

#### DRONE THEORY, TECHNOLOGY AND FAKE NEWS: PREDATOR CONTAINMENT VIA CRIMINAL LAW?

Abstract: The study evaluates the phenomenon of fake news, amplified with new digital technologies, in the light of Grègorye Chamayou's drone theory and freedom of expression, indicating

how the Law seeks to deal with massive disinformation releases. The Constitutional State is pointed out, which has freedom of expression of thought and freedom of the press as constitutive elements of the model itself, indicating that they are not absolute rights. For this, it is justified to analyze the concept of fake news and how its use is problematic in contemporary society, confusing data, propagating chaos and a controversial worldview. Some of the elements of the drone theory and their correlation with the massive release of fake news are pointed out, indicating the proximity between them and, thus, the related problems. Finally, the new expansion of Criminal Law to deal with the fabrication of untruths for the most diverse purposes is exposed. In this sense, the hypothetical deductive, systemic and comparative method was used in the approach, categorizing the research as exploratory and using, as procedures, the bibliographic, the comparative analysis and legislation. It was found that fake news is an aggression from a distance, with the victim not being visible face to face, exposing the victim, but not his aggressor, as occurs in wars with drones, in casu, with fake news or fake profiles. It is up to the Criminal Law to expand again, in order to curb such creations, financing and disseminations.

Keywords: Drone theory; fake news; freedom of speech; technology; criminal law.

## INTRODUÇÃO

G r  goire Chamayou (1976)   doutor pela Universidade de Paris 7, professor no Centro Nacional de Pesquisa Científica da França e publicou obras de destaque, dentre elas, *Les corps vills* (2008), *Les Chasses   l'homme* (2010), *Théorie du drone* (2013), *La Société ingouvernable* e *Une g  n  alogie du lib  ralisme autoritaire* (2018), estas duas últimas traduzidas para o português, a primeira em 2015 e a segunda em

2018.

Com Teoria do Drone (2015), o autor se posicionou de modo inovador e ampliou sua interlocução com vários autores, inclusive no Brasil. Crítico, o pensamento esposado serve de instrumento relevante para compreender o funcionamento do “zangão”<sup>5</sup> como arma de guerra à distância. A complexa descrição e a profunda análise feita em Teoria do Drone conceituam este instrumento, descreve seus usos e formas, além de confrontar aporias das mais diversas.

Na sociedade atual, complexa e com degenerações das mais diversas, o repensar feito pelo autor partindo de um objeto de uso bélico é amplo e importante, especialmente quando se tem em voga o debate da bio e da necropolítica como forma de controle de corpos e de quais vivem ou morrem.

Os princípios teóricos de caça ao homem, com o ataque à distância e a vigilância acirrada e seus princípios são ferramentas que permitem a compreensão de um fenômeno que se dissemina com ferocidade na sociedade contemporânea: as notícias falsas, i. e., as *fake news*.

Segundo Frias Filhos (2018, p. 41-42), não se trata de fenômeno novo, como exemplifica o autor, tendo, de fato inovador, o meio pelo qual tais “notícias” se locomovem. Ressalva, porém, que a imprensa outrora também teve papel parecido com a internet e seu modelo em tempo real.

Eco (2021, p. 232) afirma que se vive a era do Grandíssimo Irmão, o termo é usado para descrever uma era na qual a vigilância e o controle sobre a vida das pessoas são tão invasivos que se assemelham à figura onipresente do “grande irmão” da obra 1984 de George Orwell. Inclusive, supera-se a ideia de

---

<sup>5</sup> Remetendo à etimologia da palavra “drone”, Grégóire Chamayou (2015, p. 24) explica que o termo significa, originariamente, “zangão”. Essa metáfora na criação do conceito derivaria, ainda segundo o autor, não apenas do fato de ambos serem de tamanho reduzido, mas, principalmente, porque o “drone”, do ponto de vista militar, assim como o “zangão” na colmeia, é descartável para sua comunidade: ambos surgem para serem destruídos em prol de um objetivo maior.

Orwell de controle e de vigilância a algo absolutamente retumbante, onde não há privacidade e toda ação é monitorada.

No contexto atual, sugere-se uma reflexão sobre como a tecnologia moderna e a mídia podem estar levando a sociedade a um estado de vigilância intensificada e controle, em que a privacidade individual é cada vez mais comprometida. Diante disso, a vivência nos meandros da sociedade em rede (Castells, 2018, p. 26) permite o uso de *fake news* com recorrência e certa proteção, o que causa efeitos múltiplos no mundo real e no virtual, com efeitos jurídicos severos.

E analisar os instrumentos da Teoria do Drone que contribuem para o cenário de pós-verdade é necessário e se faz com objetivo de esclarecer o mecanismo “à distância” que propicia o ataque do “*predator*” esclarecendo os marcos da teoria. Após, define-se o conceito de *fake news* e os problemas que orbitam sobre o tema. E, ao final, faz-se o enlace indicando o posicionamento jurídico, sobre este que é “um dos grandes desafios ao direito constitucional e à democracia” (Silva, 2021, p. 633).

O problema do estudo se pauta sobre conexão entre as bases teóricas da teoria de Grégóire Chamayou e o uso de *fake news* para se agredir um alvo, identificando-se, *prima facie*, o elo entre as duas formas de agir, bem como o movimento de expansão do Direito Penal, usado para conter tal uso e punir por desvios e ofensas a bens jurídicos penais.

Nesse sentido, apontadas as problemáticas e as consequências, utiliza-se na abordagem o método hipotético dedutivo, sistêmico e comparativo, categorizando a pesquisa como exploratória e empregando-se, como procedimentos, o bibliográfico e o documental. A pesquisa é descritiva, explicativa, crítica, bibliográfica e documental, amparando-se, para tanto, em legislação constitucional e infraconstitucional codificada e extravagante, artigos e pesquisas científicas.

Divide-se a pesquisa em três tópicos, em que serão analisados, primeiramente, a liberdade de expressão como um di-

reito fundamental, as *fake news* e o mundo digital e, por fim, a teoria do drone e os meios digitais de disparo de *fake news*. Além disso, justifica-se a temática sob a análise de como o ‘uso’ de *fake news* é problemático na sociedade contemporânea, confundindo dados, propagando caos e uma visão de mundo controversa. A partir dos elementos da teoria do drone e sua correlação com o disparo massivo de *fake news*, indicando a proximidade entre elas e, assim, os problemas relacionados.

## 1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

O Estado Constitucional garante liberdade de expressão e liberdade de imprensa. Em síntese, tem-se o direito de externar sua opinião e de publicar, por qualquer meio, fatos e a eles tecer críticas. E tal norma consta no artigo 5º, da Constituição Federal (Brasil, 1988), incisos IV “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” e IX “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Dessa forma, o Estado deve garantir um âmbito de autonomia e liberdade para o desenvolvimento dos indivíduos. Vez que, sua garantia é essencial para a dignidade do indivíduo e, ao mesmo tempo, para a estrutura do estado democrático de direito que vivemos. Segundo, Fernanda Carolina Tôrres (2013, p. 61) “é fácil intuir a necessidade de ser assegurada a liberdade de expressão: não há vida digna sem que o sujeito possa expressar seus desejos e convicções”, logo, viver dignamente pressupõe a liberdade de se expressar.

Inclusive, o texto constitucional foi reafirmado na ADIN 4815, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, vez que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu precedente da impossibilidade de censura ao direito à liberdade de imprensa e à informação. Em que pese seja um grande desafio ao Poder Judiciário a concilia-

ção entre a liberdade de expressão e a luta contra as *fake news* (Júnior e Alfaya, 2023).

A liberdade de expressão e informação é considerada um direito fundamental em diversos países signatários dos Direitos Humanos (Oliveira; Barreto Júnior, 2022). A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), também conhecida como Pacto San José da Costa Rica, um dos instrumentos internacionais mais importantes para o Brasil, também assegura a liberdade de pensamento e de expressão em seu art. 13 (CIDH, 2009).

A Constituição Federal da Alemanha tem previsão semelhante no artigo 5, §1, constante que “Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal” no §2. Em Portugal a liberdade de expressão consta no artigo 37 e a de imprensa, no seguinte. Aponta-se, no artigo 37, que:

3. As infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respetivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.

De fato, a liberdade de expressão e de manifestação são bases do Estado democrático e social de Direito. Vale ressaltar que o conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação é ampla, conexa e intrínseca a outros direitos como a liberdade de imprensa, reunião e até mesmo a religiosa.

Os textos de outras Constituições tratam dos limites da liberdade de expressão, o que no Brasil é feito por normas infraconstitucionais, de modo que caso “ao manifestar seu pensamento, a pessoa ferir o direito de outrem, ficará obrigada a indenizar os danos materiais, morais ou à imagem (art. 5º, inciso V)”, conforme Zulmar Fachin (2019, p. 247).

Não obstante, a disciplina da indenização a que alude o mandamento constitucional e o que lhe dará ensejo se encontram em normas infraconstitucionais, como, por exemplo, a configu-

ração do ato ilícito pelos artigos 186 e 187 do Código Civil (Brasil, 2002) e em tantos outros dispositivos do Código Penal e em leis penais esparsas, e a obrigação de indenização à vítima do ato ilícito insculpida no artigo 927 do Código Civil (Brasil, 2002).

Nesse sentido, a previsão não significa que a liberdade é absoluta, sobrepondo aos demais direitos fundamentais, pois é possível a regulamentação à lei ordinária, responsabilizando posteriormente o responsável por notícias injuriosas, difamantes, mentirosas, sendo cabível, inclusive, responsabilidade por danos materiais e morais, em casos de abuso no exercício desse direito.

E essa limitação decorre do fato de que a liberdade de expressão não é direito absoluto (Nery JR., Abboud, 2017, p. 277), ou seja, não pode ser colocado acima de outros direitos fundamentais, sendo imperioso ocorrer a ponderação de princípios. E a liberdade de manifestação do pensamento não se confunde com “abusos cometidos pelo seu exercício indevido e exagerado; nesse particular, ela se submete ao exame e à apreciação pelo Judiciário, podendo ensejar a responsabilidade civil e penal de seus autores” (Bulos, 2014, p. 567).

Frisa-se que, inclusive, os Projetos de Lei n.º 6.764/02 (Brasil, 2002) e 2.108/21 (Brasil, 2021), cuja aprovação pelo Congresso Nacional e posterior sanção presidencial geraram a Lei n.º 14.197/21 (Brasil, 2021), que revogou a antiga Lei de Segurança Nacional (Lei n.º 7.170/83) (Brasil, 1983), que previa a criminalização da promoção ou financiamento da disseminação de notícias falsas. O artigo, todavia, foi vetado pelo presidente da República.

Repisa-se que, a liberdade de expressão pode ser plenamente exercida, e livre de qualquer espécie de censura, no entanto, dá margem, posteriormente, ao recurso de quem é atingido por eventual abuso, ao direito de resposta ou à indenização dos danos materiais e morais decorrentes. Portanto, esse direito car-



rega um binômio: liberdade e responsabilidade (Bentivegna, 2019).

Portanto, do abuso da liberdade de manifestação de pensamentos podem decorrer consequências jurídicas em diversas esferas do direito, como civil, criminal e administrativo, podendo as sanções serem cumuladas entre si.

## 2. AS FAKE NEWS E O MUNDO DIGITAL

É cediço que, hodiernamente, a internet propiciou a quebra de barreiras e a diminuição de fronteiras, possibilitando a troca de informações de um modo muito mais rápido e eficiente. De acordo com o relatório Digital 2023: Brazil, realizado pela We Are Social e Meltwater, a proporção de brasileiros conectados cresceu de 70% em 2019 para 84,3% em 2023, alcançando a marca de 181,3 milhões de internautas (DataReportal, 2023).

Além da quantidade de pessoas conectadas, o relatório destaca que os brasileiros também passam tempo considerável on-line, perfazendo quase 9 horas e 32 minutos por dia, em média, sendo 5 horas e 28 minutos de acesso à internet pelo smartphone. E a principal razão para o indivíduo se manter conectado é a busca por informações (DataReportal, 2023).

Logo, é evidente que o exercício da liberdade de expressão se tornou muito mais democratizado e facilitado, considerando que anos atrás as informações eram concentradas em veículos de informações setORIZADOS, como televisão, rádio, jornal e revista, e atualmente, está nas mãos de quem acessa blogs, web sites, redes sociais ou até mesmo salas de discussão.

Dessa forma, a liberdade de expressão na internet salientou ainda mais o direito de informar e de ser informado sobre os fatos não abrangidos por uma causa legítima de sigilo. Não obstante, permitiu a distribuição igualitária de juízos de valor, favoráveis ou desfavoráveis, notícias invasivas da esfera de privacidade de alguém, bem como o uso indevido da imagem alheia

(Bentivegna, 2019).

Como afirma Shoshana Zuboff (2020, p. 570), “[a]s *fake news* e outras formas de corrupção da informação têm sido características perenes dos ambientes on-line do Google e do Facebook”. Apesar dos problemas acerca dos contornos semânticos do termo, como aponta Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 633), Otávio Frias Filho conceitua o fenômeno do seguinte modo:

O termo *fake news* deveria ser compreendido como toda informação que, sendo de modo comprovável falsa, seja capaz de prejudicar terceiros e tenha sido forjada e/ou posta em circulação por negligência ou má-fé, neste caso, com vistas ao lucro fácil ou à manipulação política (2018, p. 43).

E há outro sentido de *fake news* detectado, este mais amplo e que é uma amostra de como a desinformação é insidiosa:

Nesse sentido mais permissivo, *fake news* passam a ser tudo aquilo que me desagrada, não apenas fatos que contemplo de maneira diferente da exposta, mas interpretações das quais discordo com veemência e opiniões que me parecem abomináveis. O que é *fake news* para um fanático é verdade cristalina para o fanático da seita oposta (Frias Filhos, 2018, p. 42).

Alerta o autor para o problema com o qual se lida ao se tratar de tais “notícias”. Estas também não se confundem com o erro sobre o assunto ou ponto de vista distinto. As *fakes news* são notícias com aparência de verdade, produzidas de várias formas, e com fim de enganar. São relatos inverídicos com ampla divulgação, mantendo a aparência de notícias jornalísticas, prejudicando a verdade e confundindo as pessoas com um grande volume de informações (Júnior e Alfaya, 2023).

Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, uma característica intrínseca à disseminação de *fake news* é o discurso de ódio, um fator relevante que impede as pessoas de enxergarem a mentira como uma mentira, o que, segundo o autor, “remete a Freud e, de regra, à paranoia”; mas, “o que se vem passando com as Fake News é tão alarmante e tem alcançado tanta gente que coloca em dúvida um diagnóstico geral referente a ela, a para-

noia” (Coutinho, 2023, p. 8).

Em que pese o compartilhamento de notícias falsas não seja de agora, com a era digital é de grande relevância a educação midiática para desenvolver a habilidade de discernimento das informações. Além disso, com a padronização do *feed* de notícias da rede social “Facebook”, as informações aparentam ser iguais, sejam mentiras absurdas ou publicação de artigos científicos (Zuboff, 2020, p. 569), o que dificulta a detecção por pessoas sem olhar técnico, com menos informações ou que simplesmente se abstêm de conferir dados.

Outra questão posta sobre a mesa é o controle, sua existência, medida e compatibilidade com o ordenamento jurídico. E consiste em problema inato ao modelo principal de divulgação de tais (des)informações, pois são as empresas imputadas como principais responsáveis pela situação, devendo resolvê-la. Mas não se pode censurar ou limitar a liberdade de expressão em razão das previsões constitucionais do artigo 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Contudo, “[n]enhuma dessas organizações tem compromisso ou interesse de sustentar a liberdade de expressão, nem sequer a expertise necessária para discernir entre jornalismo de qualidade melhor ou pior” (Frias Filhos, 2018, p. 43).

Com o defeito de controle, a responsabilidade é transferida ao leitor:

Mas a maioria das pessoas ainda tem pouco acesso a esse tipo de jornalismo (mesmo que a era digital tenha multiplicado em várias vezes o público que desfruta desse acesso) e nem sempre se mostra capaz de distingui-lo de outras fontes suspeitas ou simplesmente mentirosas (Frias Filhos, 2018, p. 42).

Ou aos governos, mas, por ora, os Poderes não se mostraram preparados para tal confronto (Silva, 2021, p. 633). Este trinômio (empresas, pessoas e governos) não foi capaz de lidar com a quantidade e a diversidade de *fake news* durante importantes eventos. Em especial, por muitas vezes existir quem se beneficie das notícias falsas (Doré, Santos, 2024).

Muda-se, desse modo, a percepção das pessoas sobre a realidade com esta prática – que ganhou debates públicos com as eleições de 2016 nos Estados Unidos da América e que gerou preocupação global com o escândalo da Cambridge Analytica (Guimarães, Guimarães, 2020, p. 592-610), reforçando um cenário no qual distinguir realidade e mentira, aumentando casos em que as pessoas se deixam levar por sensações e sentimentos “propositalmente provocados pelos conteúdos, facilitando e tornando ainda mais eficiente o uso de mecanismos de psicopoder” (Cassiano, Ramiro, Fachin, 2023).

Percebeu-se que “a epidemia de notícias falsas fez com que os eleitores e a opinião pública tomassem decisões equivocadas, baseadas na emoção e em crenças pessoais, ao invés de em fatos objetivos” (Genesini, 2018, p. 47), havendo os elementos do real que contribuem e motivam decisões das pessoas, não se sabendo distinguir o quantum de influência artificial existe (Genesini, 2018, p. 47-48).

A velocidade de produção das *fake news* no mundo digital, da disseminação, do engajamento, e da nova forma de compartilhamento, cria dificuldade de controle e de mensuração de seu poder. Inclusive, há estudos que indicam que a mentira se propaga mais rapidamente (Ripoll, Mattos, 2020, p. 87-88).

Em cenário de polarização política e agressão sistemática à mídia tradicional, há quem estacione em produtores e disseminadores de notícias falsas, recebendo a (des)informação de modo constante, o que gera efeitos, em especial, pois “o “efeito rede” potencializa a intolerância, a impaciência e o ódio. Escutamos só o que queremos e o que reforça os nossos preconceitos” (Genesini, 2018, p. 54-55).

Com a ideia de manter as pessoas no mundo conectado o máximo possível, a coleta de dados, o uso dos dados para direcionar informações, postagens, pessoas e, com isso, garantir a extensão do tempo de uso é um ciclo perigoso.

Efeitos são graves e visíveis com facilidade.

O fornecimento de dados sem que se saiba, sem que se note, sem que haja conhecimento acerca de sua destinação ou de sua relevância é preocupante, conforme apontou Ulrich Beck (2018, p. 187), com uma retirada sutil da liberdade que sustenta a noção democrática.

Um segundo efeito é a retroalimentação de informações que impedem o usuário de enxergar outra posição, pensamento, ideia, outro dado, uma espécie de “contradesinformação”, bem como reforça sua visão monocular, reforçando uma bolha contrária ao diálogo, que gera efeito de cegueira.

E outra consequência é apontada por Siqueira e Ramiro (2023), consistindo na afetação da personalidade do agente.

E estes efeitos são potencializados pelos problemas da vivência digital.

Asseveram Doré e Santos:

A internet seria capaz de criar ilhas ideológicas ao conectar pessoas com opiniões semelhantes, fazendo com que esses grupos interajam somente entre si, limitando o debate. As informações podem chegar ao usuário de forma seletiva, reduzindo a diversidade de pontos de vista (2024).

E, conquanto iniciativas como agências de checagem e sites de avaliação de notícias falsas tenham se disseminado como forma de reagir à intrusão da pós-verdade no cotidiano, é com a percepção de fatos irreais, a contestação a eles e o uso de instrumentos legais que o Direito é acionado.

### 3. A TEORIA DO DRONE E OS MEIOS DIGITAIS DE DISPARO DE FAKE NEWS

A obra Teoria do Drone é dividida em 05 (cinco) capítulos (técnicas e táticas, ethos e psiquê, necroética, princípios da filosofia do direito de matar, corpos políticos), mais epílogo (da guerra à distância), contendo 23 (vinte e três) subcapítulos. A Teoria do Drone explora as implicações éticas, políticas e sociais do uso de drones na guerra moderna e na vigilância.

A genealogia do “*predator*” revela sua criação para realizar ataques à distância, retirando a pessoa que ataca do ambiente hostil, permitindo-se dessa forma, que se morra pessoas somente de um dos lados da batalha (Chamayou, 2015, p. 32).

Além disso, tem-se um ataque silencioso e feito por unidade de tamanho reduzido e alta velocidade, fazendo, a um só tempo, mais eficiente o ato de matar e privando a vítima da visibilidade do ataque, do seu sofrimento, da sua morte. Retira-se, desse modo, a personalidade do conflito, que não é mais visto:

Em sua estrutura fundamental, como um duelo. O paradigma não é o de dois lutadores que se enfrentariam, mas de um caçador que avança e uma presa que foge ou se esconde. As regras do jogo não são as mesmas (Chamayou, 2015, p. 29).

Destarte, não há vulnerabilidade do “*predator*”, do elemento hostil, mas, sim exclusivamente da vítima (Chamayou, 2015, p. 20). O uso dos drones cria uma distância física e emocional entre o operador do drone e o alvo, alterando a dinâmica moral e psicológica da guerra.

Vê-se a mudança na guerra e no direito de matar. As ações são rápidas, usam armas invisíveis, veículos aéreos não tripulados, sistemas de computadores, tudo visando a submissão e destruição estrutural, não somente bélica, como descreve Achille Mbembe (2018, p. 50-51). Torna-se, desse modo, uma guerra assimétrica, onde um lado pode conduzir operações com uma menor exposição de suas forças e maior risco para o outro lado.

O princípio da vigília permanente que Grégorye Chamayou descreve se caracteriza pela possibilidade do drone ficar no ar muito tempo, pois “o olho mecânico não tem pálpebras”. O dispositivo fica no ar e a equipe de controle pode ser trocada, havendo vigilância o tempo todo sobre o alvo (Chamayou, 2015, p. 48).

Pode-se notar que a sociedade em rede permite semelhante situação ao usuário digital e àqueles que realizam disparos massivos. Igualmente, é possível notar o tempo todo os alvos

que serão vitimados pelas *fake news* e essa atividade pode ser constante, ininterrupta.

O princípio da vista sinóptica decorre da visão de tudo, o tempo todo, com visão ampla. O campo de visão não é limitado como o da pessoa humana, mas, sim amplíssimo e multidirecional, algo possível em razão, por exemplo, de microcâmeras, bem como de softwares embarcados no dispositivo.

O panóptico de Bentham ligado a uma visão perspectivista e com pontos cegos é superado. A vigilância digital é “aperspectiva”, livre de limitações perspectivistas, não havendo pontos cegos (Han, 2020, p. 77-78).

Esta visão ampla é viável no meio digital e os softwares de disparo de mensagens podem atingir grupos diversos rapidamente. Ademais, pode-se captar imagens, vídeos ou áudios fornecidos pelos próprios usuários para manipulá-las e, com isso, disseminá-las.

Já o princípio do arquivamento total é a capacidade do mecanismo de ver tudo ao seu redor, em um verdadeiro olhar 360°, a todo momento e armazenar todas essas informações, algo relevante conforme ensina o autor (Chamayou, 2015, p. 51), pois se pode registrar e arquivar, podendo-se aproximar a imagem, rever, adiantar cenas, voltá-las e, com isso, traçar padrões de comportamento e identificar o detalhe mínimo que torna uma conduta, aos olhos do operador do drone, suspeita.

O meio digital que permite o arquivamento total do dado coletado pelo drone é o mesmo usado a cada clique, caracterizando as pessoas como “prisioneiros de uma memória total de caráter digital” (Han, 2020, p. 86). E, assim, pode-se produzir conteúdo e disseminá-lo usando informações antigas ou novas.

Há, também, o princípio da fusão entre os diversos dados coletados, na medida em que “[o]s drones não têm só olhos, têm também orelhas e muitos outros órgãos” (Chamayou, 2015, p. 34), permitindo não somente filmar e registrar imagens, e sim sons, realizar interceptações telefônicas e outras atividades com

fins de causar danos a direitos ou a vidas.

Com o arquivamento total e a fusão de dados, torna-se viável, além de reenviar massivamente conteúdos antigos, alterar imagens, sobrepondo-as perfazendo as chamadas deep fakes, alterando-se velocidade, voz e outras características da cena ou da pessoa (Medon, 2021, p. 260-261).

O princípio de esquematização de formas de vida é, por coleta e análise de dados, traçar rotas, comportamentos, hábitos, i.e., o esquema da vida de alguém, o que permite detectar fragilidades para que se torna alvo fácil. E a análise e o cruzamento de tais dados são feitos por uma espécie de inconsciente digital (Han, 2020, p. 88).

O estado de vigilância permanente apontado por Grégoire Chamyou (2015, p. 55) cria alertas, tensões, medo e um isolamento psíquico, uma prisão sem grades que pode matar e destruir. Portanto, tem-se na disseminação massiva de falsidades, à distância, sem contato com a vítima, uma agressão, um dano ao alvo. Oculta-se ao controlar o drone ou ao controlar o computador, celular, tablet pelo qual se promove a violação de direitos.

Tem-se, de fato, uma sociedade do risco que se metamorfoseou e, com isso, é preciso conhecer e buscar formas de contenção. Os riscos advêm de avanços do humano sobre a natureza, do domínio de técnicas e tecnologias, como estes casos em análise, caracterizando-se, todavia, como parte inerente da sociedade (Sánchez, 2002, p. 29).

### 3.1. O DIREITO E AS FAKE NEWS

O problema das *fake news* se inseriu no contexto político de modo incontroverso. Não sem causar espanto, posto que a disseminação é de (des)informação muitas vezes absolutamente irreal, agressiva, violenta, etc. E as verdadeiras campanhas de *fake news* com fins políticos revelaram a importância de atenção



a esta realidade (Zuboff, 2020, p. 569-570).

Giuliano da Empoli (2020, p. 23-24), analisando o tema e os políticos, aponta que o uso de *fake news* permite um *plus* ao sujeito que dela se beneficia. As mentiras disseminadas criam um conjunto de informações vasto e constante que será recebido, elas “criam” um mundo particular. A verdade não importa mais e sim as informações falsas, ainda que absurdas, sobre ela.

Genesini (2020, p. 49) lembra que em 1967 Arendt acusou os políticos de transformarem fatos em opiniões para poder contrariá-los com “suas” “notícias”. O que mudou foi o modelo de disseminação, agora com as máquinas de comunicação superpotentes (Empoli, 2020, p. 25).

E, com esta realidade e contexto, as liberdades são importantes. Não se pode taxar verdades, exercícios legítimos de direitos e fatos como “notícias fabricadas” para cercear a liberdade de expressão em prol de motivo algum (Silva, 2021, p. 633).

A manipulação do real é um risco.

Contra este risco de manutenção desta realidade de disparos massivos e direcionados de notícias falsas para os mais diversos fins (política, compras, pandemia, etc) a educação, a capacidade interpretativa, o jornalismo, a conscientização são armas importantes para lidar com quem ataca a verdade.

Além delas, tem-se o sistema jurídico.

### 3.2. PROJETOS DE LEIS PENAIS

A criação de tipos penais é uma possibilidade visualizada para se buscar conter os ataques que ocorrem por meio da disseminação de notícias falsas. E, sem novidade, é o caminho recorrente, inclusive com foco em promover um direito penal de gestão do risco detectável (Sánchez, 2002, p. 114)

O PL n.º 2.630 de 2020 (Brasil, 2020), cujo texto fora aprovado pelo Senado Federal e aguarda apreciação pela Câ-

mara dos Deputados, é uma exceção ao definir conceitos importantes, como provedor, desinformação, conta, conta inautêntica, disseminadores artificiais, rede de disseminadores artificiais, define regras para provedores, para contas privadas e, ainda, não recorre a meios penais para a consecução dos fins ali mencionados.

Nada obstante, é importante salientar que, diante das normas que atualmente compõem o ordenamento jurídico brasileiro, diversos tipos penais podem incidir a depender do conteúdo da “notícia” publicada ou disseminada.

Deveras, no Código Penal (Brasil, 1940) o conteúdo do que é veiculado pode tipificar os crimes de calúnia (artigo 138), injúria (artigo 140), difamação (artigo 139), denúncia caluniosa (artigo 339), comunicação falsa de crime ou contravenção (artigo 340). Constam também vedações penais na Lei n.º 7.716 de 89 (Brasil, 1989), prevendo punições para quem praticar atos racistas.

Na Lei Eleitoral (Brasil, 1997) há os crimes contra a honra em âmbito eleitoral dos artigos 324 a 326, o artigo 326-A que é a denúncia caluniosa em âmbito eleitoral e o artigo 323, cujo preceito primário e secundário é o seguinte:

Divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, fatos que sabe inverídicos em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado.

Pena - detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa.

Parágrafo único. Revogado. (Redação dada pela Lei nº 14.192, de 2021)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem produz, oferece ou vende vídeo com conteúdo inverídico acerca de partidos ou candidatos. (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

§ 2º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) até metade se o crime: (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

I - é cometido por meio da imprensa, rádio ou televisão, ou por meio da internet ou de rede social, ou é transmitido em tempo real; (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021)

II - envolve menosprezo ou discriminação à condição de mulher ou à sua cor, raça ou etnia. (Incluído pela Lei nº 14.192, de 2021).

Este tipo penal entrou em vigor em agosto de 2021, sendo, portanto, relativamente recente e incluso no movimento de expansão do direito penal para tentar conter a disseminação de desinformação.

Entrementes, os PL n.º 6.764/02 (Brasil, 2002) e 2.108/21 (Brasil, 2021), que deram origem à Lei de Crimes contra o Estado democrático de Direito (Lei n.º 14.197/21) (Brasil, 2021), apontavam mudanças com o objetivo de conter as notícias falsas. O projeto, inicialmente, previa a introdução do artigo 359-O no Código Penal (Brasil, 1940), com a seguinte redação:

Art. 359-O. Promover ou financiar, pessoalmente ou por interposta pessoa, mediante uso de expediente não fornecido diretamente pelo provedor de aplicação de mensagem privado, campanha ou iniciativa para disseminar fatos que sabe inverídicos capazes de comprometer o processo eleitoral:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Nada obstante, como destacado no início deste trabalho, a introdução do dispositivo, apesar de aprovada pelo Congresso Nacional, foi vetada pela Presidência da República. Dessarte, a norma não integra o ordenamento jurídico brasileiro.

Por sua vez, os PL n.º 6.812 de 2017 (Brasil, 2017) e 9.554 de 2018 (Brasil, 2018), com tramitação conjunta, tratam da criminalização da divulgação das *fake news*. O primeiro PL tem artigo mais genérico:

Art. 1º Constitui crime divulgar ou compartilhar, por qualquer meio, na rede mundial de computadores, informação falsa ou prejudicialmente incompleta em detrimento de pessoa física ou jurídica.

Penal- detenção de 2 a 8 meses e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Art. 2º Os valores decorrentes da imposição da multa a que se refere o artigo primeiro serão creditados à conta do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – CFDD.

Já o PL n.º 9.554 de 2018 (Brasil, 2018) contém texto

com mais especificidades:

Art. 287-A – Divulgar informação ou notícia que sabe ser falsa e que possa modificar ou desvirtuar a verdade com relação à saúde, segurança pública, economia ou processo eleitoral ou que afetem interesse público relevante.

Pena – detenção, de um a três anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Se o agente pratica a conduta prevista no caput valendo-se da internet, redes sociais ou outro meio que facilite a disseminação da informação ou notícia falsa:

Pena – reclusão, de dois a quatro anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 2º A pena aumenta-se de um a dois terços se o agente divulga a informação ou notícia falsa visando obtenção de vantagem para si ou para outrem.

Os dois projetos de lei acima colacionados revelam mais uma tentativa de utilizar o Direito Penal como *prima ratio legis* para lidar com as *fakes news* e suas consequências nefastas. Contudo, sabe-se que o Direito Penal não é capaz de impedir a prática de quaisquer condutas ilícitas e certamente não impedirá esses ataques sorrateiros e prejudiciais feitos por meio de *fake news*.

Além disso, tratam-se de tipos penais de duvidosa constitucionalidade, pois contemplam expressões excessivamente genéricas, distantes do primado da estrita legalidade, como informação “prejudicialmente incompleta” ou “que possa modificar ou desvirtuar a verdade”.

No Brasil, percebe-se uma tentativa de regulamentação sobre o uso das redes sociais, por meio das quais ocorrem grande parte – senão a totalidade – das disseminações de notícias falsas, como é o caso do PL n.º 2.630 de 2020 (Brasil, 2020), mencionado anteriormente.

Ademais, há limites impostos à liberdade de expressão no ambiente virtual, mesmo que regulamentada pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), no art. 2º, inciso III, a legislação atribui a responsabilidade civil pelos danos a outrem aos contro-

ladores, conforme dispõe em seu art. 42, caso não retirem o conteúdo ofensivo de suas plataformas, após decisão judicial, conhecido como “notice and take down” (Brasil, 2018).

Da mesma forma, o Marco Civil da Internet (12.965/2014) garante a proteção da privacidade e dos dados pessoais, assegurando em seu art. 7º, os direitos e deveres dos usuários, como a inviolabilidade e o sigilo do fluxo de comunicações, principalmente as privadas, salvaguardando a retirada do conteúdo ofensivo do ar (Brasil, 2014).

A mera existência de mecanismos legais extrapenais, criados para regulamentar o ambiente virtual, não significa que todos os demais ramos do Direito falharam e, portanto, o Direito Penal deve ser chamado a intervir (e se expandir por meio de novas criminalizações). Por meio de tipos penais já existentes, que criminalizam condutas atentatórias à imagem e honra de pessoas físicas ou jurídicas, ou à lisura do processo eleitoral, é perfeitamente possível dar a resposta penal possível e necessária aos atentados considerados mais graves.

Novas propostas de regulamentação devem ser direcionadas a implementar e melhorar os mecanismos de identificação dos responsáveis por disseminação de *fake news* e ataques cibernéticos, sobretudo nas redes sociais. Por exemplo, a regulamentação das plataformas digitais, com o objetivo de aumentar a transparência sobre algoritmos e remoção de conteúdos ilícitos, deveria encabeçar as propostas legislativas muito antes de se pensar em criar novos tipos penais.

Raphael Boldt cita a legislação alemã, que possibilita a responsabilização de plataformas digitais por conteúdos ilegais publicados por usuários. Segundo o autor, a *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (NetzDG), prevê, entre outras coisas, que as plataformas devem remover conteúdos ilícitos em até 24 horas após a denúncia; não cria novos tipos penais, mas se baseia no Código Penal Alemão, que já pune discursos de ódio e difamação. Apesar de ser considerada uma referência, a legislação é criticada

porque, de certa forma, privatiza a censura, pois são as empresas privadas (e não o Judiciário) que decidem quais conteúdos serão ou não removidos (Boldt, 2024)<sup>6</sup>.

Portanto, em vez de cogitar a criação de novos tipos penais, o legislador brasileiro deveria empreender esforços no sentido de implementar um modelo híbrido, com a regulação de plataformas digitais para aumentar a transparência sobre algoritmos e remoção de conteúdos ilícitos, mecanismos de autorregulação, como checagem de fatos e restrições legais mais claras para casos específicos, como desinformação em períodos eleitorais (Boldt, 2024), utilizando-se dos tipos penais que já existem no ordenamento jurídico, mas melhorando os mecanismos de investigação e identificação de autoria.

Dessa forma, poderá ser possível fazer com que a disseminação de notícias falsas perca seu caráter furtivo e impessoal, que a torna instrumento de ataque semelhante ao propiciado pelos “drones” norte-americanos, se possa, a partir de instrumentos sancionatórios já existentes, deter o meio de ataque digital que destrói vidas e desestabiliza sociedades no mundo real.

### 3.3 O USO DE MECANISMO NÃO PENAL E O CASO ‘BEBÊ RENA DE CURITIBA’

Não se pode esperar que o direito penal consiga resolver toda a cadeia vasta de problemas gerados pelas *fake news*.

É viável, contudo, que a revelação da autoria, indepen-

---

<sup>6</sup> “A NetzDG se baseia em um modelo de autorregulação regulada para lidar com as plataformas digitais, obrigando os provedores a retirarem ou bloquearem comunicações ilícitas que são levadas a seu conhecimento. Quanto a esses conteúdos ilícitos, a lei não criou tipos penais, mas prevê uma lista de infrações penais já existentes no ordenamento jurídico que se referem a conteúdos de comunicação e que, de alguma forma, violam direitos de personalidade de terceiros ou perturbam a paz pública. Nesses termos, assinala o § (3): “conteúdos ilegais são os conteúdos no sentido do parágrafo 1 que se enquadram nos tipos penais dos §§ 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 a 129b, 130, 131, 140, 166, 184b, 185 a 187, 189, 201a, 241 ou 269 do Código Penal” (Boldt, 2024, p. 172).

dentemente da espécie de sanção a ser imposta ao responsável, possa contribuir para a confrontação com tal prática danosa. E, com a autoria relevada, é viável o uso de ações judiciais para a remoção de conteúdo e sancionamento, não apenas na seara penal.

Nesse sentido, tem-se o caso “Bebê Rena de Curitiba”<sup>7</sup> (Marzullo, 2024), aonde o Deputado Estadual do Paraná, Requião Filho (PT), foi vítima de diversas ofensas publicadas em redes sociais por seguidora, que criava inúmeras contas com a única finalidade de causar danos ao autor, insinuando a prática de atos ilegais e utilizando palavras de sentido ofensivo e pejorativo.

A seguidora foi condenada<sup>8</sup> ao pedido de indenização por danos morais no valor de R\$ 3.000,00, com base nos arts. 5º, inciso X, da Constituição Federal (Brasil, 1988) e 186 do Código Civil (Brasil, 2002), que preveem a reparação por danos morais decorrentes da violação dos direitos da personalidade, *in casu*, foram violadas a honra e a reputação do autor. Noutro giro, a ré foi condenada a se abster de criar perfis com finalidade ofensiva por meio da publicação de mensagens em redes sociais.

Em que pese a proteção constitucional ao direito da liberdade de expressão, previsto no art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal (Brasil, 1988), bem como, a ADIN 4815 (Brasil, 2016), que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu precedente da impossibilidade de censura ao direito à liberdade de imprensa e à informação, reafirmando o texto constitucional, a mobilização do direito à liberdade de expressão e aos direitos conexos encontram limites constitucionais na preservação dos direitos da personalidade, sendo a intimidade, privacidade, honra e ima-

---

<sup>7</sup> Bebê Rena é uma minissérie britânica produzida pela Netflix, criada e estrelada por Richard Gadd. A produção, que se tornou um fenômeno de audiência, mostra a perseguição obsessiva sofrida pelo personagem principal, tanto fisicamente quanto virtualmente.

<sup>8</sup> Processo n.º 0013730-30.2022.8.16.0182 com tramitação perante ao 11º Juizado Especial Cível de Curitiba

gem.

A intimidade e a vida privada apresentam conceitos interligados, sendo diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra respaldado pela incidência do segundo, logo, a intimidade tem relação subjetiva, de trato íntimo da pessoa, com suas relações familiares e de amizade, enquanto a vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, como relações de trabalho e estudo (Moraes, 2022).

Os crimes contra a honra positivados no capítulo V, do Código Penal, divididos em calúnia (art. 138), difamação (art. 139) e injúria (art. 140), sendo os dois primeiros relacionados à honra objetiva, e o último à honra subjetiva (Brasil, 1940).

Além disso, no direito convencional, o art. 13 da Convenção Americana dos Direitos Humanos – internalizada pelo Decreto n.º 678/1992 (Brasil, 1992) – também estabelece a limitação do direito à liberdade de expressão ao respeito aos direitos e à reputação das pessoas, logo, a proteção dos direitos da personalidade se daria a posteriori, mediante retificação, direito de resposta ou indenização, para inibir eventuais abusos.

É de observar que o autor é pessoa pública, exercendo a função política de Deputado Estadual, e detém a ampliação do exercício do direito de liberdade, de expressão e de crítica à sua pessoa (pública), sobretudo, em razão da função pública que exerce, dessa forma, analisando o teor das postagens tem-se que o sentido dos textos publicados pela ré não se caracterizam como crítica ideológica, mas sim de críticas diretas e pessoais ao autor, por meio de expressões pejorativas e insinuações de condutas ilícitas do autor.

Portanto, no caso acima, a ré é a verdadeira ‘controladora de drone’, pois dissemina, massiva e à distância, agressão a vítima, permanecendo oculta ao controlar seu equipamento. Contudo, a ré perdeu o seu lugar de ‘controladora de drone’, após ser identificada, vez que, com sua identidade exposta foi submetida



as sanções cabíveis e impedida de continuar as violações.

A ação intentada na Justiça logrou êxito em identificação e responsabilização, fazendo cessar as práticas atentatórias.

## CONCLUSÃO

Os debates sobre excessos no exercício de direitos não são novos, mas ganharam uma nova dimensão e intensidade com as redes sociais e as novas tecnologias.

Quando uma *Fake news* é publicada, republicada, curtida, compartilhada, comentários positivos surgem, os negativos também e o debate sobre o exercício da liberdade de manifestação de pensamento é o reflexo natural.

O direito à liberdade de expressão, basilar em um Estado Democrático de Direito, não é absoluto e não permite tudo, como as Leis e as Constituições atestam. Dentro da esfera do ilícito estão as *fakes news*, que, em razão da variedade de seu conteúdo, podem dar ensejo a aplicação de normas penais sobre seus criadores, financiadores e divulgadores.

Nesse contexto, emergem propostas de novas criminalizações, na tentativa de se promover, mais uma vez, a expansão do Direito Penal. A tentativa seria a de coibir a criação, financiamento e disseminação de *fake news*, para fins eleitorais ou não.

A propagação de *fake news* é agravada com o uso do meio digital, justamente por ser uma agressão à distância, na qual vítima e agressor não estão frente a frente. A vigilância no novo panóptico digital, que não fecha os olhos e atua todo o tempo, permite a coleta de dados para criação e o direcionamento de *fake news* moduladas e a disseminação constante.

O ataque sub-reptício, anônimo e impessoal, expondo somente a vítima, mas não seu agressor, ocorre nas guerras, com os drones, e na internet, com as *fake news* disseminadas por perfis falsos. Estes são os elementos que conectam a teoria do drone e as notícias falsas e tornam mais graves os disparos de inverda-

des massivamente.

No Direito, há mecanismos que estão sendo utilizados para tentativa de conter o predador virtual que cria, dissemina e se beneficia (ou beneficia terceiros) do uso das *fake news*. Contudo, a criação de novos tipos penais não é a solução mais adequada e compatível com uma racionalidade penal do Estado democrático de Direito.

É necessário priorizar a regulação de plataformas digitais para aumentar a transparência sobre algoritmos e remoção de conteúdos ilícitos, com mecanismos de autorregulação, restrições legais mais claras para casos específicos, como desinformação em períodos eleitorais utilizando-se dos tipos penais que já existem no ordenamento jurídico.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: RT, 2021.
- BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo. Novos conceitos para uma nova realidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- BENTIVEGNA, Carlos Frederico B. Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade: os limites entre o lícito e o ilícito. [S.L.]: *Editora Manole*, 2019. E-book. ISBN 9788520463321. Acesso em: 25 jun. 2024.
- BOLDT, Raphael. Direito penal e fake news: os limites democráticos à criminalização da desinformação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 201, p. 161-194, mar./abr. 2024. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- BRASIL. Código Civil. *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília: Senado Federal. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccj->

- vil\_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 jun. 2024. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Código Penal. *Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Brasília: Senado Federal, 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 26 jun. 2024.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 jun. 2024.
- BRASIL. *Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992*. Brasília: Senado Federal. 1992. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 27 jun. 2024.
- BRASIL. *Lei n.º 7.170, de 14 de dezembro de 1983*. Brasília: Senado Federal, 1982. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17170.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.170%2C%20DE%2014%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201983&text=Define%20os%20crimes%20contra%20a,julgamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17170.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.170%2C%20DE%2014%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201983&text=Define%20os%20crimes%20contra%20a,julgamento%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A1ncias). Acesso em: 29 jun. 2024.
- BRASIL. *Lei n.º 7.716, de 05 de janeiro de 1989*. Brasília: Senado Federal. 1989. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm). Acesso em: 29 jun. 2024.
- BRASIL. *Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Brasília: Senado Federal. 1997. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm). Acesso em: 29 jun. 2024.
- BRASIL. *Marco Civil da Internet*. Brasília: Senado Federal, 2014. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2009/09504.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2009/09504.htm).

vil\_03/\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 30 jun. 2024.

BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados*. Brasília: Senado Federal, 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 29 jun. 2024.

BRASIL. *Lei n.º 14.197, de 1º de setembro de 2021*. Brasília: Senado Federal. 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/114197.htm#:~:text=Restringir%2C%20impedir%20ou%20dificultar%2C%20com,da%20pena%20correspondente%20%C3%A0%20viol%C3%A0ncia](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114197.htm#:~:text=Restringir%2C%20impedir%20ou%20dificultar%2C%20com,da%20pena%20correspondente%20%C3%A0%20viol%C3%A0ncia). Acesso em: 29 jun. 2024.

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 2.108, de 05 de maio de 2021*. Brasília: Senado Federal. 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148741>. Acesso em: 30 jun. 2024.

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 2.630, de 03 de julho de 2020*. Brasília: Câmara dos Deputados. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2256735>. Acesso em: 30 jun. 2024.

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 9.554, de 07 de fevereiro de 2018*. Brasília: Câmara dos Deputados. 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167903>. Acesso em: 30 jun. 2024.

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 6.812, de 02 de fevereiro de 2017*. Brasília: Câmara dos Deputados. 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122678>. Acesso em: 29 jun. 2024.

BRASIL. *Projeto de Lei n.º 6.764 de 09 de maio de 2002*. Bra-

- sília: Câmara dos Deputados. 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=51185>. Acesso em: 01 jul. 2024.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4815*. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgamento: 10 de junho de 2015. Publicação: 1º de fevereiro de 2016. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204815%22&base=acordaos&sino-nimo=true&plural=true&page=1&page-Size=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204815%22&base=acordaos&sino-nimo=true&plural=true&page=1&page-Size=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 01 jul. 2024.
- DORÉ, Nayara Candotti Santana; SANTOS, Diego Prezzi. PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NA ESFERA DIGITAL: ANÁLISE DA REPRESENTAÇÃO ELEITORAL 060137257. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 352–376, 2024. DOI: 10.25245/rdspp.v12i2.1551. Disponível em: <https://portal.unifafibe.com.br:443/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/1551>. Acesso em: 1 out. 2024.
- CASTELLS, Manuel. *Ruptura*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- CASSIANO, D. M. .; RAMIRO, M. G. N. .; FACHIN, J. . Identidade em rede: os perigos da influência do ambiente virtual na formação do cidadão. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*, [S. l.], v. 7, n. 1, p. e045, 2023. Disponível em: <https://revistadoi-dcc.com.br/index.php/revista/article/view/149>. Acesso em: 2 out. 2024.
- CHAMAYOU, Grégóire. *Teoria do Drone*. São Paulo: Cosac Naify, 2015.
- CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Regulamento*. 2009. Disponível em: <http://www.cidh.org/basicos/portugues/u.regulamento.cidh.htm>. Acesso em: 29

- jun. 2024.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Verdade e Fake News. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 199, p. 29-51, nov./dez. 2023. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- CURI JÚNIOR, Aribelco; ALFAYA, Natalia Maria Ventura da Silva. O Impacto das Fake News nas Eleições Presidenciais de 2018 e 2022: prejuízos para a democracia e a sociedade. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*, Londrina, v. 8, n. 1, p. 1-11, jun. 2023. ISSN 2596-0075 | DOI: [HTTPS://DOI.ORG/10.48159/REVISTADOIDCC.V7N2.E079](https://doi.org/10.48159/REVISTADOIDCC.V7N2.E079). Disponível em: <https://revistaidcc.com.br/index.php/revista/article/view/182/151>. Acesso em: 03 jul. 2024.
- ECO, Umberto. *Construir o inimigo e outros escritos ocasionais*. Rio de Janeiro: Record, 2021.
- EMPOLI, Giuliano da. *Os engenheiros do caos: Como as fake news, as teorias da conspiração e os algoritmos estão sendo utilizados para disseminar ódio, medo e influenciar eleições*. São Paulo: Vestígio, 2020.
- FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Verbatim, 2019.
- FRIAS FILHO, O. (2018). O que é falso sobre fake news. *Revista USP*, (116), 39-44. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i116p39-44>.
- GENESINI, S. (2018). A pós-verdade é uma notícia falsa. *Revista USP*, (116), 45-58. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i116p45-58>
- GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha; GUIMARÃES, Gabriel Stagni. ASPECTOS JURÍDICOS DAS "FAKE NEWS": REPERCUSSÕES NA ATUALIDADE. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 4, n. 61, p. 592 - 610, dez. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4882>. doi:

- <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v4i61.4882>. Acesso em: 25 ago. 2021.
- HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica*. Belo Horizonte: Âyiné, 2020.
- NERY JR, Nelson. ABBOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: RT, 2017.
- MARZULLO, Luísa. *Justiça condena stalker de deputado do Paraná filho de Requião: 'Bebê Rena de Curitiba'*. 2024. O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2024/06/20/justica-do-parana-condena-stalker-de-deputado-estadual-de-requiao-bebe-rena-de-curitiba.ghtml>. Acesso em: 02 jul. 2024.
- MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. São Paulo: 2018.
- MEDON, Filipe. O direito à imagem na era das deepfakes. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 27, p. 251-277, jan./mar. 2021
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional. Grupo GEN*, 2022. E-book. ISBN 9786559771868. Acesso em: 29 jun. 2024.
- OLIVEIRA, Adrielly Letícia Silva; BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. Liberdade Midiática e Dignidade da Pessoa Humana: Análise após Decisão do Supremo Tribunal Federal no Julgamento do Tema 786. *Revista Jurídica Direito & Paz*, São Paulo, n. 46, p. 56-72, jun. 2022. ISSN 2359-5035. Disponível em: <https://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/1643/648>. Acesso em: 02 jul. 2024.
- RIPOLL, Leonardo. MATOS, José Claudio. O contexto informacional contemporâneo: o crescimento da desinformação e suas manifestações no ambiente digital. *Informação@Profissões, Londrina*, v. 9, n. 1, p. 87 – 107, jan./jun. 2020. DOI: 10.5433/2317-4390.2020v9n1p87
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002.

- SILVA, Virgílio Afonso. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: EDUSP, 2021.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira. MOREIRA, Mayumi Caires. Ciberdemocracia, construção da identidade e os direitos Da personalidade: análise crítica da exclusão digital Frente à participação política no ciberespaço. *Revista Jurídica Direito & Paz*. V. 1, n. 48, p. 302- 327, São Paulo, 2023.
- TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 200, n. 200, p. 61-80, dez. 2013. ISSN 0034-835x. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril\\_v50\\_n200\\_p61](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61). Acesso em: 25 jun. 2024.
- ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.



# POR UM *CONSTITUCIONALISMO POLÊMICO*, QUE SE PREOCUPE COM O *PODER* TANTO QUANTO COM OS *DIREITOS*: UM TRIBUTO A MASSIMO LUCIANI

Gustavo Podestá Sedra\*

Resumo: O presente artigo busca prestar uma homenagem a Massimo Luciani, divulgando e sintetizando, em língua portuguesa, alguns dos mais importantes elementos do pensamento desse brilhante constitucionalista e jusfilósofo. Os principais temas tratados envolvem: a (i) iluminante advertência para que os constitucionalistas se preocupem com o *poder* tanto quanto com os *direitos*; o (ii) dever de os intérpretes buscarem a *independência interior*; a (iii) especificidade da interpretação da Constituição em virtude de sua *aspiração à eternidade ordenadora*; a (iv) crítica à distinção teórica entre *dispositivo* (*texto normativo*) e *norma*; a (v) relação do *direito* com a *moral* e com a *força*; e os (vi) perigos da chamada *cultura do cancelamento*. Ao longo do texto, o leitor poderá perceber que as lições do *maestro* italiano, além de originais e profundas – o que o coloca nos mais altos pedestais da ciência jurídica – são bastante atuais diante das patologias institucionais que parecem cada vez mais prementes no Ocidente, principalmente no âmbito da relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

Palavras-Chave: Massimo Luciani – constitucionalismo – poderes constitucionais - direitos

---

\* Doutor em Direito Público pela *Sapienza Università di Roma*. Pós-graduado em Direito Tributário pela *Alma Mater Studiorum Università di Bologna*. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado e autor de livro e artigos jurídicos. [gsedra@advasf.com.br](mailto:gsedra@advasf.com.br)

FOR A *POLEMICAL CONSTITUTIONALISM*, CONCERNED WITH *POWER* NO LESS THAN WITH *RIGHTS*: A TRIBUTE TO MASSIMO LUCIANI

**Abstract:** This article aims to pay tribute to Massimo Luciani, disseminating and summarizing, in Portuguese, some of the most important elements of the thought of this brilliant constitutionalist and legal philosopher. The main themes addressed include: (i) the enlightening admonition that constitutional scholars should be as concerned with power as they are with rights; (ii) the requirement of internal independence by judicial interpreters; (iii) the conception of Constitutions as norms aspiring to eternal ordering; (iv) the critique of the theoretical distinction between *norm* and *normative text*; (v) the relationship between *law* and *force*; and (vi) the dangers of the so-called *cancel culture*. Throughout the text, the reader will note that the lessons of the Italian *maestro*, in addition to being original and profound – which places him on the highest ranks of legal science – are remarkably relevant in light of the institutional pathologies that appear increasingly urgent in the West, particularly with regard to the relationship between the Legislative and Judicial branches.

**Keywords:** Massimo Luciani – constitutionalism – constitutional powers - rights

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O *constitucionalismo* como movimento político e cultural da *modernidade*, que se ocupa da *fundação* e da *limitação* do poder. 3. O *constitucionalismo* a partir de Hobbes. 3.1. A relação entre o *poder* e o *direito*. 3.2. A relação entre o *poder* e os *direitos*. 4. Os textos constitucionais entre o *constitucionalismo moderno* e o *constitucionalismo contemporâneo* do Estado social. 5. Tempos de crise da política e da ciência jurídica. 6. O risco das doutrinas de reavaliação do “jusnatu-

ralismo histórico”. 7. O papel dos constitucionalistas: por um *constitucionalismo polêmico*, e não irênico (pacificador). 8. Aspectos hermenêuticos. 8.1. Os juristas enquanto operadores da *iuris-prudentia* e não da *iuris-mensura*. 8.2. O dever de busca pela *independência interior*. 8.3. A interpretação das leis é sempre *objetiva*, mas não pode prescindir (como instrumento auxiliar) da pesquisa sobre a intenção do legislador histórico. 8.4. A interpretação da Constituição diante de sua *aspiração à eternidade ordenadora*. 9. A desnecessária distinção doutrinária entre *dispositivo* e *norma*. 10. A relação entre o *direito* e a *moral*. 11. A relação entre o *direito* e a *força*. 11.1. A garantia da obediência dos preceitos singularmente considerados. 11.2. O nascimento e a manutenção de um inteiro ordenamento. 11.3. O fundamento geral do fenômeno jurídico. 11.4. O coração de treva do direito. 12. A cultura do cancelamento. 13. Conclusões. 14. Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca prestar uma homenagem a Massimo Luciani, divulgando e sintetizando, em língua portuguesa, alguns dos mais importantes elementos do pensamento desse brilhante constitucionalista e jusfilósofo, professor emérito da Faculdade de Direito da *Università Sapienza di Roma*, membro da *Accademia Nazionale dei Lincei* e juiz da Corte Constitucional italiana<sup>1</sup>.

Tivemos o prazer e o privilégio de conhecê-lo, e de contar com sua inestimável orientação, durante o doutorado em Direito Público que cursamos na Itália, perante a *Sapienza*, concluído no início de 2017.

---

<sup>1</sup> O currículo da brilhante carreira de Massimo Luciani, que vai muito além da atividade docente, está disponível no site da *Accademia Nazionale dei Lincei*, no seguinte link: [https://www.lincei.it/sites/default/files/documenti/Soci/3055\\_CV.pdf](https://www.lincei.it/sites/default/files/documenti/Soci/3055_CV.pdf). Acesso em: 25 jun. 2024. Nesse mesmo site, também pode ser encontrado o elenco de suas publicações, no seguinte link: [https://www.lincei.it/sites/default/files/documenti/Soci/3055\\_bibl.pdf](https://www.lincei.it/sites/default/files/documenti/Soci/3055_bibl.pdf). Acesso em: 25 jun. 2024.

Ao publicarmos um livro que foi fruto daquele curso, já tivemos a oportunidade de divulgar e sintetizar, em língua portuguesa, algumas das lições do jurista italiano<sup>2</sup>. Todavia, as teorias *lucianianas* que lá tratamos dizem respeito a temas que eram mais pertinentes ao nosso projeto de pesquisa do doutorado, cumprindo-nos, agora, não só repisar tais teorias, como também, trazer à baila aquelas que lá não versamos.

Naturalmente, os temas expostos abaixo não abarcam toda a vasta produção intelectual de Luciani. Em virtude dos limites textuais impostos a um artigo, tivemos que escolher os assuntos que entendemos serem os mais importantes, de modo que aspectos das teorias *lucianianas* que talvez sejam mais caros ao leitor, ou, até mesmo, ao próprio homenageado, podem ter ficado de fora.

A limitação textual também impediu que pudéssemos reproduzir toda a profundidade filosófica e histórica com a qual ele costuma cuidar das questões que enfrenta, característica de sua genialidade que, ao nosso ver, coloca-o nos mais altos pedestais da ciência jurídica.

Esperamos, porém, que nosso texto sirva de estímulo para que seus leitores busquem se aprofundar nas lições do jurista italiano, vindo inclusive a pesquisar, no âmbito de suas publicações, os elementos que aqui não pudemos tratar, ou que tratamos, mas sem o espaço suficiente para poder reproduzir toda a profundidade intelectual do *maestro*.

As teorias de Massimo Luciani não se encontram sistematizadas em uma ou poucas obras, mas sim, esparsas em artigos, capítulos de livros e monografias<sup>3</sup>, o que, todavia, não difi-

---

<sup>2</sup> SEDRA, Gustavo Podestá. *Constitucionalização, Constituição e Teoria do Direito. Uma crítica às concepções materiais de Constituição*. São Paulo: Dialética, 2024, p. 595-607.

<sup>3</sup> Dentre as obras monográficas, vale a pena mencionar as seguintes: *Art. 75: La formazione delle leggi - Tomo I, 2 - Il referendum abrogativo* (2005), que traz comentários sobre o referendo abrogativo previsto pela Constituição italiana, além de conter (principalmente no primeiro capítulo) elementos da concepção de Luciani sobre a democracia; *Lo sguardo profondo. Leopardi, La politica, l'Italia* (2017), que trata do

culta a compreensão da coerência lógica de todo o seu pensamento, facilitada pela sua argúcia expositiva e principalmente pelo fato de que seus trabalhos conversam entre si, mediante citações e referências expressas.

O elenco temático que segue foi disposto numa ordem que julgamos mais conveniente para os leitores, não correspondendo à cronologia das publicações do jurista italiano. Aliás, em boa parte do presente tributo, são utilizados, dentro de um mesmo tópico, diferentes estudos de Luciani, alguns dos quais publicados com a distância de anos.

Por fim, cumpre-nos dizer que todas as citações diretas do *maestro* que constam em português e estão entre aspas ou com recuo da margem do texto são fruto de nossa tradução livre.

## 2. O *CONSTITUCIONALISMO* COMO MOVIMENTO POLÍTICO E CULTURAL DA *MODERNIDADE*, QUE SE OCUPA DA *FUNDAÇÃO* E DA *LIMITAÇÃO* DO PODER

Segundo Massimo Luciani, o *constitucionalismo* é um movimento político e cultural que tem como objetos tanto a *fundação* (legitimação) do *poder*, quanto a sua *limitação*<sup>4</sup>.

---

pensamento político-jurídico do poeta Giacomo Leopardi, fruto de um texto que Luciani já havia publicado como capítulo de livro e como artigo, aos quais ele fez alguns ajustamentos formais e acresceu um prefácio com considerações suplementares; *Cos-tituzione italiana: articolo 12* (2018), que tem como objeto a bandeira tricolor italiana, cuidando, entre outros assuntos, do seu desenvolvimento histórico e do significado de sua positivação no texto constitucional; *Salus* (2022), que trata do sentimento de medo gerado pela pandemia e pelas respostas que lhe foram dadas pelas instituições, e de como tais respostas não desfiguraram o Estado Constitucional de Direito, apesar das falácias em sentido contrário; e *Ogni cosa al suo posto* (2023), no qual Luciani se dedica aos desvios da prática jurídica italiana em relação ao “desenho constitucional original”, especialmente no que concerne à forma de governo e à relação entre legislação e jurisdição (sob a aceitação de uma parte renomada da ciência jurídica que rejeitou sua típica função de “entregar certeza”), propondo soluções tendentes a remediar, vale dizer, a colocar cada coisa em seu devido lugar.

<sup>4</sup> Para Luciani, embora o constitucionalismo costume ser definido como se sua única preocupação fosse a limitação do poder, para que essa questão pudesse fazer sentido lógico, era necessário resolver, preliminarmente, a questão da sua fundação. Afinal,

Desde a tradição grega e latina (com Aristóteles, Cícero, Marco Aurélio, e outros), já se colocavam e investigavam algumas questões típicas desse movimento (como a *dignidade humana* e as *formas de governo*), sobre as quais, por séculos, foram se debruçando juristas e teóricos da política<sup>5</sup>, podendo-se falar de um *protoconstitucionalismo*.<sup>6</sup>

Entretanto, “o *constitucionalismo* pertence inteiramente à modernidade”<sup>7</sup>, época em que ele encontrou um terreno propício, no qual o pensamento político e jurídico, em suas mais coerentes versões, tensionava para se libertar - totalmente e declaradamente - da origem divina do poder dos governantes, cuja imanência ele pretendia substituir por uma legitimação humana, que podia ser democrática (fundada sobre a vontade popular) ou aristocrática (fundada sobre a *lex terrae* ou sobre a desigualdade dos méritos).<sup>8</sup>

Em tal cenário, não foi difícil para o *constitucionalismo* colher plenamente a mudança de passo que tinha sido determinada pelo enfraquecimento e pelo posterior desaparecimento da legitimação divina do poder político, sendo por isso que a conexão entre o poder legítimo e sua limitação (que são os dois objetos do *constitucionalismo*) lhe pareceu imediatamente necessária.<sup>9</sup>

---

diante de um governo sem legítimo título, seria preciso interrogar não tanto “se” e “como” impor-lhe limites, mas sim, “se” e “como” derrubá-lo (LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 71).

<sup>5</sup> LUCIANI, Massimo. *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico, Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, Giuffrè, marzo-aprile, 2006, p. 1643-1644; LUCIANI, Massimo. *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni. Rivista di Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, n.1, 1996, p. 135-136.

<sup>6</sup> LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 71-74.

<sup>7</sup> LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 71-74.

<sup>8</sup> LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 73-74.

<sup>9</sup> LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 73-74.

### 3. O *CONSTITUCIONALISMO* A PARTIR DE HOBBS

#### 3.1. A RELAÇÃO ENTRE O *PODER* E O *DIREITO*

Dentro de todo o lapso temporal da época moderna, Luciani sustenta que é com Thomas Hobbes que surge o *constitucionalismo*. É somente a partir de então que a “específica dimensão *jurídica* do estatal é definitivamente posta ao centro da especulação filosófico-política” e que o *constitucionalismo* “proclama abertamente a própria pretensão”<sup>10</sup>. Sob o empurrão das guerras civil e religiosa, diante do destaque, em toda sua brutalidade, do imperativo *primum vivere*, é o direito constitucional o único instrumento de autêntica resposta.<sup>11</sup>

Com efeito, em Hobbes, o instrumento fundacional da legitimação do poder político é o *direito*. O vínculo político surge exclusivamente por força de um *contrato* e é, portanto, o direito – do qual o contrato é instituto típico – o terreno no qual o poder se radica. É esse *contrato* (não tanto na forma do *pactum subiectionis*, como se costuma sustentar, mas sim, do *pactum unionis*, com efeito imediato de *pactum subiectionis*) o ato formal (embora logicamente pressuposto e não historicamente e factualmente verificável) que consente ao soberano de se constituir enquanto tal e de adquirir todas as suas prerrogativas. Um ato jurídico formal em função do qual “não se eleva qualquer pretensão de avaliação moral, mas que é admitido na sua objetividade de ato/fato legitimador”<sup>12</sup>.

É justamente esse o ponto decisivo. A partir de Hobbes, a teoria do contrato social é: (i) depurada de qualquer condicio-

---

<sup>10</sup> Ibidem, p. 1644.

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> LUCIANI, Massimo. *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico, Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, Giuffrè, marzo-aprile, 2006, p. 1645; LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 38.

namento de tipo moral e de qualquer pretensão de competir com outras doutrinas na construção da comunidade política virtuosa; e (ii) desvinculada completamente da exigência de limitação do poder, tornando-se, pelo contrário, funcional à fundação de um poder que pretende ser absoluto e (somente aparentemente, como se verá logo a frente) carente de limites<sup>13</sup>.

Enquanto para as doutrinas anteriores, a legitimação do poder soberano se radicava na virtude, na tradição e na vontade divina, Hobbes afirma a necessidade de que até mesmo o poder do soberano absoluto encontre sua raiz no direito, no vínculo contratual celebrado entre os súditos (ou então, em certos trechos talvez menos atentos, entre os súditos e o soberano). No mesmo momento em que o poder parece celebrar o seu máximo sucesso, aquilo que triunfa, na verdade, é o direito, o qual o poder não pode ignorar se quer se fundar como *legítimo poder*. Ocorre, em síntese, um bidirecional e aparentemente paradoxal *Machtergreifung*: “o soberano conquista o poder absoluto, sim, mas o direito, por sua vez, priva o poder soberano da pretensão de encontrar o próprio fundamento em algo que não seja o direito”<sup>14</sup>.

Luciani admite que, normalmente, os juristas oferecem outra leitura do contratualismo hobbesiano, negando qualquer fundação contratualista do poder<sup>15</sup>. E, no intuito de contrastar essa leitura, o jurista italiano ressalta a insistência de Hobbes em se referir sempre ao contrato social e se pergunta quais poderiam ser os outros motivos dessa insistência além de buscar o fundamento do poder: teria sido simples erro de Hobbes? Homenagem à tradição? O temor de ele se excluir de um esquema da teoria política que estava se consolidando? Para Luciani, a simples imaginação dessas outras motivações não teria algum sentido, tendo em vista o raciocínio de rigor, de potência e de originali-

---

<sup>13</sup> LUCIANI, Massimo. *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico, Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, Giuffrè, marzo-aprile, 2006, p. 1645-1646.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 1646.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 1646.



dade como aquele de Hobbes, o qual, certamente, não recuava diante de estereótipos (*idées reçues*).<sup>16</sup>

Em verdade, com Hobbes, verifica-se uma coisa inaudita: o constitucionalismo, no mesmo momento em que parece renunciar às pretensões morais que haviam caracterizado a teoria clássica, obtém o mais concreto e revolucionário resultado ao qual poderia aspirar, que é o de capturar o poder e sujeita-lo ao império do direito<sup>17</sup>. Citando Howard Warrender, Luciani afirma que, longe de sustentar que o poder constitua um direito de per si, Hobbes se dá conta de que, no contexto da soberania política, o poder deve se fundar sobre o direito.<sup>18</sup>

Essa conclusão poderia se afigurar equivocada e paradoxal para quem se limitasse a levar em conta a aparente falta de limites do poder do soberano em Hobbes<sup>19</sup>. Ocorre que o sistema desenhado pelas obras hobbesianas se rege pela ligação entre poder e direito, sobre a legitimação necessária do poder por parte do direito, sobre a ideia de que sem uma passagem jurídica (qual seja, o pacto) não pode existir poder legítimo. Uma vez, porém, que o poder é apreendido pelo direito, esse último pode endereçar ao poder todas as pretensões que quiser. É o direito que legitima o poder, e se esse repete daquele até mesmo a própria legitimação é lógico e coerente que o direito imponha ao poder a própria pretensão de limitação. Em outras palavras: “com Hobbes já antes do que com Locke, são postas todas as principais premissas para os desenvolvimentos futuros do constitucionalismo, inclusive a teoria dos direitos individuais como limites (absolutos) do poder”.<sup>20</sup>

Embora a construção dessas premissas seja transparente em Locke, elas não são menos claras em Hobbes, que reconhece aos súditos algo semelhante ao terrível direito de resistência (a

---

<sup>16</sup> Ibidem, p. 1647.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 1648.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 1648-1649.

<sup>19</sup> Ibidem p. 1649.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 1650.

faculdade de se subtrair às obrigações assumidas com o pacto originário) quando o soberano ordena o cumprimento de atos que comprometam a sua segurança ou a de entes queridos, ou então, descumpra o dever de proteção; *dever* esse que não concerne apenas à segurança física, pois – como é esclarecido na obra *De Cive*, num trecho de clara inspiração aristotélica – “<<Para o bem dos cidadãos não se deve entender somente a conservação da vida, mas de uma vida o quanto possível feliz>>”, o que comporta incalculáveis consequências em termos de extensão das obrigações do soberano e, naturalmente, de pretensões dos súditos diante dele<sup>21</sup>.

Para Luciani, é, portanto, nos Seiscentos que o constitucionalismo, alterando o quadro precedente da filosofia política, coloca o direito no próprio coração da relação política, enquanto instrumento de legitimação do poder. É nesse momento que o constitucionalismo define, de uma vez por todas, a própria identidade de *ciência da fundação do poder legítimo*: “uma vez que entrou no seu domínio, porém, o poder não pode mais escapar do constitucionalismo, que se estrutura – consequentemente – também como *ciência da limitação do poder*”.<sup>22</sup>

### 3.2. A RELAÇÃO ENTRE O PODER E OS DIREITOS

Ademais, segundo o jurista italiano, o pensamento hobbesiano não esclarece apenas, e de uma vez por todas, essa relação entre o poder e o *direito*, mas também fixa, de maneira bastante clara e realística, a relação entre o poder e os *direitos*. Na obra escrita em polêmica com Edward Coke (*A dialogue between a Philosopher & a Student of the Common Laws of England*), Hobbes retoma a consideração de Bracton segundo a qual não há sentido proclamar os direitos se não existe um poder

---

<sup>21</sup> Ibidem, p. 1651.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 1652.

que os proteja e que consinta em fazê-los valer.<sup>23</sup> O poder necessita do *direito* para legitimar-se, mas os *direitos* necessitam do poder para se afirmarem. “Sem uma fundação jurídica (contratualista) não há poder legítimo, mas sem poder legítimo não há segurança dos direitos (em particular, do direito de propriedade)”.<sup>24</sup>

O quadro do constitucionalismo dos Seiscentos, a partir de Hobbes, fica assim completo: já *statu nascenti*, o constitucionalismo vê no poder (além de destinatário de suas aspirações fundacionais) tanto o objeto quanto o sujeito das próprias pretensões garantistas; se, por um lado, o poder é um inimigo do qual se defender, erigindo garantias para proteger os *direitos*, por outro, ele é o sujeito que consente a essas garantias de existirem e funcionarem, de modo que haja remédio às injustiças<sup>25</sup>.

Luciani não deixa, porém, de observar que, mesmo num pensamento de grande modernidade como o de Hobbes, embora a íntima conexão de *fundação e limitação* do poder já se manifestasse de forma clara, ainda era possível perceber heranças medievais: a ideia de que o vínculo ao soberano estivesse condicionado à sua capacidade prestativa ainda relembra, de perto, o vínculo medieval que estava em vias de extinção; as limitações ainda eram embrionárias e ausentes de verdadeiras garantias; e o contexto político e cultural ainda era absolutista, de modo que o princípio fundamental da separação dos poderes era rejeitado<sup>26</sup>.

#### 4. OS TEXTOS CONSTITUCIONAIS ENTRE O *CONSTITUCIONALISMO MODERNO* E O *CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO* DO ESTADO SOCIAL

---

<sup>23</sup> Ibidem, p. 1652-1653.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 1653.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 1654.

<sup>26</sup> LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 73.

A idade do constitucionalismo se abriu num contexto econômico, político e cultural radicalmente alterado em relação ao passado: o desenvolvimento da economia capitalista e a emergência de uma burguesia produtiva mais consolidada e emancipada necessitavam de uma estrutura institucional mais condizente com a nova realidade das relações materiais de força. Surgiram sujeitos políticos capazes de enfrentar o desafio, ao mesmo tempo em que juristas e filósofos elaboraram teorias do poder incompatíveis com a antiga estrutura feudal<sup>27</sup>.

A estratégia de se apropriar juridicamente do poder se dirigiu a dois objetivos de direito positivo: a (i) limitação *externa* do poder, impondo-lhe limites intransponíveis, e a (ii) limitação *interna* do poder, desarticulando-o na estrutura, por meio de sua distribuição vertical, horizontal e funcional, capaz de romper com a concentração dele nas mãos de uma só pessoa ou grupo<sup>28</sup>.

Para tanto, e contando com o importante legado de *estatutos* medievais, como a *Magna Carta* (que continha direitos, mas também se enveredava pela organização do poder, como demonstrava seu art. 14), as Constituições e as declarações de direitos dos Setecentos vieram para afrontar os problemas completamente inéditos e inauguraram uma nova fase histórica, na qual nos encontramos até hoje<sup>29</sup>.

O conteúdo dos primeiros textos constitucionais concentrou-se sobre a contenção e a limitação do *poder político*, impondo a quebra da soberania (do monarca), a separação (e a divisão<sup>30</sup>) dos poderes e a submissão do governo ao Parlamento<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 74-75.

<sup>28</sup> LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 74-90.

<sup>29</sup> LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 74-76.

<sup>30</sup> Sobre a distinção entre a *separação* e a *divisão* dos poderes, veja-se: LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 78-79.

<sup>31</sup> LUCIANI, Massimo. L'antisovrano e la crisi delle costituzioni. *Rivista di Diritto*

A princípio, o *poder econômico* permaneceu indiferente a tudo isso: enraizado como era no tecido profundo das relações sociais, a captura constitucional do político não o tocava, e o julgava, pelo contrário, consentido e simpático, ao menos na medida em que a nova ordem das relações políticas não fazia outra coisa além de replicar e traduzir, em termos institucionais, a real ordem das relações econômico-sociais. Como mostrou Althusser, sob a esteira de Charles Eisenmann, a teoria *montesquieuiana* da divisão dos poderes, concebida para garantir os interesses da nobreza, adaptou-se perfeitamente aos interesses da burguesia revolucionária após ela ter conquistado a Câmara Baixa e o próprio governo – esse último, mediante o voto de confiança e o parlamentarismo<sup>32</sup>.

A propósito dessa adaptação, vale à pena abrir um parêntese para ressaltar que, segundo Massimo Luciani, a separação dos poderes não é apenas uma *doutrina* ligada a exigências contingentes de um projeto ético e político dos interesses de momento ou de uma determinada classe, mas é também uma *teoria* que ambiciona colher algumas conexões lógicas necessárias internas às formas de organização do poder. Afinal, “como imaginar uma comunidade política (não angelical) na qual estão ausentes a normatização e a execução? Como pensar que possa se dar obrigação política sem *legis-latio* e *legis-executio*?” Embora a separação *tripartida* das funções (em legislativa, executiva e judicial) seja contingentemente histórica (resultante de exigências históricas precisas e de um refinamento da reflexão constitucionalista), a ideia de sua *bipartição* (em legislativa e executiva, incluindo a função judicial nessa última) é inexoravelmente lógica, cuidando-se de *condicio sine qua non* do reconhecimento

---

*Costituzionale*, Torino, Giappichelli, n.1, 1996, p. 160.

<sup>32</sup> LUCIANI, Massimo. L'antisovrano e la crisi delle costituzioni. *Rivista di Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, n.1, 1996, p. 160.

e da operatividade dos direitos<sup>33 34</sup>.

Pois bem, com as Constituições da primeira democratização, principalmente as de Portugal (1911), do México (1917) e da Alemanha (1919)<sup>35</sup>, e com as Constituições do segundo pós-guerra, o conteúdo constitucional se incrementou sobremaneira, passando a capturar, também, o *poder econômico*, que havia saído imune (e até mesmo reforçado) da submissão do poder político às regras e aos limites do *governo temperado*. Se antes tinha sido sujeito ativo da transformação revolucionária, posteriormente, o *poder econômico* se transformou em objeto das regras e dos limites do *governo do Estado social*, que se focou sobre um projeto de progresso – e, em algumas versões (como na Itália), de verdadeira e própria democracia emancipadora e substancial – que impôs a captura constitucional do econômico.<sup>36</sup>

No que concerne às suas origens, essa extensão do direito constitucional à esfera econômica parece ser historicamente e ideologicamente desarmônica, uma vez que o projeto das relações entre Estado e sociedade civil que tinha sido desenhado no fim dos Setecentos acabou sendo, desse modo, completamente alterado. Existe, porém, uma evidente continuidade lógica entre *constitucionalismo moderno* e o *constitucionalismo contemporâneo*: se o objeto da Constituição deve ser o poder, nenhuma

---

<sup>33</sup> LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 74-78-83.

<sup>34</sup> Massimo Luciani observa que a teoria da separação dos poderes sempre sofreu a repulsa dos juristas de regimes totalitários, que ora a consideraram como “irrealística” (a exemplo de Freisler, sob o nazismo), ora como elemento de coerção (a exemplo de Stucka, sob o regime soviético). Outrossim, a ausência da separação dos poderes é, até hoje, uma característica distintiva dos ordenamentos absolutistas, como no Estado da Cidade do Vaticano e na Arábia Saudita (LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 74-73, nota 5).

<sup>35</sup> LUCIANI, Massimo. Itinerari costituzionali della memoria. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n° 4/2022, p. 95. Disponível em: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4\\_2022\\_05\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2022_05_Luciani.pdf). Acesso em: 27 dez. 2024.

<sup>36</sup> LUCIANI, Massimo. L'antisovrano e la crisi delle costituzioni. *Rivista di Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, n.1, 1996, p. 160-161.

das suas formas pode, logicamente, ficar de fora da contenção e da limitação. A Constituição declara, portanto, a própria ambição normativa diante do *poder econômico*.<sup>37</sup>

## 5. TEMPOS DE CRISE DA POLÍTICA E DA CIÊNCIA JURÍDICA

Embora o advento do Estado social tenha correspondido a um histórico e bem-vindo progresso social, ele comportou evidentes e não marginais custos jurídicos.<sup>38</sup>

Diante da necessidade de compor uma infinita série de micro interesses, a produção legislativa se tornou inflacionária (como já atestava Carnelutti desde o início dos anos 1930), enfraquecendo a distinção entre o *abstrato dispor* e o *concreto providenciar*, multiplicando-se as chamadas *leis-provimento* (*leggi-provvedimento*)<sup>39</sup>; a produção normativa, hipertrofiada e tensionada à regulação minuta dos conflitos, disperdeu-se nas chamadas “leizinhas”, perdendo qualidade e inteligibilidade, resultando tanto numa baixa qualidade democrática do produto legislativo, quanto numa menor capacidade de ele “entregar” certeza.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> LUCIANI, Massimo. L'antisovrano e la crisi delle costituzioni. *Rivista di Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, n.1, 1996, p. 160-161.

<sup>38</sup> LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 96.

<sup>39</sup> Na doutrina italiana, as *leis-provimento* (*leggi-provvedimento*) correspondem ao que as doutrinas brasileira e portuguesa denominam de *leis individuais*, vale dizer, são as normas que, embora editadas pelo Parlamento sob a forma de lei, possuem prescrições que se referem a sujeitos determinados e a situações concretas. A título de exemplo, podem ser consideradas como leis-provimento, ou leis individuais, as leis que: atribuem benefício fiscal aos familiares das vítimas de um atentado terrorista, financiam eventos excepcionais, como o Jubileu, determinam expropriação de bens, etc. (BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Costituzionale*. 12ª ed. Torino: Giappichelli, 2011, p. 78-79; PALADIN, Livio. *Diritto Costituzionale*. 3ª ed. Padova: CEDAM, 1998, p. 121-122 e 165-166; VERGOTTINI, Giuseppe De. *Diritto Costituzionale*. 5ª ed. Padova: CEDAM, 2007, p. 145 e 185-186).

<sup>40</sup> LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 96-97.

Entre as décadas de 1980 e 1990, essas condições vacilantes das nítidas estruturas do Estado de direito se encontraram com outras, de origem tanto externa, como a globalização (que deu ensejo à figura do *antisovrano*<sup>41</sup>), quanto interna, como a crise fiscal (verdadeira ou suposta) e as graves dificuldades enfrentadas pelos sujeitos tradicionais do pluralismo e da mediação, principalmente pelos partidos políticos<sup>42</sup>.

Quanto a esses últimos, é indiscutível a atual crise em que se encontra a classe política e a sua perda de capacidade de elaboração de estratégias de longo período e a diminuição da sua qualidade média, condições que são, antes de tudo, o resultado de um processo desagregador das identidades pessoais e coletivas que torna proibitivo o escopo de entender as subjetividades representadas e de orientar a busca do consenso de modo profícuo e proposto ao longo ou médio período. Trata-se de uma crise da *representação*, mas imputável, antes de tudo, à evidente crise do *representado*, à sua perda de identidade cívica conexas à dissolução dos vínculos sociais e familiares, à crise do princípio de autoridade, à precarização do trabalho, ao abandono das ideologias, à defeituosa absorção dos processos de secularização<sup>43</sup>.

Diante desses e outros acontecimentos, que afetaram vários elementos dos poderes constitucionais, sobretudo as leis, a reação de parte renomada da cultura jurídica é bastante crítica-vel, satisfazendo-se em registrar a realidade e renunciando à ta-

---

<sup>41</sup> Segundo Massimo Luciani, o *antisovrano* corresponde a uma pluralidade de sujeitos, quais sejam, os executivos de alguns Estados (principalmente daqueles pertencentes ao G7, com papel cada vez mais importante), as potentes tecnocracias internacionais (WTO, FMI, Banco Mundial), e as empresas transnacionais dominadoras dos setores estratégicos (primeiras entre todas aquelas da comunicação e da informação). Do entrecruzamento das vontades de tais sujeitos, emana uma política nova, pouco satisfatória em termos democráticos, que possui, ao mesmo tempo, uma face pública e privada (LUCIANI, Massimo. *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*. *Rivista di Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, n.1, 1996, p. 164-165).

<sup>42</sup> LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 97-98.

<sup>43</sup> LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 229-230.



refa - que deveria ser sua<sup>44</sup> - de construir ordem a partir da desordem e recuperar certeza ainda que num universo jurídico desestabilizado. Aceitou-se a legislação imprecisa e flutuante como algo inexorável e se recebeu, passivamente, a exigência de governabilidade e de reforço dos executivos sem que fossem desenhados os seus contrapesos, renunciando-se a todo verdadeiro esforço de sistematização completa<sup>45</sup>.

E a negativa da ciência jurídica de entregar suas tradicionais prestações de certeza pareceria avalizada pelo advento das Constituições rígidas e do controle judicial de constitucionalidade das leis: a passagem do Estado de direito para o Estado constitucional de direito implicaria - como dizem alguns - uma mudança dos paradigmas clássicos e sugeriria a elaboração de estratégias produtivas, aplicativas e interpretativas do direito harmônicas com a absorvente pretensão de uma incondicionada realização elevada dos valores que teriam feito irrupção no ordenamento graças às suas positivações, mediante princípios, nas Constituições.<sup>46</sup>

Começou-se, com fórmula bastante imprecisa, a falar das novas Constituições como de um *direito natural positivado*; depois se viu nas novas Constituições europeias e naquelas dos países em desenvolvimento uma reação moral contra as barbáries dos totalitarismos Novecentistas e do colonialismo; enfim, concebeu-se o *judicial review* da legislação como reafirmação das *razões da razão* contra as *razões da decisão*. Tudo isso colocou o intérprete na pesquisa de um sentido moral das normas, transcendente àquele literal, lembrando inclusive uma matriz antiga, correspondente à controvérsia de mais de vinte séculos en-

---

<sup>44</sup> Sobre o estatuto epistemológico da ciência jurídica, desenvolvido objetivamente no decorrer da história, e que lhe conferiu a tarefa tradicional de “gerar certeza”, veja-se: LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 8-17.

<sup>45</sup> LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 98.

<sup>46</sup> LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 98.

tre alegorismo e literalismo na interpretação do Velho Testamento, controversia essa que pode ter exercido uma grande, embora oculta, influência para a interpretação do direito, principalmente numa civilização de matriz judaico-greco-romana como a nossa<sup>47</sup>.

## 6. O RISCO DAS DOCTRINAS DE REAVALIAÇÃO DO “JUSNATURALISMO HISTÓRICO”

Na esteira de todas essas ideias, emergiram posições doutrinárias que têm como ponto de partida uma reavaliação do “jusnaturalismo relativo” ou “histórico” (que buscou ancorar os direitos - enquanto princípio normativos - na consciência histórico-social dos povos), resultando numa crítica ao positivismo como crítica não só da *lei* positiva, mas também da *Constituição* positiva<sup>48</sup>.

Seus fautores desvinculam os direitos do direito positivo e chegam a fazer afirmações como: (i) os valores fundadores do sistema teriam se despreendido do *imperium*, adquirindo força e validade objetiva na consciência dos povos; (ii) a soberania teria perdido subjetividade, sendo apropriada pelos valores em suas objetividades; (iii) essa soberania dos valores estaria objetivada tanto nos ordenamentos nacionais, quanto no ordenamento europeu<sup>49</sup>.

Foi devido a tais posições doutrinárias que se deu o sucesso atingido pela ideia de que a Europa já possuiria uma “Constituição” fundada nos *direitos* e pela ideia - conexa a essa - de que o destino de tais direitos seria o de encontrar uma melhor proteção no universo de uma multiplicidade de níveis de reconhecimento e de tutela, principalmente pelos níveis das Cor-

---

<sup>47</sup> LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 169-175.

<sup>48</sup> LUCIANI, Massimo. *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico, Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, Giuffrè, marzo-aprile, 2006, p. 1654 e 1658.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 1658.

tes Judiciais, dando ensejo à teoria do *constitucionalismo multinível*.<sup>50</sup>

Luciani reprova a ideia de que a Europa já possuiria uma Constituição, mencionando os dois argumentos mais robustos nesse sentido, quais sejam, a falta do domínio das próprias regras fundamentais por parte da União Europeia e a ausência de uma comunidade de referimento autenticamente *política*.<sup>51 52</sup>

---

<sup>50</sup> Ibidem, p. 1659.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 1659.

<sup>52</sup> No que diz respeito à União Europeia, Massimo Luciani sempre manteve uma postura centrada na realidade político-jurídica, reconhecendo tratar-se, ainda, de uma integração internacional baseada nos tratados celebrados por cada país membro (“Senhores dos Tratados”), sem se deixar levar pela paixão - e pelos consequentes juízos prematuros - de outros renomados juristas vislumbrados pela ideia da Constituição europeia e, até mesmo, de um constitucionalismo mundial. Em 1992, às vésperas da entrada em vigor do Tratado de Maastricht, Luciani constatou que a União Europeia resultava ainda numa forma de integração derivada das Constituições dos Estados membros e não de alguma *autoafirmação* das instituições europeias, a qual não encontraria qualquer guarida no art. 11 do texto constitucional italiano e representaria, pelo contrário, a completa desfeita desse último. Desde então, mesmo depois do Tratado de Lisboa, a situação se mantém inalterada até os dias de hoje. Daí porque Luciani foi felicíssimo ao dar a um artigo mais recente, que também trata do tema, o subtítulo “la fine mancata della storia costituzionale”. Desse artigo, vale a pena destacar a interpretação que o jurista italiano propôs ao art. 4.2 do Tratado da União Europeia (TUE), o qual impõe à União o respeito à “igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respectiva identidade nacional, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles”. Segundo Luciani, esse dispositivo não pode ser compreendido como se tivesse transformado os contra-limites externos (*controlimiti esterni*), balizados pelos Estados membros, em simples limites internos ao ordenamento eurounitário, como se esses tivessem sido postos e pudessem ser geridos pelas instituições europeias, especialmente pela sua Corte de Justiça. Se assim fosse, “l’ordinamento nei cui confronti il contro limite è eretto, infatti, pretenderebbe d’esserne il gestore”, quando, na verdade, “l’identità nazionale (*recte*: costituzionale) che l’Unione deve rispettare è *solo* quella che viene dichiarata tale dallo Stato interessato, nelle forme e nei modi che la *sua* Costituzione stabilisce” (a propósito, veja-se: LUCIANI, Massimo. Il brusco risveglio. I contro limiti e la fine mancata della storia costituzionale. *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2, 2016, p. 8-9. Disponível em: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2\\_2016\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2_2016_Luciani.pdf). Acesso em: 11 set. 2023; LUCIANI, Massimo. La costituzione italiana e gli ostacoli all’integrazione europea. *Politica del diritto*, anno XXIII, n. 4, dicembre 1992, p. 589; LUCIANI, Massimo. L’antisovrano...op.cit., p 177-181).

Quanto à ideia do *constitucionalismo multinível*, o *maestro* italiano a rejeita com base em pelo menos quatro ordens de argumentos que vale a pena reproduzirmos.

Em primeiro lugar, essa ideia resulta de uma confusão entre a *quantidade* de direitos e de instrumentos de tutela com a *qualidade* da proteção da pessoa, “oferecendo uma visão muito otimista do problema da pluralidade dos níveis de soberania e da paralela multiplicidade de planos e das perspectivas de tutela”<sup>53</sup>.

Somente uma reconstrução parcial da noção de direito fundamental, da origem e do conteúdo das situações subjetivas e dos universos de valores que assim qualificamos, pode nos induzir a acreditar que: (i) a mesma etiqueta (por exemplo, a “liberdade de associação”) denote a mesma coisa em todos os contextos e em todas as experiências jurídicas; (ii) seja possível estabelecer qual o nível de proteção mais alto. Pelo contrário, a coincidência da etiqueta e até mesmo a formulação textual da disposição de tutela de um direito não quer dizer nada diante da diversidade histórica dos ordenamentos e das respectivas jurisprudências acumuladas no tempo. Além disso, ninguém pode dizer se é mais alto o grau de proteção dos direitos num ordenamento que assegura ao máximo a liberdade de concorrência, ou num ordenamento que limita a faculdade de ação dos vários operadores do mercado, com o escopo de proteger alguns interesses públicos e sociais; ou então, num ordenamento que tutela atentamente o direito a uma maternidade consciente ou num outro que reconhece os direitos ao nascituro e os declara intangíveis<sup>54</sup>.

Em segundo lugar, o *constitucionalismo multinível* “desvaloriza os textos normativos e exalta, excessivamente, a obra das Cortes”, numa postura que possui uma evidente coloração aristocrática e exprime o antigo preconceito antiparlamentar e antilegislativo enraizado na cultura jurídica europeia: desvalorizar o significado da decisão política democrática contida no es-

---

<sup>53</sup> LUCIANI, Massimo. *Costituzionalismo irenico...*, op. cit., p. 1660.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 1661.

tabelecimento de uma Constituição (e também – nos limites da Constituição - na adoção de uma lei) e reduzir os direitos ao objeto de uma verificação judicial das correntes profundas da sociedade equivale a entregar à classe dos juízes o governo dos direitos, subtraindo-o das instâncias decisórias democráticas<sup>55</sup>.

É notório que se podem contrapor dois modelos de desenvolvimento constitucional: aquele *britânico*, de evolução das regras fundamentais de convivência social mediante o desenvolvimento gradual das leis, dos costumes, da jurisprudência, e aquele *continental*, de evolução mediante passagens de ordenamentos, rupturas da continuidade, momentos constituintes. Não há sentido se perguntar quais dos dois modelos seja o melhor, uma vez que a história nos ensinou que não existem modelos universais abstratamente adaptados a qualquer experiência constitucional. O que conta é que não se pode pretender aplicar aos ordenamentos que seguiram o modelo *continental* os mesmos paradigmas (em particular, a relação entre jurisdição e legislação) aplicáveis ao modelo *britânico*. Quem o faz desrespeita a concepção de reconhecimento constitucional do princípio democrático que é dominante nos ordenamentos continentais, nos quais se pressupõe que o povo – e não os juízes - tem o direito de decidir sobre os próprios direitos e deveres, ainda que o façam por meio de uma descontinuidade “constituente” do ordenamento. No Estado Constitucional de Direito do modelo *continental*, os magistrados desenvolvem uma atividade essencial de *proteção* dos direitos fundamentais, mas tal atividade não pode se sobrepor à ação dos órgãos políticos e se transformar numa obra de *criação* dos direitos. A comunidade política tem a responsabilidade de *decidir* sobre questões que a agitam por meio dos próprios órgãos politicamente responsáveis, não podendo sempre descarregar sobre o circuito judicial o fardo das soluções dos problemas.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Ibidem, p. 1661.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 1662-1663.

E toda essa exaltação acrítica da função judicial se torna ainda mais grave por atribuir maior importância ao papel das Cortes internacionais em detrimento dos magistrados nacionais, os quais estão bem mais próximos à realidade da sociedade civil e trazem a própria legitimação de uma decisão constituinte democrática de seus respectivos países. É mais difícil que os juízes constitucionais de cada Estado, vinculados a Constituições nacionais fundadas no princípio democrático, desrespeitem os limites de seus poderes; é muito maior o risco que a transbordar de sua competência sejam as instâncias judiciais cujo paradigma de juízo (as disposições de um tratado internacional) é completamente diverso.<sup>57</sup>

Em terceiro lugar, o *constitucionalismo multinível* apresenta uma visão harmônica das relações entre as várias instâncias de decisão que não corresponde à realidade, auspicando um diálogo entre Cortes que nem sempre é praticado e nem sempre é possível, ocultando a dimensão de conflito<sup>58</sup>.

Em quarto e último, a teoria em questão não adverte que a diluição dos centros e dos processos de decisão impede uma precisa imputação de responsabilidade, operando, por um lado, um deslocamento dos poderes de decisão em favor de instâncias politicamente irresponsáveis (às autoridades técnicas, às Cortes) e, por outro, consentindo um infinito reenvio das responsabilidades políticas (se todos os níveis são responsáveis, então, nenhum deles o é de per si)<sup>59</sup>.

## 7. O PAPEL DOS CONSTITUCIONALISTAS: POR UM *CONSTITUCIONALISMO POLÊMICO*, E NÃO IRÊNICO (PACIFICADOR)

Diante desse quadro, Massimo Luciani afirma que, atu-

---

<sup>57</sup> Ibidem, p. 1663.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 1664.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 1667.

almente, o *poder* se apresenta, mais do que nunca, como o *problema* do constitucionalismo<sup>60</sup>.

A multiplicação dos níveis de decisão, tanto internamente aos Estados, quanto em nível de relações supranacionais e internacionais, não é apenas o resultado do aumento da complexidade social, mas é, também, fruto de uma escolha política subjetiva e consciente, que tende a transferir ao infinito a sede política de responsabilidade, transformando o poder em algo obscuro, difícil de ser controlado<sup>61</sup>.

Outrossim, o deslocamento da tomada de decisões em direção a sedes politicamente irresponsáveis como as Cortes Judiciais (incluídos os juízes em geral, e não só os constitucionais), se não for corretamente operacionalizado, pode acabar levando a essa dificuldade de controle do poder (de modo inclusive paradoxal, já que, “em origem, o reforço da jurisdição era o instrumento para limitar ao máximo o poder soberano”).<sup>62</sup>

Luciani adverte, portanto, que o papel dos constitucionalistas é o de:

(i) “capturar novamente aquele poder que muitos séculos atrás eles souberam subordinar ao direito e funcionalizar aos direitos”<sup>63</sup>;

(ii) trazer à luz as complexas relações entre o *poder*, o *direito* e os *direitos*<sup>64</sup>; e

(iii) revelar o baixo rendimento democrático dos procedimentos de decisão nos sistemas em rede ou multiníveis<sup>65</sup>.

É preciso, em suma, rejeitar os riscos de um *constitucionalismo irênico* (do grego *éirene*, que significa pacífico) - que se limite a celebrar os triunfos dos direitos fundamentais graças às jurisdições - e voltar a um *constitucionalismo polêmico*, que

---

<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 1667.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 1667-1668.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 1668.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 1668.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 1668.

se meça com o poder<sup>66</sup>.

É diante da *pólemos*, e não da *eiréne*, que o constitucionalismo deve vencer seus próprios desafios. “Em uma palavra”: arregacemos as mangas e retomemos o nosso antigo e duro trabalho, sem nos iludirmos de que o constitucionalismo tenha vencido uma vez por todas (Guantánamo, recordemo-lo, não é um pesadelo do passado, mas é aqui e hoje) e que a história tenha um fim, ao qual tivemos a sorte de termos já chegado.<sup>67</sup>

## 8. ASPECTOS HERMENÊUTICOS

### 8.1. OS JURISTAS ENQUANTO OPERADORES DA *IURIS-PRUDENTIA* E NÃO DA *IURIS-MENSURA*

Naturalmente, a importância que o jurista italiano reconhece ao *poder* no âmbito da experiência constitucional e a consequente crítica que faz às teorias de reavaliação do “jusnaturalismo histórico” não o fazem assumir uma atitude hermenêutica que possa enquadrá-lo nas superadas ideias Oitocentistas que davam absoluta prevalência aos conceitos abstratos das normas, desvinculando-as completamente de seus respectivos contextos sociais, e atribuíam aos juízes a função de descobrir, dentro dos comandos legislativos, uma única norma verdadeira.

Para Luciani, embora, na prática e na doutrina dos juristas positivos, a força de inércia de tais ideias (aliás, muito menos fortes de quanto se imagine) tenha atuado por décadas, muito pouco delas permaneceu em pé já a partir da virada dos Oitocentos aos Novecentos.<sup>68</sup>

No continente europeu, o golpe mais forte lhes foi dado pelo movimento *Freirechtsbewegung* e pela livre pesquisa científica de Géný, mas rapidamente se sucederam e se entrelaçaram

---

<sup>66</sup> Ibidem, p. 1668.

<sup>67</sup> Ibidem.

<sup>68</sup> LUCIANI, Massimo. Interpretazione conforme a Costituzione. *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016, p. 392-393.



a *Jurisprudência dos Interesses*, os realismos escandinavo e norte-americano, a teoria da argumentação de Perelman, a hermenêutica contemporânea, a doutrina da pré-compreensão, e algumas abordagens analíticas. Após todos esses golpes, ninguém mais conseguiu acreditar na ilusão positivista do século XIX (não, portanto, positivista de forma absoluta) da interpretação “única” dos textos normativos, o que deu ensejo a um repensamento positivo do papel do jurista e, em particular, do juiz, com ênfase na natureza criativa de sua atividade. Até os mais significativos desenvolvimentos do positivismo jurídico no século XX autorizavam tal conclusão, como se adverte na reconstrução kelseniana da nomopoiese, onde a legislação e a jurisdição se distinguem apenas porque a primeira tinha como tarefa positivar normas jurídicas gerais e a segunda, positivar normas jurídicas individuais, concluindo-se que o magistrado também produz direito, sendo relativamente livre no exercício dessa função<sup>69</sup>.

Levando em conta toda essa evolução doutrinária, que foi capaz de desacreditar os exageros das mencionadas teorias hermenêuticas Oitocentistas, Luciani afirma que, em sua atividade interpretativa, os juristas não atuam *more geometrae* e não praticam a *iuris-mensura*, mas sim, a *iuris-prudentia*<sup>70</sup>, uma vez que:

a) o direito faz uso da ambígua linguagem natural e não de uma linguagem formalizada<sup>71</sup>;

b) o significado do significante normativo é, por sua vez, um significante, carente ele mesmo de uma interpretação<sup>72</sup>;

c) o ato interpretativo é um ato relacional, que se desenvolve dentro de uma complexa relação comunicativa triádica en-

---

<sup>69</sup> LUCIANI, Massimo. Interpretazione conforme..., cit., p. 393.

<sup>70</sup> LUCIANI, Massimo. L'interprete della costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica. *Diritto e società*, n. 1, 2009, p. 10; LUCIANI, Massimo. Interpretazione costituzionale e testo della costituzione. Osservazioni liminari. In: AZZARITI, Gaetano (a cura di). *Interpretazione Costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2007, p. 44.

<sup>71</sup> Ibidem.

<sup>72</sup> Ibidem.

tre *emittente* e *destinatário* do significado, mediada pelo *significante*<sup>73</sup>;

d) não existe um texto que possa ser interpretado fora de seu contexto<sup>74</sup>;

e) nenhum intérprete pode escapar dos mecanismos rígidos da pré-compreensão<sup>75</sup>, isto é, da bagagem de conhecimentos e valores pré-adquiridos, com os quais ele já se apresenta para o ato interpretativo.<sup>76</sup>

É evidente, portanto, que “o espaço do agir hermenêutico do intérprete é assaz mais vasto daquele que se imaginava lhe fosse atribuído quando – com Pufendorf e Montesquieu – se falava do juiz (e, portanto, do intérprete) *autômato*, soldado, *bouche de la loi*”.<sup>77</sup>

## 8.2. O DEVER DE BUSCA PELA INDEPENDÊNCIA INTERIOR

O *maestro* italiano adverte, porém, que “qualquer que seja a amplitude daquele espaço, o intérprete encontra, entre o ser e o dever ser, entre o fato (o concreto caso social) e o direito, o querer legislativo”<sup>78</sup>; as proposições do intérprete, sejam elas “mais *Rechtsfindung* ou mais *Rechtsgebung*”, são sempre “fundadas sobre a intermediação de um ‘querer’ (ou seja, da ‘autori-

<sup>73</sup> Ibidem.

<sup>74</sup> Ibidem.

<sup>75</sup> Ibidem.

<sup>76</sup> LUCIANI, Massimo. L’indipendenza del giudice e le sue condizioni. In: Tribunal Constitucional del Perú. *Cultura Constitucional y Derecho Viviente. Escritos en honor al professor Roberto Romboli. Tomo II*. Lima: Q&P Impresores, 2021, p. 1611.

<sup>77</sup> Tradução livre do seguinte trecho: “(...) lo spazio dell’agire ermeneutico dell’interprete è assai più vasto di quello che si immaginava gli fosse assegnato quando – con Pufendorf e Montesquieu – si parlava del giudice (e quindi dell’interprete) *automate*, soldato, *bouche de la loi*” (LUCIANI, Massimo. L’interprete..., cit., p. 11).

<sup>78</sup> “(...) quale che sia l’ampiezza di quello spazio, l’interprete trova, framezzo l’essere e il dover essere, framezzo il fatto (il concreto caso sociale) e il diritto, il voluto legislativo” (LUCIANI, Massimo. L’interprete..., cit., p. 11).

dade' vichiana)".<sup>79</sup>

E, na busca pelo significado desse “querer”, o intérprete – especialmente o juiz desenhado pela Constituição italiana (terceiro, independente, imparcial) – deve buscar atingir a *independência interior*<sup>80</sup>, isto é, deve buscar compreender plenamente a bagagem de sua pré-compreensão no intuito de evitar que ela sirva de obstáculo a uma decisão verdadeiramente imparcial (baseada no direito positivo). Ninguém pode usar seus próprios *pre-julgamentos* como escudo para justificar os *julgamentos* que emite, muito menos quando quem os emite o faz nas vestes de juiz de Direito<sup>81</sup>.

Esse perfil judicial é algo que nossa tradição jurídica tem valorizado desde tempos imemoráveis. Ainda que sua origem seja mais antiga, podendo ser encontrada numa constituição do fim do século IV d.C., no Código de Justiniano já constava, expressamente, que “*Generali lege decernimus neminem sibi esse iudicem vel ius sibi dicere debere. In re enim propria iniquum admodum est alicui licentiam tribuere sententiae*”.<sup>82</sup>

Segundo Luciani, dessa antiga previsão, emerge, decisivamente, a ideia da *independência interior*, vale dizer, a ideia de que o juiz deve, antes de tudo, ser independente em relação a si

---

<sup>79</sup> LUCIANI, Massimo. L'interprete..., cit., p. 13.

<sup>80</sup> Segundo Luciani, uma síntese das características fundamentais da independência dos juízes, principalmente como reconstruída pela *Corte Costituzionale*, envolve a *independência interna*, como garantia contra condicionamentos oriundos da seara da própria magistratura, e a *independência externa*, como garantia contra condicionamentos oriundos de outros sujeitos institucionais. Embora qualifique essa síntese como perfeita, por definir a clássica *diade* da independência, o *maestro* italiano defende que ela deve ser transformada em *triade*, juntando às duas primeiras formas de independência uma terceira, justamente aquela ele chama de *independência interior*, isto é, a independência do juiz de si mesmo, nos termos expostos acima (LUCIANI, Massimo. L'indipendenza del giudice e le sue condizioni. In: Tribunal Constitucional del Perú. *Cultura Constitucional y Derecho Vivente. Escritos en honor al professor Roberto Romboli. Tomo II*. Lima: Q&P Impresores, 2021, p. 1601).

<sup>81</sup> LUCIANI, Massimo. L'indipendenza del giudice e le sue condizioni. In: Tribunal Constitucional del Perú. *Cultura Constitucional y Derecho Vivente. Escritos en honor al professor Roberto Romboli. Tomo II*. Lima: Q&P Impresores, 2021, p. 1611.

<sup>82</sup> Ibidem, p. 1601-1602.

mesmo:

a me sembra che in questa antica previsione e nella massima “*nemo iudex in causa propria*”, che la traduce nel nostro lessico giuridico quotidiano, emerge con decisione l’idea che il giudice debba essere anzitutto indipendente da se stesso, nel senso che gli è precluso non solo anteporre il proprio interesse soggettivo a quello oggettivo della legge, ma – ancor più radicalmente – tenerlo in qualche modo in considerazione.<sup>83</sup>

O *maestro* italiano ressalta, porém, que o pluralismo de ideias no âmbito da magistratura não deve ser repellido. Pelo contrário, a possibilidade de associação de juízes, além de garantida pelo art. 18 da Constituição italiana, é algo salutar, enquanto expressão de um pluralismo cultural que representa uma riqueza para as instituições. Todavia, esse pluralismo não pode servir de desculpa para que os juízes não busquem a *independência interior* ao exercerem a função judicial<sup>84</sup>.

Para ilustrar o autocontrole sobre a pré-compreensão em virtude da busca pela *independência interior*, Luciani traz à baila um caso julgado no início dos Novecentos, no qual o prestigioso jurista Lodovico Mortara, então presidente do Tribunal de Ancona, proferiu uma decisão reconhecendo o direito de as mulheres votarem nas eleições políticas, causando muito alvoroço numa Itália que ainda era bastante insensível às questões feministas. Ao ser indagado pela imprensa o que havia passado por sua cabeça para proferir uma decisão tão polêmica, Mortara confessou ser “pessoalmente contrário” a ela, mas “juridicamente favorável”, uma vez que o *Estatuto Albertino* – cujo texto exigia respeito - reconhecia a igualdade de direitos políticos a todos os “*regnicoli*”, palavra que, na *fattispecie* em questão (assim como ocorria em relação a outras que utilizavam a mesma expressão) devia ser considerada como referente tanto a homens quanto a mulheres<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Ibidem, p. 1602.

<sup>84</sup> Ibidem, p. 1611.

<sup>85</sup> LUCIANI, Massimo. Interpretazione costituzionale e testo della costituzione. Osservazioni liminari. In: AZZARITI, Gaetano (a cura di). *Interpretazione*

Embora a decisão – como era de se esperar - tenha sido reformada pela *Corte di Cassazione*, ela serve como ótimo exemplo de um juiz que, no entendimento de Luciani, é *ideal*, é o “modelo de juiz” ao qual “todos aqueles que *ius dicunt* deveriam se inspirar”. É verdade que o modelo diz respeito a um “gigante como Mortara”, mas nada impede que mesmo aqueles que não consigam atingir o seu grau de refinamento jurídico sejam capazes de alcançar a *independência interior*. Essa é “uma prestação que *devemos* exigir dos juízes, sem ceder à tentação realpolítica da justificação da parcialidade ideológica em nome do pluralismo de ideias”.<sup>86</sup>

### 8.3. A INTERPRETAÇÃO DAS LEIS É SEMPRE *OBJETIVA*, MAS NÃO PODE PRESCINDIR (COMO INSTRUMENTO AUXILIAR) DA PESQUISA SOBRE A INTENÇÃO DO LEGISLADOR HISTÓRICO

Questão muito debatida no âmbito dos estudos de hermenêutica jurídica é se o “querer legislativo” ao qual o intérprete almeja corresponde à *intenção do legislador histórico*, que é objeto da chamada interpretação *subjetiva*, ou ao *significado da lei*, que é objeto da chamada interpretação *objetiva*<sup>87</sup>.

Os juristas costumam aderir a uma dessas modalidades de interpretação (*subjetiva* ou *objetiva*), levando em conta, principalmente, a finalidade que eles atribuem ao processo hermenêutico<sup>88</sup>.

---

*Costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2007, p. 41-42; LUCIANI, Massimo. L'indipendenza del giudice e le sue condizioni. In: Tribunal Constitucional del Perú. *Cultura Constitucional y Derecho Vivente. Escritos en honor al professor Roberto Romboli*. Tomo II. Lima: Q&P Impresores, 2021, p. 1612.

<sup>86</sup> LUCIANI, Massimo. L'indipendenza del giudice e le sue condizioni..., cit., p. 1612.

<sup>87</sup> LUCIANI, Massimo. Itinerari costituzionali della memoria. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n° 4/2022, p. 108. Disponível em: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4\\_2022\\_05\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2022_05_Luciani.pdf). Acesso em: 27 dez. 2024.

<sup>88</sup> Ibidem.

Trata-se, porém, de um erro de perspectiva, pois, dada a precedência lógica e cronológica da lei em relação ao ato interpretativo que lhe é dirigido, a preferência pela interpretação *objetiva* ou *subjetiva* não pode ser decidida pelo escopo que se confere à atividade hermenêutica, mas sim, pelo fim que se atribui ao ato de legislar.<sup>89</sup>

A função legislativa é unicamente a de disciplinar relações sociais, configurando-as nos modos pretendidos pelo editor da lei, excluindo-se outros modos, por ele não perseguidos. Isso faz com que, à primeira vista, o escopo do intérprete pareça ser o de verificar (reconstruir) a intenção do legislador<sup>90</sup>.

Ocorre que a interpretação da lei envolve algumas peculiaridades que impedem a redução do ato hermenêutico à simples pesquisa pela volição significativa do legislador.<sup>91</sup>

E a impossibilidade dessa redução não decorre tanto das críticas tradicionais que costumam ser dirigidas à interpretação *subjetiva* (quanto mais se afasta do momento temporal da emissão do enunciado legislativo, menos sentido existe em reconstruir a vontade de seu autor; é impossível descobrir a vontade subjetiva dentro de um processo volitivo coletivo; há risco de imobilidade da aplicação normativa); essa impossibilidade decorre, sobretudo, do sentido profundo da normação legislativa (“senso profondo della normazione legislativa”)<sup>92</sup>.

Quem edita uma norma não se empenha num exercício intelectual abstrato, mas cumpre uma atividade *prática*, intencionada, efetivamente, a ordenar as relações sociais<sup>93</sup>, contando com uma relação *fiduciária* com aqueles que lerão e aplicarão os seus enunciados normativos<sup>94</sup>. E o instrumento adequado para

---

<sup>89</sup> Ibidem.

<sup>90</sup> Ibidem.

<sup>91</sup> Ibidem, p. 111.

<sup>92</sup> Ibidem, p. 111.

<sup>93</sup> Ibidem, p. 111.

<sup>94</sup> LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 167.

exercer essa função ordenadora da sociedade é a própria lei, compreendida como fonte de normas. É por meio das normas que o legislador disciplina a sociedade e é, portanto, a partir das normas que os comportamentos devem se deduzir como permitidos ou devidos. Destarte, é a norma que se apresenta como objeto do ato de conhecimento do intérprete, de modo que o que está fora dela não é um objeto direto da cognição, mas, no máximo, é instrumento do qual ela se serve<sup>95</sup>.

O procedimento pertinente à edição das leis, que culmina com a sua publicação, confirma essa conclusão. Se normatizar significa ordenar relações sociais, a divulgação oficial das normas é imprescindível para que os destinatários aprendam seus conteúdos. Essa ligação entre escritura das normas e a sua publicação atesta que os cidadãos devem se conformar unicamente às normas publicadas, com a consequência de que não é possível considerar disciplinadores das relações sociais os documentos estranhos às normas – como os documentos que exprimem a vontade de um ou mais membros do Parlamento durante o processo legislativo –, já que eles não são levados oficialmente ao conhecimento dos destinatários, não podendo produzir, legitimamente, qualquer efeito direto de vínculo.<sup>96</sup>

Demonstra-se, assim, que a interpretação das leis é sempre *objetiva*, uma vez que tem como objeto a *norma* e não a intenção do legislador ao editá-la, intenção essa que só constar em documentos estranhos ao texto normativo, carentes de divulgação oficial<sup>97</sup>.

A pesquisa da vontade do legislador é, porém, imprescindível, já que todo processo interpretativo, incluído o da lei, importa numa dupla contextualização do texto, tanto no pre-

---

<sup>95</sup> LUCIANI, Massimo. Itinerari costituzionali della memoria. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n° 4/2022. Disponível em: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4\\_2022\\_05\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2022_05_Luciani.pdf). Acesso em: 27 dez. 2024, p. 111.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 111.

sente, quanto no passado. A contextualização *in praeterito tempore* diz respeito à época da nomogênese, vale dizer, ao sentido com o qual a norma foi originalmente pensada e como os tipos dos interesses em jogo foram avaliados e coordenados pelo seu editor.<sup>98</sup> Para ser *colhida na sua objetividade*, a norma deve ser, antes de mais nada, situada no contexto (e segundo o co-texto) identificado pelo legislador histórico.<sup>99</sup>

Em suma, para Massimo Luciani, a chamada interpretação *subjetiva* é mero instrumento auxiliar (embora imprescindível) do processo hermenêutico das leis (que é sempre *objetivo*), e ela tem sentido apenas se mira à vontade do legislador histórico para mirar, por sua vez, mediante sua verificação, à norma<sup>100</sup>.

Uma das principais consequências práticas de tudo isso é que, quando a intenção do legislador não é coerentemente objetivada na norma, essa intenção acaba se tornando irrelevante. Um exemplo significativo pode ser tirado da experiência jurídica italiana, quando a reforma constitucional de 2001 modificou o art. 117 da Constituição, passando a estabelecer que a competência legislativa do *Stato* e das *Regioni* devem respeitar a Constituição e os vínculos do ordenamento comunitário e das obrigações internacionais. Quando a proposta dessa reforma ainda estava em discussão, Massimo Luciani alertou que, se aprovada, seu texto permitiria que o controle judicial de constitucionalidade também começasse a ser exercido sobre as leis que violassem tratados internacionais. Em resposta a esse alerta, Leopoldo Elia, então senador, discordou e manifestou que o resultado da reforma se limitaria a impor uma maior vigilância e exigência, em sede parlamentar, de autorização para a ratificação dos tratados, na esteira do modelo do Senado dos EUA. Todavia, passados alguns anos da aprovação da reforma, a Corte Constitucional

---

<sup>98</sup> Ibidem, p. 110.

<sup>99</sup> Ibidem, p. 114.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 112.



italiana confirmou (e corretamente) o alerta de Luciani, já que o texto não consentia interpretação diversa, qualquer que tivesse sido a *vontade* do legislador histórico. Passou-se, portanto, a se utilizar dos tratados internacionais como parâmetros interpostos, de modo que a sua violação pelas leis se tornou violação do art. 117 da Constituição para efeitos de controle judicial<sup>101</sup>.

É importante ressaltar – e aqui Luciani relembra uma observação crítica que Riccardo Guastini fez a Luigi Lombardi – que a interpretação *subjetiva* não é necessariamente também interpretação fixamente histórica. Se a interpretação histórica se destina a verificar o significado da lei no tempo da sua entrada em vigor e a interpretação evolutiva pretende verificar seu significado no tempo em que ela é interpretada, parece correto concluir pela possibilidade de seus entrelaçamentos, de modo a termos uma interpretação objetiva-histórica e uma interpretação subjetiva-histórica, uma interpretação literal-histórica e uma literal-evolutiva, e assim por diante. É possível conferir a um texto normativo um significado, concomitantemente, subjetivo e evolutivo, referindo-se à intenção que se pode atribuir, hipoteticamente, à autoridade normativa mediante enunciados do tipo: *se o legislador tivesse examinado tal fattispecie, ele a teria disciplinado de tal modo; se o legislador tivesse legiferado nas circunstâncias presentes, ele teria disposto de tal modo*. A decisão da Suprema Corte dos EUA a respeito do porte de arma o reconhece, na parte em que afirma que: “Although its meaning is fixed according to the understandings of those who ratified it, the Constitution can, and must, apply to circumstances beyond those the Founders specifically anticipated”<sup>102</sup>.

#### 8.4. A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DIANTE DE SUA *ASPIRAÇÃO À ETERNIDADE ORDENADORA*

---

<sup>101</sup> Ibidem, p. 114-115.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 112.

Tanto as leis quanto a Constituição são normas jurídicas escritas (ao menos nos ordenamentos como o italiano), não existindo uma diferença *ontológica* entre ambas que implique em métodos de interpretação distintos<sup>103</sup>.

Segundo Massimo Luciani, o que efetivamente as distingue, para efeitos hermenêuticos, é que a Constituição disciplina a sociedade com uma *aspiração à eternidade ordenadora*<sup>104 105</sup>.

Ainda que as próprias leis ordinárias sejam concebidas para durar – exceção feita àquelas que se qualificam, declaradamente, como temporárias –, é somente a Constituição que “ambiciona prescrever as regras do jogo de um ordenamento que viverá como tal somente porque, e até que, aquelas regras, ditadas por aquela Constituição, na sua específica identidade substancial, durarão”<sup>106</sup>. Mais do que quando interpreta as leis, o intérprete, quando se refere à Constituição, possui uma obrigação de estabilidade hermenêutica maior e deve se ancorar com mais robustez na *voluntas* do autor histórico.<sup>107</sup>

Ocorre, por conseguinte, exatamente o contrário do que afirmam os teóricos da *Verfassungswandlung*, para os quais se-

---

<sup>103</sup> LUCIANI, Massimo. Itinerari costituzionali della memoria. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 4/2022, p. 115. Disponível em: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4\\_2022\\_05\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2022_05_Luciani.pdf). Acesso em: 27 dez. 2024; LUCIANI, Massimo. L'interprete..., cit., 17-22.

<sup>104</sup> LUCIANI, Massimo. L'interprete..., cit., p. 21-22.

<sup>105</sup> Ao publicarmos o nosso *Constitucionalização, Constituição e Teoria do Direito*, optamos por traduzir a expressão de Massimo Luciani utilizando o adjetivo “ordenatória”, ao invés de “ordenadora”. Atualmente, após melhor reflexão, preferimos utilizar o adjetivo “ordenadora”, que parece significar melhor uma ordem estruturante e permanente.

<sup>106</sup> LUCIANI, Massimo. Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicane. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 1, 2013. Disponível em: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1\\_2013\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2013_Luciani.pdf). Acesso em: 11 set. 2023. p. 1.

<sup>107</sup> LUCIANI, Massimo. Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicane. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 1, 2013. Disponível em: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1\\_2013\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2013_Luciani.pdf). Acesso em: 11 set. 2023. p. 1; LUCIANI, Massimo. L'interprete..., cit., p. 20-22.

ria justamente a (eventual) avançada idade das normas constitucionais que as exporia a leituras alternativas, calibradas sobre exigências da contemporaneidade.<sup>108</sup>

Luciani ressalta, entretanto, que a *aspiração à eternidade ordenadora* não pode impedir que, com a mudança dos fatos sociais, a interpretação do texto constitucional sofra evoluções. Assim como ocorre com as leis, a Constituição, como qualquer outro produto humano, deve ser lida seja por aquilo que é no contexto atual, seja pelo que era no contexto em que foi editada, no intuito de respeitar verdadeiramente o originário pacto fundante, “projetando no presente e no futuro a essência de valor que justamente ao futuro foi entregue”<sup>109</sup>. Por conseguinte,

il testo nel suo originario contesto, in una con l'originario intento del costituente, è dunque indispensabile per comprendere quale sia il contenuto di valore che si è voluto confidare all'‘eternità’. Ma è solo immergendo il testo nel suo nuovo e di volta in volta attuale contesto che è possibile rispettare davvero l'originario patto fondativo (nel quale l'intento iniziale si è espresso), proiettando nel presente e nel futuro l'essenza di valore che proprio al futuro è stata consegnata.<sup>110</sup>

Para o jurista italiano, quando se edita uma norma, sua edição é feita pensando-se na sua futura aplicação, mas, justamente porque sua aplicação será futura, aquele que produz a norma *hoje* não pode querer substituir quem a aplicará *amanhã*. Nessa perspectiva, acaba perdendo qualquer fundamento a polêmica entre o *originalismo* e o *anti-originalismo*, tendo em vista que tal polêmica “pretende restringir o intérprete a levar em conta somente uma das duas direções que – pelo contrário – ele precisa seguir”<sup>111</sup>.

---

<sup>108</sup> LUCIANI, Massimo. Itinerari costituzionali della memoria. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 4/2022, p. 115. Disponível em: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4\\_2022\\_05\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2022_05_Luciani.pdf). Acesso em: 27 dez. 2024. p. 115.

<sup>109</sup> LUCIANI, Massimo. L'interprete..., cit., p. 24-25.

<sup>110</sup> LUCIANI, Massimo. L'interprete..., cit., p. 24-25.

<sup>111</sup> Tradução livre de trecho constante em: LUCIANI, Massimo. L'interprete..., cit.,

E essa perda de fundamento da polêmica entre *originalismo* e *anti-originalismo* se aplica inclusive às discussões teóricas travadas nos EUA, onde ela alcançou enorme relevância. Ao contrário do que se costuma dizer, o *originalismo* norte-americano não equivale a uma “petrificação” da Constituição, mas requer a contínua adaptação às exigências do presente, inclusive de acordo com a vontade originária dos *Framers*. Ademais, é sempre através do texto que o constituinte histórico estadunidense manifestou a própria vontade ordenadora do futuro e, conquanto a sua intenção deva ser atualizada mediante uma leitura do texto adequada no tempo, é justamente o texto que exprime o “pacto fundamental” que deve guiar o intérprete<sup>112</sup>.

É verdade que, nos EUA, a questão do *originalismo* acabou trilhando um caminho claramente ideológico, sendo empunhado como uma verdadeira arma por juristas conservadores, que a utilizaram para deslegitimar qualquer leitura progressista da Constituição. Muitas vezes, o *originalismo* norte-americano não se funda sobre uma específica doutrina da interpretação, mas sim, sobre uma narração tradicionalista concernente à experiência constitucional estadunidense que é oposta àquela *liberal*.<sup>113</sup>

Todavia, analisando a questão com mais atenção, quando considerado em si mesmo, o *originalismo* resulta ideologicamente neutro: o originalismo estadunidense é quase sempre conservador porque a Constituição norte-americana, concebida em 1787, não conhece e não contempla aquela dimensão jurídico-constitucional em que teria se desenvolvido, nos Novecentos, o Estado social; o *originalismo* italiano é progressista porque a

---

p. 25.

<sup>112</sup> LUCIANI, Massimo. Itinerari costituzionali della memoria. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 4/2022, p. 115. Disponível em: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4\\_2022\\_05\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2022_05_Luciani.pdf). Acesso em: 27 dez. 2024. p. 116.

<sup>113</sup> LUCIANI, Massimo. Itinerari costituzionali della memoria. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 4/2022, p. 115. Disponível em: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4\\_2022\\_05\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2022_05_Luciani.pdf). Acesso em: 27 dez. 2024. p. 120.

Constituição da Itália é muito mais avançada do que a realidade político-social que foi chamada a disciplinar. O sentido ideológico do originalismo depende, em suma, do sentido ideológico da Constituição ao qual se aplica. Consequentemente, a discussão teórica que o concerne deveria ser absolutamente depurada dessa hipoteca.<sup>114</sup>

Deixando de lado os ideologismos, Massimo Luciani faz a seguinte síntese sobre como o intérprete deva raciocinar: (a) nas Constituições se estabelecem as regras do jogo, que são fixadas “então para agora”, sendo tarefa do intérprete conservar a essência de seu valor, que define o acordo ou as decisões unilaterais fundantes da comunidade política; (b) as Constituições aspiram à *eternidade ordenadora* (apenas a Constituição, não as leis, ambiciona prescrever as regras do jogo de um ordenamento que viverá como tal unicamente porque e até que aquelas regras, ditadas por aquela Constituição, na sua específica identidade substancial, durarão), de modo que elas pretendem conservar exatamente aquela essência de valor conforme determinada pelos pactuantes ou pelos decisores; (c) consequentemente, o texto da Constituição exige um referimento mais fixo à vontade do autor histórico (referimento que não falta na interpretação das leis, mas aumenta sua graduação na interpretação constitucional); (d) não valeria objetar a tudo isso que o texto permaneceu e o sujeito histórico que o quis desapareceu, porque, se uma Constituição ainda resta em pé (ou seja, não está somente em vigor, mas também é compartilhada e possui verdadeira força prescritiva), isso se deve ao fato de que o sujeito histórico que a editou interpretou corretamente as correntes profundas da sociedade, as quais se mantém, não obstante o desaparecimento do *conditor* (cujá vontade, portanto, resta ainda significativa em razão da ligação com o texto que antes se colocou em evidên-

---

<sup>114</sup> LUCIANI, Massimo. Itinerari costituzionali della memoria. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 4/2022, p. 115. Disponível em: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4\\_2022\\_05\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2022_05_Luciani.pdf). Acesso em: 27 dez. 2024. p. 121.

cia).<sup>115</sup>

## 9. A DESNECESSÁRIA DISTINÇÃO DOUTRINÁRIA ENTRE *DISPOSITIVO* E *NORMA*

Num artigo de 2016, intitulado *Interpretazione conforme a Costituzione*<sup>116</sup>, o jurista italiano nos brinda com uma lição magnífica, demonstrando a inadequação da doutrina dominante segundo a qual existiria uma distinção entre o *dispositivo* da norma (*texto normativo*), enquanto enunciado editado pelo legislador, e a *norma*, enquanto enunciado produzido pela interpretação, especialmente por aquela realizada pelos juízes<sup>117</sup>.

Alterando seu próprio posicionamento anterior, Luciani evidencia que a distinção teórica entre *dispositivo* e *norma*, se levada às justas consequências lógicas, negaria a existência de normatividade do direito antes da intervenção jurisdicional nos casos concretos, situação que é desmentida pela prática jurídica.<sup>118</sup>

Com efeito, assim que os enunciados legislativos entram em vigor, sobretudo quando não apresentam dúvidas interpreta-

---

<sup>115</sup> LUCIANI, Massimo. Itinerari costituzionali della memoria. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 4/2022, p. 115. Disponível em: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4\\_2022\\_05\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2022_05_Luciani.pdf). Acesso em: 27 dez. 2024. p. 121.

<sup>116</sup> LUCIANI, Massimo. *Interpretazione conforme a Costituzione*. *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016.

<sup>117</sup> Trata-se da mesma doutrina que, no Brasil, costuma fazer a distinção entre o *texto normativo* e a *norma*. Veja-se, a propósito: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 30-35; GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 79-80.

<sup>118</sup> “Quando, infatti, si ipotizza che il testo non abbia alcunché di rilevante da dire finché non è interrogato dal caso, se ne opera una implicita svalutazione, anzi si abbandona del tutto la prospettiva della normatività. In questa ipotesi ricostruttiva il diritto (oggettivo) è forma muta e vuota, incapace di qualunque *Lebensäußerung* prima del vivificante confronto con il caso. È però da chiedersi se nella realtà del diritto le cose funzionino davvero così” (LUCIANI, Massimo. *Interpretazione conforme...*, cit., p. 425).

tivas, eles já são capazes de conformar o comportamento das pessoas físicas e jurídicas, que são seus principais destinatários<sup>119</sup>, e aos quais cabe, portanto, uma atividade interpretativa precedente àquela elaborada pelos juízes.<sup>120</sup>

Não é muito diversa a posição dos operadores do Direito que, assim que se veem diante de leis que acabaram de ser promulgadas, interpretam-nas, imergindo-as imediatamente em sua experiência de juristas, manifestando-se num *blog*, escrevendo memorandos, dando ou solicitando pareceres de jurisprudentes.<sup>121</sup>

Essas normas recém promulgadas

possono non avere alcun collegamento con alcun concreto caso della vita (nel senso che possono non averlo per questo o per quel singolo operatore del diritto, non chiamato o non chiamato in quel momento a trattare un caso che ne sia interessato), eppure, già prima di essere “interrogate” dal caso, quelle norme “rispondono”.<sup>122</sup>

Destarte, a escolha da doutrina dominante de chamar de *norma* o resultado da interpretação e de *disposição* aquilo que na linguagem comum se chama de norma é, não apenas lexicalmente, mas conceitualmente discutível. Seria melhor “continuar a chamar de <<norma>> aquela que se quis denominar <<disposição>> e chamar simplesmente <<interpretação>> (no sen-

---

<sup>119</sup> “L’indirizzo prevalente (a conferma della tendenza ad assumere una prospettiva antipolitica) sembra trascurare la questione dei destinatari ultimi dei precetti normativi. Essi appaiono sistematicamente ignorati dalla dottrina dell’interpretazione, che (al di là delle apparenze) immagina una partita giocata solo da tre giocatori: il legislatore, il giurista, il giudice, se non — come vedremo — da due (perché è il giudice l’operatore del diritto al quale si dedica attenzione pressoché esclusiva). In quella partita non c’è spazio per il quarto e più importante giocatore, che è il comune soggetto di diritto.

[...]. In realtà, come anche il senso comune percepisce, gli enunciati prescrittivi di legge si rivolgono (anche e soprattutto) proprio alle concrete persone fisiche e giuridiche e ad esse spetta, prioritariamente, la loro interpretazione” (LUCIANI, Massimo. Interpretazione conforme..., cit., p. 415).

<sup>120</sup> LUCIANI, Massimo. Interpretazione conforme..., cit., p. 415.

<sup>121</sup> Ibidem, p. 426.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 426.

tido de interpretação/produto) aquela que se quis denominar <<norma>>”.<sup>123</sup>

Se essa conclusão é evidenciada pela capacidade normativa que as normas recém-editadas demonstram na prática jurídica, há que se observar que essa capacidade só é possível porque essas normas nascem num contexto *linguístico-formal* e *histórico-material* que permite uma atribuição preliminar de significado ao enunciado prescritivo<sup>124</sup>, atribuição essa que “define

<sup>123</sup> Tradução livre de trecho constante em: LUCIANI, Massimo. Interpretazione conforme..., cit., p. 421.

<sup>124</sup> Sobre o significado de tal contextualização *linguístico-formal* e *histórico-material*, vale à pena reproduzir o seguinte trecho do artigo *Interpretazione conforme a costituzione*:

“Quando l’interpretazione giuridica si dispiega, pertanto, si confronta già con un enunciato determinato almeno formalmente (conosciamo, nel senso di Hare, il suo *modus* — è normativo — e sappiamo che la sua normatività è giuridica), mentre dobbiamo ancora definire la sua piena sostanza di contenuto (231). Eppure, anche qui è dubbio che senza un contesto materiale specifico l’enunciato interpretando sia privo di determinazioni contenutistiche. Ipotizziamo un enunciato prescrittivo qualunque, anzi uno dei più improbabili: ‘Chiunque cavalca un asino volante è punito con la reclusione da uno a tre anni’ e immaginiamo che (magari a causa di un virus) compaia improvvisamente sullo schermo del nostro computer. È ben difficile che le prescrizioni che se ne possono desumere abbiano mai una qualche applicazione concreta e anzi, per quanto conosciamo delle qualità degli equini, non ne avranno mai. Tuttavia, sebbene un’applicazione non possa darsi, l’enunciato è perfettamente comprensibile da chi parla la lingua italiana e può essere infallibilmente tradotto almeno in tutte le lingue nelle quali i termini che lo compongono sono conosciuti e hanno dei precisi corrispondenti. Visto come l’abbiamo ricevuto, è ignoto anche se si tratti di un enunciato prescrittivo di un qualche ordinamento giuridico e, nell’ipotesi in cui lo fosse, se lo sia di quello italiano: per quanto ne sappiamo potrebbe trattarsi dell’ordinamento sanmarinese, di quello svizzero, di quello dello Stato Città del Vaticano, oppure potrebbe trattarsi di un ordinamento italofono scomparso, come quello del Regno delle Due Sicilie o quello del Granducato di Toscana. Pur in questa ignoranza potremmo certamente tradurlo con precisione, che so, in francese o in tedesco.

Tutto questo sta a dire che (ovviamente in presenza di un contesto linguistico-formale che lo renda riconoscibile in quanto enunciato) un’attribuzione preliminare di significato a un enunciato prescrittivo non ancora compiutamente immerso in un contesto storico-materiale è possibile prima che: a) vi sia una sua interrogazione da parte di un caso concreto; b) sia iniziata l’attività di interpretazione giuridica. Se questo è vero, pur nella complessità di un’interpretazione che è sempre chiamata a essere sistematica, e pur entro una realtà giuridica in cui, come si vedrà (infra, § 6),



as condições de possibilidade (de pensabilidade) de todas as interpretações que poderão ser solicitadas pelos procedimentos de comparação do caso e de atualização”.<sup>125</sup>

E é justamente com base nessas condições de possibilidade hermenêutica que se pode encontrar o ponto de descontinuidade entre a *produção* jurídica do legislador e do juiz, que permite conferir somente ao primeiro o papel de autêntico *criador* de normas. É o legislador o autor legitimado a definir as condições de possibilidade da escolha interpretativa, que não estão no domínio do juiz, não são objeto de uma escolha, porque

---

normalmente interpretazione e applicazione del diritto vanno di pari passo, l'interprete ha il suo bravo codino cui aggrapparsi per tirarsi fuori dalla palude senza attendere d'essere salvato dalla determinazione materiale di contesto fornita da un caso da risolvere. E il testo, ancor prima di essere immerso nelle relazioni materiali di sistema, sta già nel contesto linguistico-formale della propria produzione (almeno nel co-testo) e grazie a quel contesto definisce le prime condizioni di possibilità della propria interpretazione.

Se, ora, passiamo al contesto materiale-sostanziale, la conclusione non cambia. Guardiamo la concretezza della vita reale dell'ordinamento e il vero e proprio contesto storico nel quale l'enunciato del legislatore è emesso o ricevuto. Si è giustamente osservato che l'interprete sa bene che l'enunciato del legislatore non è « sospeso in un qualche vuoto cosmico », ma è emesso in un preciso contesto fattuale, storico, assiologico. Egli, dunque, è posto di fronte alla concreta enunciazione di un enunciato (piena di tutte le sue determinazioni di contesto) e solo per una finzione priva di qualunque ragione logica si può immaginare ch'egli abbia a che fare (anziché con una concreta enunciazione) con un astratto enunciato, che ovviamente è assai più aperto a interpretazioni plurime a causa dell'assenza di determinazioni concrete che caratterizza — appunto — la sua astrattezza. Del resto, anche in sede di filosofia analitica si riconosce che il processo interpretativo che conduce dall'enunciato prescrittivo alla proposizione riguarda « l'enunciato in quanto considerato in una sua particolare enunciazione », con ciò legando il processo interpretativo al contesto dato nel quale l'enunciato riceve — appunto — la sua particolare enunciazione. Ma non è tutto qui. Sebbene sia ovvio, in genere si dimentica che le determinazioni di contesto sono cognite anzitutto al legislatore, sicché il suo enunciato nasce già consapevolmente contestualizzato (entro l'atto-fonte che lo contiene, ma pure entro l'intero sistema giuridico, per come si dà al momento dell'enunciazione). Anche se — come vedremo — è nella logica degli enunciati prescrittivi la loro attualizzazione, l'interprete non può contestualizzare l'enunciazione dell'enunciato legislativo al tempo T<sup>1</sup> (che è il suo), ma deve contestualizzarla al tempo T<sup>0</sup> (che è quello del legislatore). Attualizzazione e contestualizzazione sono due cose diverse.” (LUCIANI, Massimo. *Interpretazione conforme...*, cit., p. 420-421).

<sup>125</sup> LUCIANI, Massimo. *Interpretazione conforme...*, cit., p. 420-421.

constituem o *dado* dentro do qual a faculdade de escolha deve se exercitar. Obviamente, as condições hermenêuticas

non sono offerte solo dal dato testuale, dall'enunciato legislativo, ma non è dubbio che questo ne faccia decisamente (e prioritariamente) parte e – soprattutto – che la sua peculiarità sia il provenire da un emittente legittimato proprio alla definizione delle altrui condizioni di possibilità<sup>126</sup>

È verdade, outrossim, que o legislador, se e quando interpreta a Constituição, o faz com o fim de não aprovar uma lei inconstitucional, mas isso não significa que a lei seja um enunciado interpretativo da Constituição. A lei não assume como sua premissa mais relevante uma qualquer norma jurídica, ao passo que a sentença leva consigo enunciados interpretativos da Constituição, das leis e de outras normas jurídicas.<sup>127</sup> Por conseguinte, a atividade realizada pelo juiz não poderá jamais se confundir com aquela do legislador e nem mesmo dizer-se de *criação* de norma.<sup>128</sup>

Há que se dizer que nada disso que Luciani escreveu em seu *Interpretazione conforme a Costituzione* contraria seus estudos anteriores na parte em que ele rejeita, categoricamente, o *formalismo científico*. Pelo contrário, logo no início do mencionado artigo, o *maestro* italiano menciona a total superação do *formalismo científico*, enumerando inclusive as principais linhas de pensamento europeias que contribuíram para essa derrocada, nos termos expostos anteriormente<sup>129</sup>.

Na verdade, uma das principais mensagens de Luciani nesse artigo é a de que, apesar dessa derrocada, e apesar da interpretação exigir sempre a contextualização e a atualização das prescrições normativas, ainda continua nítida a distinção entre a *legis-latio* e a *iuris-dictio*, no sentido de que a segunda é uma atividade de atribuição de significado aos enunciados nos quais

---

<sup>126</sup> Ibidem, p. 423.

<sup>127</sup> Ibidem, p. 424.

<sup>128</sup> Ibidem, p. 426.

<sup>129</sup> Nos termos expostos no tópico 8.1.

se resolve o exercício da primeira:

S'è già detto che nessuno può più dar credito all'illusione positivistico-ottocentesca dell'‘unica’ possibile interpretazione del testo. Questo, però, non significa che l'attività interpretativa coincida con l'attività produttiva (creativa) del diritto (delle norme), né autorizza a motivare l'indirizzo neoermeneutico o quello realistico con la critica a un positivismo di comodo — quello che riduce l'ordinamento giuridico «alla volontà autocratica del legislatore» —, che non esiste più da tempo. Il positivismo dei giorni nostri (che a questo punto, per evitare equivoci, potremmo anche non chiamare più positivismo, ma — poniamo — “cognitivismo moderato”, o come altro si crede) è perfettamente consapevole della polisemia dei termini del linguaggio naturale; dell'impossibilità che il testo, fuori da un concreto contesto materiale, manifesti tutte le sue potenzialità significanti; della complessità del fenomeno giuridico, nel quale tra il precetto legislativo e la sua applicazione intercorre un giuoco continuo di rimandi. Continua, tuttavia, a segnare uno stacco netto fra la *legis-latio* e la *iuris-dictio*, pretendendo che la seconda sia davvero un'attività di ascrizione di significato agli enunciati in cui si risolve l'esercizio della prima. E fa bene.<sup>130</sup>

## 10. A RELAÇÃO ENTRE O *DIREITO* E A *MORAL*

Massimo Luciani reconhece a existência de uma relação de “lógica funcional” entre a *moral* e o *direito*, no sentido de que o conteúdo desse último não deve se distanciar demasiadamente das crenças morais dos cidadãos, sob pena de colocar em risco a efetividade do ordenamento:

[...] se il diritto deve tradurre, mediamente, i precetti morali in precetti giuridici, lo si deve imputare non a caratteristiche *ontologiche*, ma a caratteristiche *ontiche* e ad esigenze *funzionali*, nel senso che, essendo il diritto uno strumento che aspira alla regolazione dei rapporti sociali tra gli essere umani,

<sup>130</sup> LUCIANI, Massimo. Interpretazione conforme..., cit., p. 432.

una sua eccessiva distanza dalle credenze morali dei consociati ingenera il rischio dell'ineffettività, la quale, se pur non attenta alla giuridicità delle singole norme, cagiona la perdita di giuridicità dell'ordinamento.<sup>131</sup>

Levando esse raciocínio ao campo específico do Direito Constitucional, Luciani afirma que, apesar de o Poder Constituinte não possuir restrições jurídicas (*legibus solutus*), existem limites *morais e históricos* que o circunscrevem<sup>132</sup>.

Se não pretende que o resultado de seu trabalho seja efêmero, o Poder Constituinte “deve interpretar e detectar o interesse real e profundo da comunidade política que pretende – precisamente - ordenar”. A decisão constituinte

può aspirare al futuro solo a condizione che nella *voluntas* che ivi si manifesta si esprima anche una *ratio* storica. Solo se, insomma, il potere costituente cessa di immaginarsi come assolutamente libero nei fini e si concepisce come uno strumento di espressione delle correnti profonde che attraversano il corpo sociale.<sup>133</sup>

Contudo, os juízes não podem deixar de aplicar uma lei com base nessa *ratio* histórica. Ao menos nos ordenamentos instituídos pela decisão de uma Assembleia Constituinte, os argumentos de Edward Coke no famoso *Bonham's Case* não são aceitáveis. Onde existem textos constitucionais, “a consciência profunda da comunidade política prevalece sobre a lei, enquanto tenha sido positivada em específicas normas constitucionais. São essas, aliás, que prevalecem sobre aquela <<consciência profunda>> ainda quando a contrastam”. A “dissociação dos direitos da positividade da Constituição não reconstrói o ordenamento por aquilo que ele é, mas por aquilo que se imagina ou se quisesse que ele fosse”.<sup>134</sup>

A partir desse ponto de vista, Luciani rejeita inclusive a

---

<sup>131</sup> LUCIANI, Massimo. L'interprete..., cit., p. 2.

<sup>132</sup> LUCIANI, Massimo. L'antisovrano e la crisi delle costituzioni. *Rivista di Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, n.1, 1996, p. 153.

<sup>133</sup> LUCIANI, Massimo. Costituzionalismo irenico..., cit., p. 1656.

<sup>134</sup> LUCIANI, Massimo. Costituzionalismo irenico..., cit., p. 1658.

ideia de que “os direitos por princípios, típico das Constituições modernas, reclamam do intérprete um posicionamento análogo àquele de quem se encontra com o Direito Natural”, como se o Direito Constitucional que tenha positivado os princípios valha como se vigesse o Direito Natural. Entre o Direito Natural e o Direito Positivo (ainda que de nível constitucional) existe uma diferença não reconduzível, dada pela intermediação da “vontade positivadora” (*volontà positivizzante*), aspecto volitivo que incorpora, ao raciocínio do intérprete, elementos como o texto, a história, os eventos políticos e as subjetividades sociais:

Fra il diritto naturale e il diritto positivo (ancorché di rango costituzionale) corre infatti una differenza non riducibile, che è data dall’intermediazione della volontà positivizzante. E la presenza di questo elemento volontaristico fa irrompere nel ragionamento dell’interprete elementi quali il testo, la storia, la vicenda politica, le soggettività sociali, che precludono qualunque sovrapposizione di logiche e di effetti tra due mondi (quello del diritto naturale e quello del diritto positivo) che restano irriducibili l’uno all’altro (fosse pure nella chiave di un evocativo *Als-Ob*).<sup>135</sup>

É por essas razões que Luciani reconhece sua posição como pertencente ao *positivismo jurídico*, onde se postula uma clara separação entre *direito e moral*<sup>136</sup>.

Para a teoria *lucianiana*, a ideia de um direito não qualificável como jurídico por ser considerado moralmente indigno (ideia essa sustentada por um positivista arrependido como Gustav Radbruch, que depois veio a qualificar como *Unrecht* o direito nacional-socialista) é duplamente discutível: a uma, porque o ordenamento “indigno” emprega – em relação aos fins obscenos – exatamente o mesmo instrumentário jurídico dos ordenamentos “dignos”; a duas, porque a interferência de avaliações

---

<sup>135</sup> LUCIANI, Massimo. Dottrina del moto..., cit., p. 11.

<sup>136</sup> LUCIANI, Massimo. Il diritto della forza. *Lectio brevis*. Accademia dei Lincei, Roma, 19 aprile 2024. Disponível em: [https://www.lincci.it/sites/default/files/documenti/Articles/Luciani\\_Lectio\\_brevis\\_Diritto\\_della\\_forza19aprile2024.pdf](https://www.lincci.it/sites/default/files/documenti/Articles/Luciani_Lectio_brevis_Diritto_della_forza19aprile2024.pdf). Acesso em: 11 dez. 2024. p. 11.

morais na operação de qualificação jurídica de um ordenamento se presta aos abusos mais discutíveis (a acusação de indignidade poderia ser direcionada por um pensamento totalitário ou fundamentalista aos ordenamentos liberal-democráticos com a mesma convicção com que Radbruch lançou a própria execração contra o nazismo)<sup>137</sup>.

O jurista italiano relembra a afirmação de Natalino Irti no sentido de que a conclusão acima, embora correta, seria uma expressão da natureza niilista da experiência jurídica contemporânea. Entretanto, trazendo à baila uma frase de Walter Benjamin, Luciani observa que traços niilistas também podem ser encontrados onde menos se espera, já que, “se o direito positivo é cego por causa do caráter incondicional dos fins, o direito natural é cego por causa do caráter incondicional dos meios” (Walter Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt*); se, em outras palavras, os positivistas se desinteressam pela qualidade moral dos fins, considerando direito válido tudo aquilo que, nas devidas formas, é proclamado pelo titular do poder normativo, os jusnaturalistas se desinteressam pela qualidade moral dos meios, considerando direito válido tudo aquilo que o titular do poder normativo proclama conforme aos fins últimos. Se se considera que o positivismo jurídico seja niilista pelo fato de aceitar qualquer fim querido pelo autor da norma, niilista se deve igualmente considerar o jusnaturalismo, para o qual é apropriado qualquer meio que leve ao fim considerado conforme à natureza. É ao jurídico em si – e não a uma sua particular fase histórica ou forma de manifestação – que o niilismo acaba, portanto, acessando nessa perspectiva<sup>138</sup>.

## 11. A RELAÇÃO ENTRE O *DIREITO* E A *FORÇA*

Num artigo escrito como *lectio brevis* para a *Accademia*

---

<sup>137</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>138</sup> Ibidem, p. 12.

*Nazionale dei Lincei*, e depois publicado na revista *Lo Stato*<sup>139</sup>, Luciani expõe sua teoria sobre a relação entre a *força* e o *direito*, levando em conta os três planos em que essa relação opera:

- (i) o plano do fundamento geral do fenômeno jurídico;
- (ii) o plano do nascimento e da manutenção de determinado ordenamento; e
- (iii) o plano de garantia da obediência dos preceitos, singularmente considerados, que determinado ordenamento impõe.

Reconhecendo que o terceiro plano é o mais fácil de ser afrontado, o jurista italiano opta por um percurso discursivo que parte do último em direção ao primeiro.

### 11.1. A GARANTIA DA OBEDIÊNCIA DOS PRECEITOS SINGULARMENTE CONSIDERADOS

A obediência dos preceitos, singularmente considerados, de um determinado ordenamento jurídico pode ser dependente de mecanismos que nada têm a ver com a *força*, como o consenso dos associados ou a positivação de preceitos de direito divino ou natural que qualquer ser humano percebe como vinculante.<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> O n° 23 da revista *Lo Stato* (2024) não apenas publicou *ipsis litteris a lectio brevis*, mas também abriu um espaço de diálogo a respeito dela, veiculando um texto com críticas de Francesco Arzillo e, na sequência, uma resposta de Luciani a tais críticas. Nesse último texto, Luciani organiza o discurso em três partes, de acordo com as considerações que lhe foram feitas por Arzillo: as premissas, o método e o conteúdo. É despidendo dizer o quão interessante é a leitura das críticas de Arzillo e da resposta de Luciani. A propósito, veja-se: ARZILLO, Francesco. Diritto e forza (brevi note a margine di una lezione ai Lincei), *Lo Stato*, n° 23, luglio-dicembre 2024, p. 319-327, Mucchi Editore; LUCIANI, Massimo. Il diritto della forza, *Lo Stato*, n° 23, luglio-dicembre 2024, p. 297-318, Mucchi Editore; LUCIANI, Massimo. Sul rapporto fra diritto e forza. In dialogo con Francesco Arzillo, *Lo Stato*, n° 23, luglio-dicembre 2024, p. 329-343, Mucchi Editore; VIGNUDELLI, Aljs. Forza e debolezza della dottrina giuridica, *Lo Stato*, n° 23, luglio-dicembre 2024, p. 291-296, Mucchi Editore.

<sup>140</sup> LUCIANI, Massimo. Il diritto della forza. *Lectio brevis*. Accademia dei Lincei, Roma, 19 aprile 2024. Disponível em: [https://www.lincci.it/sites/default/files/documenti/Articles/Luciani\\_Lectio\\_brevis\\_Diritto\\_della\\_forza19aprile2024.pdf](https://www.lincci.it/sites/default/files/documenti/Articles/Luciani_Lectio_brevis_Diritto_della_forza19aprile2024.pdf). Acesso em: 11 dez. 2024, p. 8.

Entretanto, imaginar um ordenamento jurídico cujas disposições sejam todas respeitadas pelo unânime consenso é contrafactual e ilógico: contrafactual, porque nunca uma condição similar a essa foi registrada; ilógico, porque, ainda que essa ocorresse, as relações sociais resultariam disciplinadas por outra coisa e não pelo direito (pelo amor, pela simpatia, pelo sentimento de identidade, etc.).<sup>141</sup>

Para Luciani, pode se confiar o quanto se queira na existência de leis naturais vinculantes para todos os seres humanos, mas até aqueles que nisso confiam (como Cícero em *De re publica*) sabem que poucos os filósofos podem persuadir pela fala, de modo que é indispensável constringir os outros pelo governo e pela lei. As leis são extremamente ligadas ao *imperium*: “o comando normativo não pode prescindir do poder – irresistível – que o leva a efeito”.<sup>142</sup>

## 11.2. O NASCIMENTO E A MANUTENÇÃO DE UM INTEIRO ORDENAMENTO

O segundo plano da relação entre a *força* e o *direito* é aquele mais explorado na discussão entre os juristas e se refere não mais à realização dos preceitos jurídicos singularmente considerados, mas sim, à manutenção e, antes disso, ao nascimento de um inteiro ordenamento<sup>143</sup>.

As hipóteses de que um ordenamento nasça unicamente pela *força* ou somente pelo consenso são tipicamente ideais (“idealtípiche”), sempre ocorrendo, na concretude histórica, sistemas jurídicos que, enquanto expressões da vontade e dos interesses de um ou mais grupos dominantes e vencedores, gozam do consenso de todos aqueles que deles fazem parte, mas são impostos aos grupos que sucumbiram pela força do fato. Outros-

---

<sup>141</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>142</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>143</sup> Ibidem, p. 8.



sim, a ideia de que os Estados nasçam e as constituições se instaurem apenas em virtude de guerras ou de revoluções pode ser confirmada pela história constitucional somente assumindo uma concepção bastante ampla da expressão “revolução”: a título de exemplo, “o nascimento – por separação – da República checa e daquela eslovaca, assim como o próprio nascimento do Reino da Itália (como o prospetou Santi Romano) não se explicam facilmente com as categorias do movimento revolucionário ou da *debellatio*”.<sup>144</sup>

No que concerne à manutenção dos ordenamentos, Luciani coloca em campo o *princípio da efetividade*, segundo o qual, numa perspectiva jurídica (e não *moral*), um ordenamento é legítimo quando se dá o fato social de sua obediência média, isto é, quando se dá uma média de fatos *individuais* (comportamentos e atos dos singulares consociados) que manifestam a vontade de obedecer ao comando jurídico<sup>145</sup>.

Algo distinto disso, naturalmente, é a validade das prescrições jurídicas individualmente consideradas, que depende, exclusivamente, do respeito às normas formais e substanciais hierarquicamente superiores (“sovrainordinate”), as quais lhes consentem a legítima proclamação<sup>146</sup>.

O *maestro* italiano rejeita, e considera radical, a objeção que pode ser feita no sentido de que a conexão entre a positividade e a efetividade, vale dizer, o reconhecimento da força legitimadora do fato, seria uma violação do princípio *humeano* da impossibilidade de se derivar os juízos morais dos juízos de fato, como se se estivesse desrespeitando a lembrança kantiana de que “nada é mais reprovável do que querer determinar ou limitar a lei daquilo que eu devo fazer observando aquilo que se faz”.<sup>147</sup>

Para Luciani, se é verdade que nenhuma proposição ética (portadora de normas morais, políticas, ideológicas, etc.) é deri-

---

<sup>144</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>145</sup> Ibidem, p. 10-11.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 12.

vável de um conjunto de proposições aléticas (portadoras de um ato de conhecimento fatural, científico, metateórico, etc.), aqui nos encontramos num terreno diverso, não se tratando da atividade de derivação de proposições, mas sim, da atividade de qualificação *jurídica* de fenômenos, a qual não é qualificação *moral* e que, portanto, não está sujeita à lei de Hume. E não se trata sobretudo da pesquisa de um fundamento moral da obrigação jurídica: quando Rousseau coloca uma dúvida radical sobre a relação entre força e direito (“La force est une puissance physique; je ne vois point quelle moralité peut résulter de ses effets”) ele o faz numa perspectiva que não é necessária<sup>148</sup>.

### 11.3. O FUNDAMENTO GERAL DO FENÔMENO JURÍDICO

No que diz respeito ao fundamento geral do fenômeno jurídico, o jurista italiano explica que a sociedade é instituída (“e obtém o próprio legítimo *imperium*”) apenas graças à transferência da força (“de *toda* a força”) dos indivíduos para a sociedade e - como ele já havia escrito alhures - essa transferência se dá por meio de um negócio jurídico, o pacto social, que não é mero *pactum unionis*, mas sim, *pactum unionis* com efeito imediato de *pactum subiectionis*.<sup>149</sup>

Embora o nascimento da ordem possa surgir pela violência, a ordem alcançada a transcende e se afasta dela graças ao direito (ao *pactum*). O direito doma e transforma a violência em *poder*, isto é, em “violência legitimada pelo direito, a qual se faz instituição e, enquanto tal, cessa de ser violência”. É verdade que o direito ainda faz uso dela para levar a efeito o próprio comando, mas, uma vez tendo entrado em contato com o direito (institucionalizando-se), a violência já se encontra radicalmente transformada, a ponto de modificar nosso uso linguístico, que

---

<sup>148</sup> Ibidem, p. 12-13.

<sup>149</sup> Ibidem, p. 14-15.

não menciona mais o lema violência (a não ser quando pretendemos estigmatizar um abuso de autoridade, como ocorreu no caso da violência praticada pela polícia no quartel Diaz, por exemplo), mas sim, o lema poder (quando dizemos que estamos todos sujeitos ao poder do Estado, por exemplo).<sup>150</sup>

Em suma, ainda que a *força* preceda o direito, ela não pode resultar, em si e por si, fundadora do direito; no próprio momento em que se manifesta como poder, a força já se transformou em outra coisa, encontrando-se toda *dentro* do direito, e não fora<sup>151</sup>.

Para Luciani, a afirmação de que a simples violência física possa fundar o direito é desmentida por razões não tanto morais quando lógico-fatuais. Remonta a Etienne de La Boétie a constatação da essencialidade do servo voluntário: “o primado do forte é geral e duradouro enquanto os fracos decidem se sujeitar a ele, porque nenhuma força individual é capaz de resistir a múltiplas fraquezas”. Os fortes não se limitam a usar a força, mas pacificam os dominados, buscando colocar seus súditos para dormir sob jugo, e precisam de alguém que lhes ajude a afirmar sua vontade de domínio. É preciso, portanto, “algo a mais”, e diverso, para que a violência e a força bruta possam pretender “ter direito”.<sup>152</sup>

O que é esse “algo a mais” pode ser explicado pela teoria do poder que se costuma denominar *relacional*, a única capaz de perceber o complexo mecanismo que liga a obediência à força. Os sujeitos de uma relação de poder são sujeitos *da* relação e, nesse sentido, são titulares de uma posição de domínio e de uma de sujeição. Mas eles também estão sujeitos *à* relação e, nesse sentido, submetem-se à sua lógica, qualquer que seja a posição (de dominador ou de subordinado) em que se encontram. Desta feita, ser parte da relação de poder social, e não de simples força

---

<sup>150</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>151</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>152</sup> Ibidem, p. 15-16.

individual, impõe limites até mesmo ao titular da posição de domínio: fazer permanecer a relação (se os subordinados fossem aniquilados, a relação cessaria; o dominador deixaria de ser dominador); munir-se de um mínimo de consenso da multidão sem o qual a sua força física individual, por mais forte, não valeria nada; e prestar, portanto, um escuto, ainda que reduzidíssimo, às exigências dos subordinados<sup>153</sup>.

Segundo o jurista italiano, na realística perspectiva relacional, o direito pode ser interpretado seja como a concepção dos mais fracos, enquanto remédio artificial à sua fraqueza humana, seja como a inevitável tomada de consciência por parte dos mais fortes da necessidade de construir estruturas complexas de sustento, que compensem a insuficiência da força externa, incapaz de determinar vínculos eficazes sem se manifestar também como força interna, a qual consente de dominar não o simples corpo, mas o corpo e a mente do dominado.<sup>154</sup>

Sob tal perspectiva, o direito se revela como uma “perfeita combinação de força externa e de força interna, de coação e de consenso”. Voltando ao segundo plano das relações entre força e direito, os próprios ordenamentos resultam surgir pelo efeito combinado da coação exercida pelo grupo dominante e do consenso que o auxilia: “um consenso que é ativo no grupo dos dominadores e é passivo naquele dos dominados, mas sempre continua sendo consenso”.<sup>155</sup>

#### 11.4. O CORAÇÃO DE TREVA DO DIREITO

Na parte final do artigo dedicado à relação entre o *direito* e a *força*, o jurista italiano relembra que o dogma fundador da teologia política é expresso no *dictum* schmittiano de que “todos os conceitos mais importantes da moderna doutrina do Es-

---

<sup>153</sup> Ibidem, p. 16-17.

<sup>154</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>155</sup> Ibidem, p. 19.

tado são conceitos teológicos secularizados”. A “soberania”, em particular, enquanto pilar teórico, político, jurídico e histórico da estatalidade, possuiria essa origem teológica, constituindo o absolutismo do poder soberano um tipo de mimese do absolutismo do poder divino. E porque Deus, especialmente aquele do Antigo Testamento, pode sempre jogar sua própria ira sobre a criação, a correspondência teológico-política dos conceitos sugere que, no íntimo da estatalidade, encontra-se um absolutismo de poder que pode sempre resultar em violência extrema: a destruição do mundo ou da humanidade, na perspectiva teológica, e a destruição da ordem constituída, na perspectiva jurídico-política<sup>156</sup>.

Permanece, dessarte, no fundo de cada ordem político-jurídica constituída, um coração de treva, um “resíduo de violência” pronta a explodir novamente a qualquer momento, liberando das suas categorias jurídico-positivas um poder constituinte para fazê-lo reemergir do abismo infinito e insondável, no qual ele está isolado e dorme nas fases ordinárias da vida dos ordenamentos jurídicos. Trata-se de uma perspectiva teórica da qual derivam duas conclusões: (a) a de que a pretensão reguladora do direito não parece diversa daquela dominadora da força; (b) e a de que os ordenamentos liberal-democráticos parecem incapazes de justificar autonomamente o próprio fundamento<sup>157</sup>.

Luciani afirma, porém, que ambas as conclusões não são necessárias.

Há dúvida, antes de mais nada, sobre o próprio pressuposto do qual elas partem, existindo estudiosos, como Erik Peterson, para quem seriam, em verdade, os conceitos políticos a antecipar aqueles teológicos (não evangélicos), e não o contrário. A extrema dificuldade de reconstruir a ordem da genealogia dos conceitos políticos impõe muita prudência, até mesmo porque, nos eventos da história ocidental, podem ser encontrados

---

<sup>156</sup> Ibidem, p. 19-20.

<sup>157</sup> Ibidem, p. 20.

conceitos que parecem teológicos e políticos ao mesmo tempo, sem que se possa, de modo plausível, identificar uma ordem de prioridade.<sup>158</sup>

E há dúvida, outrossim, sobre a ideia da fraqueza das democracias liberais para se auto justificarem<sup>159</sup>.

Segundo o *dictum* de grande sucesso do constitucionalista Ernst-Wolfgang Böckenförd, “o Estado liberal secularizado vive de pressupostos que não é capaz de garantir por si”. Essa tese parte da ideia de que o princípio democrático – constitutivo, juntamente com aquele da liberdade, das experiências liberal-democráticas – repouse sobre implícitas e não confessadas premissas axiológicas, as quais, não sendo demonstráveis racionalmente, não seriam afirmáveis por um Estado que se pretende racional-secularizado.<sup>160</sup>

Todavia, o princípio democrático parece intimamente conexo (se não ao relativismo, como queria Kelsen) ao não cognitivismo ético e isso comporta a *lógica* (não *axiológica*) consequência de que, da perspectiva não cognitivista, resulta impossível postular que alguns homens possuam “valor” maior do que outros, tal maior valor não podendo ser demonstrável racionalmente. Na postura não cognitivista, destarte, não se podendo *demonstrar*, não podem *se dar* diferenciações qualitativas em termos de diversa dignidade política dos singulares seres humanos, já que cada um deles vale exatamente quanto os demais. Disso deriva que o não cognitivismo comporta o princípio de igualdade política em razão de uma mera consequência lógica e sem que seja necessária alguma premissa axiológica. Sucessivamente, e ainda na esteira da lógica, o princípio da igualdade política implica o princípio majoritário (mentes proclamadas iguais não podem ser pesadas, mas sim, contadas) e comporta, outrossim, aquele da liberdade (esse também fundado mais sobre ra-

---

<sup>158</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>159</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>160</sup> Ibidem, p. 22.

zões lógicas do que sobre o periclitante tema da infável dignidade do homem), já que os iguais são considerados tais enquanto nenhum deles pode usufruir, sobre os demais, de pretensões desiguais de domínio (negatórias, portanto, da liberdade)<sup>161</sup>.

Ou seja, com base em tais argumentos, Luciani conclui que, ao contrário do *dictum* de Böckenförd, o Estado liberal-democrático possui, sim, capacidade de garantir por si só as premissas sobre o qual se funda<sup>162</sup>.

A essa conclusão se poderia objetar que a própria opção pelo não cognitivismo ético corresponderia a uma escolha de valor, mas essa objeção se resolveria num paralogismo. Com efeito, quem parte do não cognitivismo não faz essa opção como quem a considera “boa” ou “justa”, mas sim, como quem constatou a obstrução da via de uma demonstração lógica dos valores e da sua ordem, acalmando-se no reconhecimento igual do outro e na necessidade do *diá-lógos*, que é discussão racional, entre iguais, democrática<sup>163</sup>. É cumprida, destarte, aqui, na experiência da democracia, a parábola do político, o qual, *originado*

dalla capacità socialmente eguagliatrice di *βία*, solo dolorosamente – per la cruna di lotte e conflitti – esso viene finalmente anche organizzato secondo il modulo eguagliatore del *κράτος* dell’intero *δῆμος*, in paradossale coerenza proprio con le sue corrusche origini violente. Il cuore di tenebra della *πόλις* è anche il suo cuore di luce.<sup>164</sup>

## 12. A CULTURA DO CANCELAMENTO

Não podíamos encerrar o presente tributo sem antes tratar das importantíssimas considerações feitas pelo *maestro* italiano sobre um dos temas mais polêmicos da atualidade, a chamada *cultura do cancelamento*, fenômeno de radicalismo sem precedentes, principalmente quando coloca em discussão toda a

---

<sup>161</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>162</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>163</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>164</sup> Ibidem, p. 23.

memória e a história da civilização ocidental e o papel da Europa no mundo, utilizando instrumentos eficazes como a *culpabilização* e o apelo à *igualdade*.<sup>165 166</sup>

Segundo Luciani, a manutenção generalizada das recordações é insuportável e paralisante (podendo funcionar como um obstáculo para a plenitude da vida) tanto para os indivíduos, quanto para as comunidades políticas, as quais também precisam do esquecimento para poder sobreviver.<sup>167</sup>

Na Itália, por exemplo, a anistia concedida aos fascistas não foi somente um ato de clemência, mas também um ato de força e de confiança nos destinos do país, na perspectiva de uma recomposição política, como se pode ler nas motivações ministeriais que acompanharam o decreto concessivo do perdão. Ou seja, o esquecimento do passado serviu para a construção do futuro, não se podendo olvidar, porém, que a anistia é um instituto *jurídico*, não *histórico*, o que lhe permitiu neutralizar os efeitos jurídicos de atos passados, mas sem lhes negar a existência, vale dizer, purificando os fascistas da culpa jurídica, mas mantendo intacto o juízo histórico e moral sobre eles.<sup>168</sup>

Diante de um precedente como a anistia concedida aos fascistas italianos, poder-se-ia pensar que a cultura do cancela-

---

<sup>165</sup> Segundo Luciani, a cultura do cancelamento pode atingir fatos, objetos, pessoas mortas e vivas. Mesmo quando se refere a pessoas vivas, ela acaba incidindo sobre a consciência e os conhecimentos coletivos, como na hipótese de um sujeito famoso que, ao se tornar suspeito de um crime sério, passa a sofrer os preconceitos do cancelamento, cujos efeitos não se aplicam apenas sobre ele, mas sobre toda a coletividade que se vê impossibilitada de admirá-lo. É claro, porém, que a dimensão coletiva acaba sendo muito mais envolvida quando o fenômeno em questão atua sobre o passado e a *memória* (LUCIANI, Massimo. Itinerari costituzionali della memoria. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 4/2022. Disponível em: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4\\_2022\\_05\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2022_05_Luciani.pdf). Acesso em: 27 dez. 2024. p. 86).

<sup>166</sup> LUCIANI, Massimo. Itinerari costituzionali della memoria. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 4/2022. Disponível em: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4\\_2022\\_05\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2022_05_Luciani.pdf). Acesso em: 27 dez. 2024. p. 125.

<sup>167</sup> Ibidem, p. 86.

<sup>168</sup> Ibidem, p. 87.



mento não seja um fenômeno particularmente original, mas sim, um episódio da eterna luta que concerne à memória pública<sup>169</sup>.

Todavia, esse pensamento está equivocado. Alan Dershowitz, um controverso jurista estadunidense – que foi vítima da cultura do cancelamento –, escreveu que ela corresponde ao macarthismo da geração *woke*. Embora justa, a tese de Dershowitz é aproximada por defeito, pois, enquanto o macarthismo foi um movimento político (usado e alimentado pelas instituições) que tinha por escopo combater um suposto “perigo vermelho” considerado atual e presente, a cultura do cancelamento se direciona, prevalentemente, ao passado “e quando o faz busca contestar uma inteira herança cultural (ou seja aquela ‘memória cultural’ que, em teoria, poderia ‘resistir em eterno’), assim violentamente contestada nos seus fundamentos” a ponto de ser considerada merecedora de cancelamento.<sup>170</sup>

O que espanta, no fenômeno, é o estridente contraste entre origem e escopo: a origem (reivindicações conexas à *igualdade racial* e à *igualdade de gênero*) é relativamente delimitada (apesar da importância dos temas); já o escopo (abolição de uma inteira tradição cultural) é desbordante. Quem não consegue colher esse contraste e, em virtude do compreensível compartilhamento das reivindicações, não percebe a excessividade dos meios, acaba por favorecer um movimento cuja capacidade destrutiva já se revelou plenamente do outro lado do Atlântico e começa a se sentir também na Europa.<sup>171</sup>

A cultura do cancelamento tem as suas razões, a começar pela crítica ao imperialismo cultural eurocêntrico, até chegar à revanche de culturas que foram, por séculos, subalternas. Mas, conquanto se trate de premissas que não se podem deixar de compartilhar (pois o imperialismo cultural europeu causou a falsa impressão de que a cultura europeia fosse a única digna de

---

<sup>169</sup> Ibidem.

<sup>170</sup> Ibidem, p. 87-88.

<sup>171</sup> Ibidem, p. 88.

apreço no mundo, obscurecendo todas as demais), é surpreendente como, a partir de tais premissas, se tenha chegado a conclusões completamente incoerentes.<sup>172</sup>

Nem o imperialismo cultural, e nem a marginalização das outras culturas, podem ser combatidas com a remoção. “Ampliar o olhar e dialogar é uma coisa; suprimir uma das fontes do diálogo é algo totalmente diferente”. Como sói ocorrer com os movimentos de pensamento supostamente pós-modernos, a cultura do cancelamento também tem uma estrutura abertamente pré-moderna:

*l'index librorum prohibitorum* fu una risposta strutturalmente premoderna alla modernità ogni giorno più incalzante e la cultura della cancellazione, *mutatis mutandis*, si serve della medesima strategia, colpendo la libera riflessione e combattendo un pensiero ritenuto ostile non con la contestazione razionale, ma con la rimozione.<sup>173</sup>

Sobretudo nos Estados Unidos da América, o fenômeno encontrou ressonância e conquistou uma parte significativa da opinião pública, seja por se tratar de membros de minorias, seja por se tratar de pessoas tomadas pelo sentimento de culpa.<sup>174</sup>

Como exemplo claro dessa ressonância, pode ser citado o movimento pela remoção dos monumentos, com o caso iluminante da petição popular que levou à retirada, em 29 de dezembro de 2020, da estátua de Abraham Lincoln, que havia sido erigida em Boston com a finalidade originária de simbolizar o papel que ele teve na proteção dos escravos fugitivos e na abolição da escravidão, representando, à época (fim dos Oitocentos), um sentimento que era muito difuso na opinião pública<sup>175</sup>.

Tendo em vista que Lincoln não defendia a completa igualdade racial<sup>176</sup>, apesar de seus esforços antiescravistas, o cri-

---

<sup>172</sup> Ibidem.

<sup>173</sup> Ibidem.

<sup>174</sup> Ibidem.

<sup>175</sup> Ibidem, p. 88-89.

<sup>176</sup> “La tesi più fondata sulla posizione di Lincoln quanto all’eguaglianza razziale è quella ch’egli si riconoscesse, al più, in quello che sarebbe diventato il principio

ticismo contra ele aumentou largamente, de modo que, além da estátua retirada em Boston, todos os monumentos erigidos em sua homenagem se tornaram objeto de discussão a respeito da possível remoção.<sup>177</sup>

Luciani considera posições como essa absurdas<sup>178</sup> e lhes elenca as seguintes críticas:

a) na cultura do cancelamento, existe, antes de mais nada, um erro de perspectiva, uma descontextualização, ao se tratar os fatos do passado segundo os critérios de avaliação do presente, constituindo uma clara falácia de posição, cultivada por aqueles que não conseguem compreender que as categorias do passado não coincidem com aquelas do presente; se é verdade que, atualmente, desenvolveu-se uma demanda de reconhecimento originada pela rejeição ao Ocidente como único critério de medida do mundo, não é menos verdade que a cultura do cancelamento eleva o presente como única medida do tempo, incor-

---

*separate but equal*, espressione che troviamo nell'opinione dissenziente del giudice Harlan in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). In effetti, nel primo dibattito elettorale che ebbe con Douglas, a Ottawa, Illinois, il 21 agosto 1858, Lincoln disse: “*I have no pupose to introduce political and social equality between the white and the black races. There is a physical difference between the two, which, in my judgment, will probably forever forbid their living together upon the footing of perfect equality, and inasmuch as it becomes a necessity that there must be a difference, I, as well as Judge Douglas, am in favor of the race to which I belong having the superior position. I have never said anything to the contrary, but I hold that, notwithstanding all this, there is no reason in the world why the negro is not entitled to all the natural rights enumer-ated in the Declaration of Independence, the right to life, liberty, and the pursuit of happiness*” (questo dibattito si può leggere online all'indirizzo <https://www.nps.gov/liho/learn/historyculture/debate1.htm>). Non solo: come è ben noto, il progetto di Lincoln era quello di risolvere il problema afroamericano rimuovendolo, cioè trasferendo (grazialmente) tutti gli schiavi liberati in colonie oltremare o in Liberia. Il fallimento di questo progetto non è meno noto” (LUCIANI, Massimo. Itinerari costituzionali della memoria. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n° 4/2022. Disponibile em: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4\\_2022\\_05\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2022_05_Luciani.pdf). Accesso em: 27 dez. 2024. p. 89, nota 75).

<sup>177</sup> LUCIANI, Massimo. Itinerari costituzionali della memoria. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n° 4/2022. Disponibile em: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4\\_2022\\_05\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2022_05_Luciani.pdf). Accesso em: 27 dez. 2024. p. 89-90.

<sup>178</sup> Ibidem, p. 90.

rendo no mesmo equívoco;<sup>179</sup>

b) os defensores da cultura do cancelamento fazem com a cultura do passado a mesma coisa que eles acusam o imperialismo europeu de ter feito com as culturas do mundo, ignorando que a história sempre foi uma aspiração à busca da “verdade”, a qual não pode ser descoberta se nos for vedado o conhecer;<sup>180</sup>

c) os próprios defensores da cultura do cancelamento são produto de uma estratificação cultural típica do Ocidente e pretendem cancelar esse patrimônio cultural do qual eles próprios são um produto ruim. Ao propor o cancelamento, eles postulam “terem nascido prontos e perfeitos”, substancialmente indenes de pecado, “negando compreensão e perdão a quem não pensa como eles, com todos os riscos sociais, que disso decorrem”;<sup>181</sup>

d) a pretensão de “colocar calcinhas na história”, como fez Daniele da Volterra ao cobrir os nus do *Juízo Final* de Michelangelo na Capela Sistina, após o Concílio de Trento, é um contrassenso, já que a “história é história e não se pode exigir que ela não tenha sido simplesmente porque não foi como nós gostaríamos que tivesse sido”;<sup>182</sup>

e) é difícil individuar um grande personagem do passado que, ao lado de atos heroicos, inteligentes ou generosos, nunca tenha feito algo de errado ou reprovável, como se ao ser humano fosse possível atingir a perfeição;<sup>183</sup>

f) a “incapacidade de compreender a exigência de contextualização atenta não apenas contra a história e a memória, mas contra a própria capacidade comunicativa e de relação entre os seres humanos”;<sup>184</sup>

g) a pretensão de cancelar algo apenas porque esse é considerado ofensivo ou porque nos faz sentir inseguros (*unsafe*) é

---

<sup>179</sup> Ibidem.

<sup>180</sup> Ibidem, p. 90-91.

<sup>181</sup> Ibidem, p. 91.

<sup>182</sup> Ibidem.

<sup>183</sup> Ibidem.

<sup>184</sup> Ibidem.

típica de uma cultura alimentada pelo desejo de uma proteção universal “que impede o desenvolvimento de uma ética da reflexão e da responsabilidade”;<sup>185</sup>

h) a cultura do cancelamento gostaria que ocorresse uma anulação seletiva da memória, imputando apenas ao Ocidente a culpa de aspiração ao domínio, pela colonização, pela escravidão, mas esquece que essa culpa é universal. Como escreveu Jérôme Delaplanche, “Les décoloniaux font comme si tous les peuples du monde n’avaient pas partagé cette aspiration à la domination et comme si beaucoup d’entre eux ne l’avaient pas un jour ou l’autre violemment exercée”;<sup>186</sup>

i) a cultura do cancelamento se ilude ao tentar simplificar aquilo que não pode ser simplificado, e ao substituir o juízo moral pela discussão racional, desenvolvendo uma tendência de dissolver questões complexas de política pública numa cega certeza moral, como foi escrito num manifesto de dezenas de intelectuais americanos, publicado na *Harper’s Magazine*;<sup>187</sup> e

j) o cancelamento do passado é a manifestação de quem se proclama, antecipadamente, perdedor. Se a pretensão de cancelar é filha do “fracasso das políticas redistributivas, inclusivas e de integração”, vangloriar-se dela significa não acreditar que essas políticas possam ser efetivamente aplicadas.<sup>188</sup>

Para Massimo Luciani, embora a cultura do cancelamento, com todos os seus equívocos expostos acima, não seja o único tema relevante para a perspectiva constitucional, ela se coloca, hoje, como o “mais urgente e delicado”, não podendo ser subestimada por pelo menos duas razões.<sup>189</sup>

Em primeiro lugar, conquanto animada pelas intenções igualitárias e antirracistas, agora ela se vê instrumentalizada pela parte oposta: são exemplos de cultura do cancelamento as, cada

---

<sup>185</sup> Ibidem, p. 91-92.

<sup>186</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>187</sup> Ibidem.

<sup>188</sup> Ibidem.

<sup>189</sup> Ibidem, p. 93 e 125.

vez mais, numerosas e bem sucedidas demandas que, na comunidade estadunidense mais conservadora, pretendem a remoção das bibliotecas (ou a eliminação em programas escolásticos) de obras defensoras da cultura *gender*, do anticlericalismo ou da *critical race theory*. Em segundo lugar, embora existam pontos de diferenciação, na sua (originária) versão progressista, a cultura do cancelamento se vincula estritamente ao desenvolvimento do movimento *woke* e da ideologia do politicamente correto, cujo sucesso deve fazer soar o alarme, pois implica que o primeiro reflexo diante das imperfeições da sociedade seja a proibição e que todo conflito seja levado aos tribunais.<sup>190</sup>

Com isso, as liberdades e a divisão dos poderes, enquanto pilas do Estado de Direito, são colocados em risco, por causa de minorias agressivas diante das quais se encontra uma maioria em grave crise de identidade, disposta a se submeter a qualquer reivindicação ou a se refugiar em memórias sombrias e tentações autoritárias, contexto que exige uma reação “pronta e decidida” para evitar a dissolução das nossas comunidades políticas ou o advento de um “novo César”, conquanto se possa esperar muito pouco da decepcionante política atualmente dominante, restando saber o que esperar dos intelectuais, dos quais “há razões fundadas para duvidar da vontade e da capacidade de observar a obrigação de ‘verdade’”:

A fronte di minoranze sempre più aggressive e *demanding* sta una maggioranza in grave crisi di identità, che ha perso la maggior parte dei suoi punti di riferimento (politico-partitici, politico-sindacali, religiosi, etc.) e che subisce passivamente il tentativo di instillazione di sensi di colpa pseudostorici (di una “mauvaise conscience pestilentielle”) che da quelle minoranze proviene, reagendo o con il cedimento a qualsivoglia pretesa rivendicativa o con la fuga in ormai opache memorie del passato e in tentazioni autoritarie e cesaristiche. Se non si vuole la dissoluzione delle nostre comunità politiche (gli Stati Uniti continuamente sull’orlo di una nuova guerra civile dimostrano la serietà del pericolo) o l’avverarsi della profezia spengleriana

---

<sup>190</sup> Ibidem, p. 93-94.

dell'avvento di un nuovo Cesare nel momento della crisi della *Kultur*, la reazione dev'essere pronta e decisa. Dalla miserevole politica attualmente dominante in larga parte del pianeta c'è ben poco da attendersi. Chissà cosa attendersi dalla classe degli intellettuali, però, della cui volontà e capacità di osservare l'obbligazione di "verità" che Julien Benda aveva enunciato quasi cent'anni ad-dietro s'ha fondata ragione di dubitare.<sup>191</sup>

### 13. CONCLUSÕES

Como expusemos na introdução ao presente artigo, os temas expostos acima não exaurem a vasta produção intelectual de Massimo Luciani e o modo como eles precisaram ser sintetizados no curto espaço de um artigo não é suficiente para reproduzir plenamente sua profundidade intelectual.

A intenção principal era a de apresentar as principais teorias *lucianianas* para os leitores lusófonos que ainda não as conhecem, oxalá estimulando-os a buscar se aprofundar sobre elas diretamente nas publicações do *maestro*.

Contudo, dentro daquilo que sintetizamos, é fácil notar o quão originais e refinadas são as lições de Luciani, destacando-o de posições que se podem ler em artigos, monografias, cursos e manuais de muitos juristas de alto renome, tanto no Brasil e em Portugal quanto noutros países.

O estudo das teorias *lucianianas* é mais do que indicado a todos aqueles que queiram se liberar dos lugares-comuns da ciência jurídica e da jusfilosofia; que se deleitem com textos que, embora voltados para a dogmática jurídica, transmitem verdadeiras aulas de história, política, filosofia e mitologia; que busquem levantar voos em direção a reflexões elevadas, mas sem perder de vista a dimensão concreta e prática da experiência jurídica e política.

Aliás, como uma das tantas demonstrações desse último

---

<sup>191</sup> Ibidem, p. 125-126.

aspecto intelectual, basta lembrar o modelo de juiz que Luciani escolhe como ideal, o prestigioso jurista Ludovico Mortara, que exerceu a função judicial nas duas primeiras décadas dos Novecentos. Ao invés de recorrer a um personagem fictício, e estabelecer seus métodos de maneira assaz abstrata, ele escolheu uma pessoa de carne e osso, cuja efetiva atuação jurisdicional pode servir como exemplo prático de como a teorização sobre a *independência interior* - que o *maestro* elabora com suas costureiras originalidade e profundidade histórica e filosófica - encontra aplicação na vida concreta do Direito.

Não obstante o nítido valor universal e atemporal das lições de Luciani, cumpre-nos chamar atenção para o fato de que uma parte delas, mais precisamente, a parte que busca se preocupar com o *poder* tanto quanto com os *direitos*, é a que parece merecer maior atenção no atual cenário jurídico-político, especialmente no Brasil, tendo em vista as recentes crises institucionais, sobremaneira as que envolveram e ainda envolvem discussões sobre o protagonismo, cada vez maior, do Poder Judiciário. Embora o *maestro* italiano não tenha tratado de nenhum caso ou evento específico da experiência brasileira, parecem cair como uma luva as suas reflexões no sentido de que um juiz submisso aos precedentes, carente de qualquer autonomia, corre o risco de ser substituído por um robô, ao passo que um juiz que não colha plenamente o seu vínculo com o direito positivo pode ser substituído por um juiz eleito pelos cidadãos, o que não parece uma perspectiva desejável<sup>192</sup>. Os verdadeiros amigos da jurisdição não são aqueles que exaltam a sua suposta capacidade de *governar* as contradições das relações sociais, mas sim, os defensores da especificidade da sua função sistêmica, que nenhum ordena-

---

<sup>192</sup> “Un giudice appiattito sul precedente e privo di autonomia di giudizio corre il rischio di essere sostituito da un robot, ma un giudice professionale che non colga appieno il legame che lo vincola al diritto positivo corre il rischio di essere sostituito da un giudice elettivo. Non mi sembra una prospettiva auspicabile” (LUCIANI, Massimo. Certezza del diritto e clausole generale, *Questione Giustizia*, p. 67-72, vol. 1, 2020, p. 72).



mento pode se permitir de perder<sup>193</sup>.

Enfim, a partir de 2025, passamos a contar com a inestimável atuação de Luciani como juiz da *Corte Costituzionale*<sup>194</sup>, na expectativa de que sua colaboração com os demais pares do Tribunal dê ensejo a muitas decisões influenciadas por suas teorias, iluminadas pelo seu *constitucionalismo polêmico*, voltado a manter ou a restituir – conforme o caso – “*ogni cosa al suo posto*”.



#### 14. REFERÊNCIAS

- ARZILLO, Francesco. Diritto e forza (breve note a margine di una lezione ai Lincei), *Lo Stato*, nº 23, luglio-dicembre 2024, Mucchi Editore.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Costituzionale*. 12ª ed. Torino: Giappichelli, 2011.
- GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ITÁLIA. Corte Costituzionale. *Pronunce redatte dal Giudice Massimo Luciani*. Disponível em: <https://www.cortecos->

---

<sup>193</sup> “[...] i veri amici della giurisdizione – ho osservato più volte – non sono gli esaltatori delle sue ritenute capacità di governo delle contraddizioni dei rapporti sociali, ma i difensori della specificità della sua funzione sistemica, che nessun ordinamento può permettersi di perdere” (LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023. p. 179).

<sup>194</sup> As decisões da *Corte Costituzionale* redigidas por Massimo Luciani podem ser encontradas em: ITÁLIA. Corte Costituzionale. *Pronunce redatte dal Giudice Massimo Luciani*. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronunceGiudici.do>. Acesso em: 28 ago. 2025.

- tituzionale.it/actionPronunceGiudici.do. Accesso em: 28 ago. 2025.
- LUCIANI, Massimo. Il diritto della forza. *Lectio brevis*. Accademia dei Lincei, Roma, 19 aprile 2024. Disponível em: [https://www.lincci.it/sites/default/files/documenti/Articles/Luciani\\_Lectio\\_brevis\\_Diritto\\_della\\_forza19aprile2024.pdf](https://www.lincci.it/sites/default/files/documenti/Articles/Luciani_Lectio_brevis_Diritto_della_forza19aprile2024.pdf). Acesso em: 11 dez. 2024.
- LUCIANI, Massimo. *Art. 75. La formazione delle leggi. To. 1. 2, il referendum abrogativo*. Bologna: Zanichelli, 2005.
- LUCIANI, Massimo. Certeza del diritto e clausole generale, *Questione Giustizia*, p. 67-72, vol. 1, 2020.
- LUCIANI, Massimo. Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico, *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, Giuffrè, Anno LI – 2006, marzo-aprile, fasc. 2.
- LUCIANI, Massimo. *Costituzione italiana: articolo 12*. Roma: Carocci Editore, 2018.
- LUCIANI, Massimo. Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicane. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 1, 2013. Disponível em: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1\\_2013\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2013_Luciani.pdf). Acesso em: 11 set. 2023.
- LUCIANI, Massimo. I diritti fondamentali come limiti alla revisione della costituzione. In: Agiolini Vittorio (a cura di). *Libertà e giurisprudenza costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1992.
- LUCIANI, Massimo. Il brusco risveglio. I contro limiti e la fine mancata della storia costituzionale. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2, 2016. Disponível em: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2\\_2016\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2_2016_Luciani.pdf). Acesso em: 11 set. 2023.

- LUCIANI, Massimo. Il diritto della forza, *Lo Stato*, n° 23, luglio-dicembre 2024, Mucchi Editore.
- LUCIANI, Massimo. Interpretazione conforme a Costituzione. *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016.
- LUCIANI, Massimo. Interpretazione costituzionale e testo della costituzione. Osservazioni liminari. In: AZZARITI, Gaetano (a cura di). *Interpretazione Costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2007.
- LUCIANI, Massimo. Itinerari costituzionali della memoria. *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n° 4/2022. Disponível em: [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4\\_2022\\_05\\_Luciani.pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2022_05_Luciani.pdf). Acesso em: 27 dez. 2024.
- LUCIANI, Massimo. L'antisovrano e la crisi delle costituzioni. *Rivista di Diritto Costituzionale*, Torino, Giappichelli, n.1, 1996.
- LUCIANI, Massimo. L'indipendenza del giudice e le sue condizioni. In: Tribunal Constitucional del Perú. *Cultura Constitucional y Derecho Vivente. Escritos en honor al professor Roberto Romboli. Tomo II*. Lima: Q&P Impresores, 2021.
- LUCIANI, Massimo. L'interprete della costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica, *Diritto e società*, n. 1, 2009.
- LUCIANI, Massimo. La <<costituzione dei diritti>> e la <<costituzione dei poteri>>. Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente. In: AA.VV. *Scritti sulle fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di Vezio Crisafulli*, v. II. Padova: CEDAM, 1985.
- LUCIANI, Massimo. La costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea, *Politica del diritto*, anno XXIII, n. 4, dicembre 1992.
- LUCIANI, Massimo. *Lo sguardo profondo. Leopardi, La*

- politica, l'Italia*. Modena: Mucchi Editore, 2017.
- LUCIANI, Massimo. *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2023.
- LUCIANI, Massimo. *Salus*. Modena: Mucchi Editore. 2022.
- LUCIANI, Massimo. Sul rapporto fra diritto e forza. In dialogo con Francesco Arzillo, *Lo Stato*, n° 23, luglio-dicembre 2024, Mucchi Editore.
- PALADIN, Livio. *Diritto Costituzionale*. 3<sup>a</sup> ed. Padova: CEDAM, 1998.
- SEDRA, Gustavo Podestá. *Constitucionalização, Constituição e Teoria do Direito. Uma crítica às concepções materiais de Constituição*. São Paulo: Dialética, 2024.
- VERGOTTINI, Giuseppe De. *Diritto Costituzionale*. 5<sup>a</sup> ed. Padova: CEDAM, 2007.
- VIGNUDELLI, Aljs. Forza e debolezza della dottrina giuridica, *Lo Stato*, n° 23, luglio-dicembre 2024, Mucchi Editore.

# *PUBLIC CHOICE THEORY*: DE ADAM SMITH ÀS GERAÇÕES MODERNAS, UMA GENEALOGIA INTELLECTUAL DA TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA

Claudio Xavier Seefelder Filho<sup>1</sup>

Índice / Sumário. Introdução. 1. Teoria da escolha pública. 2. Adam Smith na *public choice theory*. 3. As contribuições das escolas europeias. 4. A geração moderna e seus estudos. Conclusão. Referências bibliográficas.

Quando na solidão do meu gabinete contemplo o Brasil que agoniza no leito das torturas que lhe armaram os desmandos do regime que nos rege: quando escuto as invectivas indecorosas que mutuamente se assacam os bandos políticos que, como lobos famintos, disputam entre si as migalhas de um poder degenerado: quando constato o estado de apatia coletiva que mais parece uma saliência do caráter nacional – enquanto o povo estorce-se nas garras aduncas da miséria, da ignorância, e do vilipêndio: quando vejo a honra, e o talento abatidos pela exaltação da mediocridade bem sucedida dos charlatões e pusilânimes da causa pública: e quando descortino o horizonte da impunidade e da desesperança – eu me pergunto: não haverá um único homem que, purificando o trato das instituições, sustenha a pátria que resvala para o abismo no fundo do qual irá encontrar seu esfacelamento? Como aterradora resposta, recolho o silêncio e o desânimo. CLÓVIS BEVILÁCQUA, JUN/1879.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito e Economia na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal, visiting scholar at Boston College Law School, Mestre em Direito Tributário e Desenvolvimento Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Professor de Direito Constitucional, Direito Tributário, Direito Financeiro e Direito Processual Civil, Autor de diversos livros e artigos, Procurador da Fazenda Nacional com atuação perante o Supremo Tribunal Federal, claudio.seefelder@gmail.com

INTRODUÇÃO<sup>2</sup>

O presente artigo visa proporcionar uma introdução à teoria da escolha pública estabelecendo seu conceito, pressupostos e metodologia, retornando às suas origens, seus principais pensadores e suas contribuições ao complexo processo democrático de escolha coletiva. Sua genealogia começará com as ideias de Adam Smith e de outros importantes pensadores das escolas europeias precursoras nos séculos XVIII e XIX, período de transição das monarquias absolutistas para as monarquias e repúblicas constitucionais com Parlamento. Seguirá já no século XX, mais especificamente nas décadas de 40, 50 e 60, quando surge a moderna teoria da escolha pública no contexto do fim da Segunda Guerra Mundial em resposta à excessiva intervenção do Estado na economia devido às falhas de mercado objetivando destacar as limitações dos poderes do Estado que ocasionavam muitas vezes novas falhas, agora de governo.

A opção pela teoria da escolha pública tem por objetivo conferir ao leitor uma introdução ao tema, partindo do estabelecimento de seus preceitos básicos, sua genealogia através de seus principais precursores tanto remotos como modernos e uma análise de seus principais estudos da abordagem econômica sobre a ciência política, nomeadamente sobre os trabalhos sobre designe constitucional, *logrolling*, *rent-seeking*, lógica da ação coletiva, ignorância racional, racionalidade irracional, burocratas e regulação.

No presente estudo será exposto o conceito de escolha

---

<sup>2</sup> O presente artigo foi escrito em português do Brasil, língua materna do autor. Como é notório, o português do Brasil e o de Portugal apresentam diferenças entre si, seja pela semântica de alguns vocábulos, seja em razão de regras gramaticais específicas, como acentuação gráfica, ortografia, colocação pronominal. As obras citadas observam as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Todas as obras consultadas e citadas em língua estrangeira foram objeto de tradução livre pelo autor. O objetivo foi facilitar a leitura daqueles que, porventura, não tenham fluência no idioma original.

pública, suas premissas e metodologia, além de identificar os precursores históricos mais remotos como os do iluminismo escocês de Adam Smith, que prenunciou as concepções básicas sobre política e natureza humana que deram origem à moderna teoria da escolha pública, além das contribuições das Escolas Francesa, Italiana e Sueca com os primeiros estudos registrados de uma abordagem econômica sobre o processo político. Em seguida neste estudo será apresentada aos leitores a primeira geração da moderna teoria da escolha pública e suas principais contribuições da teoria ao processo democrático visando contribuir com a construção da melhor política possível. Nosso trabalho se focará nos estudos sobre: (a) o designe e o papel das instituições na democracia (James M. Buchanan, Gordon Tullock, 1962), (b) *logrolling* (Gordon Tullock, 1959) e o (c) *rent-seeking*, conforme denominação dada por Anne O. Krueger (Gordon Tullock, 1967; Anne O. Krueger, 1974), (d) ignorância racional (Antony Dows, 1957) e a (e) racionalidade irracional (Bryan Caplan, 2007) do eleitor, (f) ação coletiva (Mancur Olson, 1965), (g) burocratas (William A. Niskanen, 1971) e (h) regulação (George J. Stigler, 1971).

A análise central deste artigo dedicada à genealogia da *public choice theory* como forma de demonstrar, desde sua origem até os tempos modernos, sua densidade e sua relevância nas contribuições ao aperfeiçoamento do complexo processo democrático de escolha pública.

## 1. TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA

James M. Buchanan e Gordon Tullock são os maiores expoentes da Escola da Virgínia, onde encontramos as raízes modernas da *public choice theory* que, rompendo com o pensamento ortodoxo de que os agentes públicos agem sempre no interesse coletivo, partem de uma visão realista de que os agentes da burocracia estatal agem como agentes econômicos com inte-

resses próprios nem sempre coincidentes com os interesses públicos dos cargos que representam<sup>3</sup>.

Conforme a famosa expressão cunhada por James M. Buchanan no título de uma palestra proferida na Áustria (1978), a teoria da escolha pública seria uma visão da política “sem romance”<sup>4</sup>, tal qual muito bem retrata o próprio Buchanan ao definir o político como “aquele indivíduo que pede dinheiro aos ricos e votos aos pobres, prometendo, se eleito, defender uns dos outros”. Com a idêntica intenção na abordagem da política foram cunhadas as célebres frases do Primeiro-Ministro do Reino Unido Winston Churchill (1874-1965) de que “A democracia é o pior dos regimes, à exceção de todos os outros”, e do Chanceler do Império Alemão Otto von Bismarck (1815-1898) de que “Os cidadãos não poderiam dormir tranquilos se soubessem como são feitas as salsichas e as leis”.

Partindo dessa concepção inicial que desafia políticos e economistas desde o final do século XVIII, o presente trabalho pretende realizar uma visão geral sobre a teoria da escolha pública, começando por sua definição, seus pressupostos e metodologia, para depois retornar às suas origens mais remotas, desde a importância de Adam Smith até as contribuições das Escolas Francesa, Italiana e Sueca, para chegarmos ao seu (res)urgimento moderno com os trabalhos de Kenneth Arrow, Antony Dows, Duncan Black, James M. Buchanan, Gordon Tullock, William H. Riker e Marcur Olson. Na parte final serão analisados outros relevantes estudos da abordagem econômica sobre a ciência política, nomeadamente sobre *logrolling*, *rent-seeking*, burocratas, regulação e racionalidade irracional.

A definição ou conceito da teoria da escolha pública é dada por James M. Buchanan como “uma perspectiva sobre a

---

<sup>3</sup> BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon, *O cálculo do consenso: fundamentos lógicos da democracia constitucional*, tradução Patrícia Correa, Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2021, Parte I (obra sem paginação).

<sup>4</sup> BUCHANAN, James, What is public choice theory?, *Economic Education Bulletin*, *American Institute of Economic Research*, Vol. XLIII, n. 5, may, 2003, p. 2.



política que surge de uma extensão-aplicação das ferramentas e métodos do economista para a tomada de decisão coletiva ou não comercial”<sup>5</sup>. James M. Buchanan faz uma interessante analogia da relação da economia com a política na *public choice theory* aludindo à área de *cerca* entre duas propriedades rurais, os custos e benéficos de sua aração, destacando que se trata de um terreno fértil e produtivo, com mais dificuldades pelos tocos e pedras e a falta de familiaridade com o território, mas que “boas cercas fazem bons vizinhos”, alertando sobre o risco de que sejam ultrapassadas as linhas de fronteira, o que poderia vir a estragar a boa relação dos vizinhos (economia e política)<sup>6</sup>.

São inegáveis as diferenças na abordagem da economia e da ciência política. Os economistas têm preocupações com a eficiência e a alocação ótima de recursos escassos, enquanto os políticos se preocupam com a obtenção e a manutenção do poder. Os políticos em suas campanhas, para chegarem ou permanecerem no poder, prometem mundos e fundos nas eleições esquecendo-se muitas vezes da escassez dos recursos disponíveis e dos limites permitidos pela lei. Como a economia envolve a ação humana de escolha dentre as alternativas possíveis, através do método de comparação, a escolha pode ser do interesse individual ou coletivo (grupo, sociedade). A teoria da escolha pública propõe o uso de métodos econômicos para a análise das escolhas coletivas, realizando a necessária comparação com o mercado e considerando que o agente político é um agente econômico que possui motivações, interesses e preferências que não necessariamente coincidem com o interesse público<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> BUCHAMAN, James M., *The public choice perspective*, In *Politics as public choice*, Carmel, Indiana, Liberty Fund, Inc, 2000, p. 15.

<sup>6</sup> BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon, *O cálculo do consenso: fundamentos lógicos da democracia constitucional*, tradução Patrícia Correa, Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2021, Prefácio, (obra sem paginação).

<sup>7</sup> BRENNAN, Geoffrey, *What is public choice theory?* Institute for Humane Studies at George Mason University, 2020, disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=qecuBjHH\\_2c](https://www.youtube.com/watch?v=qecuBjHH_2c), acesso em 27.02.2024. BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon, *O cálculo do consenso: fundamentos lógicos da*

Os *insights* da economia podem trazer importantes contribuições na análise da política e dos governos, uma vez que o economista busca realizar escolhas mais eficientes no contexto de recursos escassos, podendo contribuir nas mais diversas áreas de atuação do Estado, desde a própria democracia, o designe de modelos constitucionais, sistema de votos (votos majoritários), *lobby*, incentivos a grupos e partidos, burocracia, regulação, custo das decisões para os contribuintes de impostos e a questão do crescimento da dívida pública, dentre outros<sup>8</sup>.

A teoria da escolha pública tem como pressuposto analisar as alternativas de escolhas públicas possíveis com as escolhas de mercado, comparando as falhas de mercado com as falhas de Governo, evitando-se recorrer à máxima de que sempre que o mercado falha o Estado tem que fazer algo a respeito disto e daquilo<sup>9</sup>. Utiliza-se da expressão déspota benevolente para ilustrar a imagem equivocada que as pessoas têm da intervenção do Estado, como se uma única pessoa, o ditador esclarecido, escolhesse sempre a perfeita solução política – lógica, racional e imparcial – para equacionar o problema para o qual foi chamado,

---

*democracia constitucional*, tradução Patrícia Correa, Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2021, Parte I, (obra sem paginação).

<sup>8</sup> Sobre o tema leciona Butler: “Escolha Pública utiliza os métodos e ferramentas da economia para explorar como funcionam a política e o governo. É uma abordagem que produz alguns insights surpreendentes e levanta questões desafiadoras – tais como até que ponto o processo político é realmente eficiente, eficaz e, de facto, legítimo. (...). Escolha Pública consiste em aplicar estes conceitos econômicos simples ao estudo de como as escolhas coletivas são feitas – aplicando-os a coisas como a concepção e funcionamento de constituições, mecanismos eleitorais, partidos políticos, grupos de interesse, lobbying, burocracia, parlamentos, comités e outras partes do sistema governamental. As decisões políticas coletivas, tais como aumentar os impostos sobre a propriedade para construir uma nova estrada, são tão econômicas como qualquer outra: também envolvem uma escolha entre custos e benefícios, não apenas custos e benefícios financeiros, mas, de forma mais ampla, entre tudo o que precisa ser sacrificado e tudo o que é ganho como resultado.” (BUTLER, Eamonn. *Public choice-a primer. Institute of Economic Affairs Occasional Paper*, v. 147, 2012, p. 21-22).

<sup>9</sup> TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L., *Government Failure: a prime in public choice*, Instituto Cato, Washington DC, 2002, p. 12-13. ARAÚJO, Fernando, *Introdução à economia*, 4ª ed. Volume - I, Lisboa: AAFDL, 2023, p. 121-124.

desconsiderando que a democracia moderna é um processo complexo que envolve voto, eleição, reeleição, ambições, interesses dos agentes do Estado, que nem sempre são coincidentes com o interesse público, ou seja, mundo real, “política sem romance”, em que nem sempre a melhor solução coletiva pode ser alcançada. Essa concepção equivocada cria falsas expectativas quanto à democracia, levando ao seu enfraquecimento, ao fortalecer piores alternativas de governo, como várias formas de autoritarismo, e a intervenções exageradas do Estado. A teoria da escolha pública acredita na democracia, estudando como ela funciona e como ela pode melhorar para obtermos uma melhor escolha pública dentre as possíveis<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> TABARROK, Alex, *Introduction to public choice?* Center for Study of Public Choice, George Mason University, 2022, disponível em: [Introduction to Public Choice, Alex Tabarrok \(youtube.com\)](https://www.youtube.com/watch?v=qecuBjHH_2c), acesso em 27.02.2024. BRENNAN, Geoffrey, *What is public choice theory?* Institute for Humane Studies at George Mason University, 2020, disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=qecuBjHH\\_2c](https://www.youtube.com/watch?v=qecuBjHH_2c), acesso em 27.02.2024. TABARROK, Alex, *What is public choice? Center for Study of Public Choice, George Mason University*, 2022, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HRUOdjNrODM>, acesso em 27.02.2024. A respeito das falhas de governo Paulo Trigo Pereira destaca: “A expressão «fracassos do governo», que se tornou usual após o desenvolvimento da teoria da escolha pública, surgiu como contraponto ao conceito de «fracasso de mercado», que ganhou substância com a nova economia do bem-estar. Em ambos os casos a ideia de «fracasso» surge como referência a situações de certa forma ideais. O ideal de mercado para muitos economistas é o mercado competitivo, sem custos de transacção, com informação simétrica e completa entre os agentes e onde sempre que, para um certo preço, existem agentes dispostos a vender e outros dispostos a comprar a transacção se efectua. Os mercados reais não apresentam aquelas características «ideais», e daqui falar-se em «fracasso». Do mesmo modo, a noção de «fracasso de governo» provém da comparação de um ideal de governo e de um ideal democrático com a realidade das actuações dos governos e dos funcionamentos das democracias e o ideal de governo, tal como implicitamente assumido pelos economistas da welfare economics, é o governo, como se fosse um ditador benevolente, ou seja, um agente supostamente capaz de impor as suas políticas («ditador») e capaz de conhecer e satisfazer as preferências dos cidadãos. O ideal democrático<sup>26</sup>, por seu lado, caracteriza-se por um conjunto de aspirações consubstanciadas no seguinte: a ideia de que os cidadãos e o povo são soberanos e de que entre estes e os seus representantes não há «corpos intermédios», o que pressupõe os ideais de cidadãos educados, informados e civicamente activos. O ideal de que os deputados devem ser representantes da nação (mandatos não vinculativos) e não representantes de interesses específicos de clientelas. O ideal de derrota do poder

Gordon Tullock criticava a visão bifurcada do comportamento humano de que no mercado os agentes são autointeressados, enquanto na política os agentes buscam o bem coletivo. Em tese todos os cientistas sociais adotam a visão bifurcada, inclusive os economistas, uma vez que identificada uma falha de mercado, a regulação estatal corretiva pressupõe implicitamente falta de autointeresse dos reguladores. Gordon Tullock e James M. Buchanan indagavam se o político e o eleitor são pessoas diferentes quando estão no mercado? Ou se os agentes se tornam “eunucos econômicos” quando passam do mercado para a participação política<sup>11</sup>. Para Butler seria claro que ter interesse próprio não significa que as pessoas sejam egoístas, uma vez que podem se preocupar com interesses de pessoas próximas ou da sociedade, em vez de apenas beneficiarem a si próprios, mas a questão é que pouco importando o objetivo a alcançar, seja pessoal ou coletivo, seria razoável presumir que buscaram atuar de forma intencional e efetiva para maximizar seus resultados<sup>12</sup>.

---

oligárquico e das elites e de eliminação dos «poderes invisíveis» (grupos secretos, ou informais, dentro ou fora do aparelho de Estado). Todos estes ideais são aquilo que Norberto Bobbio (1988) designa como promessas não cumpridas dos regimes democráticos. A explicação destes «fracassos do governo» tem sido analisada pela teoria da escolha pública ao longo das últimas décadas e não é possível resumi-la no espaço deste artigo.” (PEREIRA, Paulo Trigo, A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?, *Análise Social*, p. 435-436, 1997).

<sup>11</sup> TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L., *Government Failure: a prime in public choice*, Instituto Cato, Washington DC, 2002, p. 5-6. BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon, *O cálculo do consenso: fundamentos lógicos da democracia constitucional*, tradução Patrícia Correa, Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2021, Parte I, (obra sem paginação). BUCHANAN, James, What is public choice theory?, *Economic Education Bulletin*, American Institute of Economic Research, Vol. XLIII, n. 5, may, 2003, p. 3.

<sup>12</sup> Para BUTLER: “É claro que ter interesse próprio não significa que as pessoas sejam egoístas. Podem preocupar-se profundamente com outras pessoas e querer ajudar os seus amigos, familiares e comunidade, em vez de apenas beneficiarem a si próprios. Mas a questão é que, seja o que for que pretendam alcançar – desde a riqueza pessoal à harmonia comunitária – é sensato assumir que tentarão agir deliberada e eficazmente de forma a aumentá-la. Como dizem os economistas, eles são maximizadores racionais.” (BUTLER, Eamonn. Public choice-a primer, *Institute of Economic Affairs Occasional Paper*, v. 147, 2012, p. 25).

A moderna escola da escolha pública desafiou essa inconsistência introduzindo um individualismo metodológico que sugere a substituição de atribuição de intenções ao Estado pelo estudo dos objetivos dos agentes públicos que o representam. Como todos os agentes públicos ou privados estão sujeitos aos mesmos pressupostos comportamentais, os agentes públicos (políticos e funcionários públicos) também são autointeressados, uma vez que todos os indivíduos possuem suas preferências, valores e motivações, e agem como maximizadores racionais, como *homo oeconomicus*<sup>13</sup>. Ao transferir o pressuposto de autointeresse para o setor público, a Escola da Escolha Pública desenvolve a Economia da Política ao enxergar os políticos, burocratas, consumidores e empresários como iguais, permitindo uma análise da estrutura governamental sob a ótica da microeconomia.

Fernando Araújo aborda no contexto das falhas de intervenção do Estado na economia a teoria da escolha pública, considerando-a uma visão “desencantada e cínica” sobre o mercado de favores públicos, uma vez que mostra como a política funciona e a quem efetivamente serve<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L., *Government Failure: a prime in public choice*, Instituto Cato, Washington DC, 2002, p. 10-11.

<sup>14</sup> Fernando Araújo destaca a importância das balizas institucionais e constitucionais como mecanismo de preferência dos cidadãos. Registra que a teoria da escolha pública possui uma base ideológica libertária, que defende o Estado Mínimo, a propriedade privada e a Justiça. Em uma abordagem rica aborda os principais autores, os estudos e suas contribuições à teoria da escolha pública (lobbies, vontade coletiva, *logrolling*, *rent-seeking*, déspota benevolente, teorizando eleitor mediano, ignorância racional, paradoxo do voto, teorema da impossibilidade e teorema do Juri (Marques de Condorcet), grupo de pressão, mercado de favores, enigma de Tullock, ignorância racional, etc). Apesar de todos os desafios escancarados pela teoria da escolha pública entende que não impedem o florescimento da democracia, em que pese os efeitos nefastos da corrupção. Concluindo que: “Mais inequívocos são, insistimos, os custos da corrupção, especialmente quando ela se torna inevitável por causa da configuração especial das instituições e dos incentivos públicos, ampliadas pela assimetria informativa e pela captura da regulação – quando a corrupção é uma reação de mercado, de um mercado muito especial, contra excessos de regulação, e tem margem de crescimento, arriscando chegar à massa crítica de prática dominante, fazendo com que a

Poderíamos sintetizar a escolha pública como um (*sic*) desvalorização desencantada, ou mesmo cínica, dos arrebatamentos ideológicos relativos à existência, ou mesmo à necessidade, de uma vontade geral funcionalizada à proeminência de um bem comum, tendendo antes a encarar o fenômeno público como uma confluência de interesses particulares irreconciliáveis, que o Estado se limita a gerir marginalmente através do estabelecimento de escalas de preferências neutras a quaisquer valoração prévias – salvo porventura no que respeita a um primeiro pacto constituinte que precisamente estabeleceria o princípio de respeito pelas esferas divergentes do pluralismo social, um pacto fundador que idealmente concitaria a unanimidade quanto a aceitação da legitimidade procedimental de todas as decisões subsequentes, desde que conformes com essa intenção fundadora.

De forma muito esquemática, diríamos que o que caracteriza a abordagem da *Public Choice* é a expansão, para dentro do próprio mecanismo de funcionamento do Estado, das leis econômicas que a tradição microeconômica costuma reservar para a análise do funcionamento dos mercados. Na sua visão desencantada, ou cínica política sem romances é um dos lemas desta abordagem), a *Public Choice* não hesita em centrar a sua análise no mercado de favores políticos, no qual o lado da oferta é composto por políticos eleitos, e por burocratas, no qual se forma um preço de equilíbrio e no qual as motivações podem permanecer ao nível do mais estrito egoísmo – deixando cair, portanto, a fachada ideológica (o romantismo) de um funcionamento do Estado assente no sacerdócio de virgens vestais, total e exclusivamente subordinados à prossecução do bem comum e à defesa do interesse público<sup>15</sup>.

Na apresentação da primeira edição em língua portuguesa da obra “*The Calculus of Consent*”, maior expoente da teoria da escolha pública, encontra-se registro salientado que a obra quebrou com diversos paradigmas tidos como imutáveis nas ciências sociais, sendo que “um dos maiores foi a interpretação equivocada da atuação de agente públicos – a saber, polí-

---

honestidade deixe de valer a pena.” (ARAÚJO, Fernando, *Introdução à economia*, 4ª ed. Volume 2, Lisboa: AAFDL, 2022, p. 506).

<sup>15</sup> ARAÚJO, Fernando, *Introdução à economia*, 4ª ed. Volume - II, Lisboa: AAFDL, 2022, p. 461-462.

ticos, servidores, prestadores de serviço etc – como seres altruístas que agiriam sempre em prol do benefício coletivo.”<sup>16 17</sup>

---

<sup>16</sup> BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon, *O cálculo do consenso: fundamentos lógicos da democracia constitucional*, tradução Patrícia Correa, Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2021, Gedeon Lopes Cordeiro na apresentação à edição da obra em língua portuguesa (obra sem paginação).

<sup>17</sup> Inúmeras associações poderiam ser feitas nas mais diversas épocas e locais da história do homem na política. Permitindo-me um paralelo com o Brasil, registrando que Stefan Zweig, em meados do século passado, mais precisamente agosto-setembro de 1941, lançou a profética expressão que deu título a seu livro sobre o país da América do Sul que o acolheu durante a Segunda Guerra Mundial: *Brasil, um país do futuro*. (ZWEIG, Stefan, 1881-1942. Brasil, um país do futuro. Porto Alegre, RS: Editora L&PM Pocket, 2013). Passados mais de 80 (oitenta) anos do vaticínio da Nação do amanhã, um estudo aprofundado e uma crítica honesta de sua história política sob a perspectiva da teoria da escolha pública poderia trazer no Brasil importantes contribuições ao debate sobre as reformas tão necessárias para que sejam enfrentados os problemas constantes e persistentes de nossa formação histórica. Especificamente com relação à história da formação do Brasil e a política *sem romance* contida na teoria da escolha pública gostaríamos de destacar a obra de Joaquim Nabuco denominada *Minha Formação* (NABUCO, Joaquim, *Minha formação*, Edições Câmara, 2019); o artigo escrito no jornal A Província de São Paulo pelo jurista Clóvis Bevilacqua, intitulado *Pela República*, transcrito na abertura deste artigo; os históricos discursos de Rui Barbosa, *A Águia de Haia*, em especial já na República Ruy Barbosa, no Senado Federal em 1914 explanou que: “De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.”; a obra *Coronelismo, enxada e voto*, de Victor Nunes Leal, que destaca o *toma lá dá cá* e o voto de cabresto (LEAL, Victor Nunes, *Coronelismo, enxada e voto. O município e o regime representativo no Brasil*, Companhia das Letras, 7 edição, 2012); a obra prima de Raymundo Faoro sobre o patrimonialismo no Brasil em *Os Donos do Poder* (FAORO, Raymundo, *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, 3ª Edição revista, 10ª reimpressão. São Paulo: Globo, 20010); as lições de Sérgio Buarque de Holanda sobre o homem cordial que não separa a vida privada da vida pública em *Raízes do Brasil* (HOLLANDA, Sérgio Buarque de, 1902-1982, *Raízes do Brasil*, Organização: Ricardo Benzaquen de Araújo, Lília Moritz Schwarcz. Edição revisada. “Edição Comemorativa 70 anos”. São Paulo: Companhia das Letras, 2006); Roberto da Matta e Livia Barbosa nas obras que definem o jeitinho brasileiro (DAMATTA, Roberto, *O que faz o Brasil, Brasil?*, 1ª Edição, Rio de Janeiro: Rocco, 1986 e Barbosa, Livia, *O jeitinho brasileiro: a arte de ser mais igual do que os outros*; prefácio Roberto da DaMatta. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006); além da famosa expressão popular da Lei de Gerson, que, para quem não se recorda, era muito jovem ou não era nascido, a expressão surgiu na década de 70 quando o jogador Gérson, “canhotinha de ouro”, famoso meio-campista da seleção brasileira de futebol na Copa de 1970, foi garoto propaganda da marca

Importante ressalva reside em contextualizar essa visão autointeressada ou egoísta do agente público, uma vez que a teoria da escolha constitui-se em uma precaução para James M. Buchanan no intuito de analisar o sistema político conferindo-lhe instrumentos para inibir os desvios, abusos e a prática da corrupção, tal qual desenhado na constituição americana.

Modelizar os agentes no processo político como egoístas é, na perspectiva de Buchanan, uma atitude de precaução. Ao pensar o sistema político do ponto de vista de que os indivíduos poderão querer utilizar o sistema em proveito próprio, leva a pensar em regras, procedimentos e instituições que evitem os piores abusos de poder e outras tentações políticas. Neste sentido, o modelo pioneiro da Constituição americana, com a separação de poderes entre o executivo, o legislativo e o sistema judicial e as limitações constitucionais ao poder do executivo, baseou-se precisamente nos *checks and balances* necessários para que nenhuns indivíduos, numa qualquer instituição possam estar em uma posição de abuso de poder<sup>18</sup>.

Estabelecido o conceito da teoria da escolha pública, seus pressupostos na comparação das falhas de governo com as falhas de mercado e seu individualismo metodológico, será abordada a seguir sua história mais remota regressando aos seus precursores no século XVIII, com especial destaque para ideias

---

de cigarros Vila Rica e em propaganda televisiva de âmbito nacional afirmou: “Eu gosto de levar vantagem em tudo, certo? Leve você também!”. Maria Rita Kehl, em introdução à entrevista ao psicanalista Jurandir Freire Costa, explicou a origem do termo “Lei de Gerson” para designar a ideologia contida na propaganda protagonizada pelo jogador, vejamos: “Uma palavra nova é capaz de criar uma nova consciência? Para o psicanalista Jurandir Freire Costa, sim. Prova disso é que há cerca de quatro anos este pernambucano de 47 anos, residente no Rio de Janeiro, sacudi as consciências dos brasileiros ao divulgar o termo ‘Lei de Gerson’ para designar a ideologia do ‘levar vantagem em tudo’, pela qual se pauta uma certa (anti) ética da vida pública no país. Foi numa longa entrevista à revista IstoÉ, por ocasião de seu também famoso artigo “Narcisismo em tempos sombrios” (coletânea Tempo do Desejo, org. Heloisa R. Fernandes, Brasiliense, 87) que Jurandir analisou o comportamento que o jornalista Maurício Dias batizou como a ‘Lei de Gerson’. Hoje, não há nenhum brasileiro, alfabetizado ou não, que não saiba o que ela significa.” (KEHL, Maria Rita, Politicamente Correto, *Revista Teoria e Debate*, Edição n. 18, de 02.06.1992).

<sup>18</sup> PEREIRA, Paulo Trigo. A teoria da escolha pública (*public choice*): uma abordagem neoliberal? *Análise Social*, 1997, p. 426.



de Adam Smith na construção da moderna concepção da teoria da escolha públicas e as contribuições das Escolas europeias da França, Itália e Suécia.

## 2. ADAM SMITH NA *PUBLIC CHOICE THEORY*

Uma desconfiança na intervenção do Estado em face das possibilidades de falhas de governo e na interferência dos interesses próprios de seus agentes públicos nas decisões políticas e de governo no interesse coletivo são a essência da teoria da escolha pública, como vimos no tópico anterior. Com certeza na Grécia e Roma antigas já havia intenções de favorecimento próprio no trato das questões políticas<sup>19</sup>. As obras de Shakespeare, em especial, Henrique V, Ricardo III, Macbeth e o Rei Lear, reforçam essa constatação “permitindo defender fortemente que o pensamento da escolha pública como uma descrição da condição dos humanos na política, independentemente do tempo e do lugar.”<sup>20</sup>

Sem discordar da atemporalidade da condição humana na política, os primeiros estudos mais aprofundados sobre o processo político que deram início à remota teoria da escolha pública surgiram no século XVIII, com a transição das Monarquias Absolutistas para as Monarquias e Repúblicas Constitucionais, com um novo elemento que é “a existência de uma nova instituição - o parlamento - que tem funções não só de «eleição» e controle do executivo, mas também uma função legislativa. Isto significa que as regras usadas para a tomada de decisões coletivas no seio deste novo órgão colegial são fundamentais para

---

<sup>19</sup> PAGANELLI, Maria Pia, *Adam Smith's Public Choice Economics*, 2017, disponível em: <https://www.cato-unbound.org/2017/03/10/maria-pia-paganelli/adam-smiths-public-choice-economics/>, acesso em 01.03.2024.

<sup>20</sup> SKWIRE, Sarah, *Shakespeare's Inner Economist*, 2017, disponível em: <https://www.cato-unbound.org/2017/03/06/sarah-skwire/shakespeares-inner-economist/>, acesso em 01.03.2024.

perceber os resultados dessa escolha.”<sup>21</sup>

Gordon Tullock registra com justiça a importância do iluminismo escocês de David Hume (1711-1776) e de Adam Smith (1723-1790) na contestação da visão dominante de que os atos praticados pelo Estado e seus agentes eram sempre pautados pelo interesse da coletividade<sup>22</sup>. James M. Buchanan também atribuía a Adam Smith as concepções básicas sobre política e natureza humana que deram origem à moderna teoria da escolha pública<sup>23</sup>. De fato, David Hume e Adam Smith foram precursor-

---

<sup>21</sup> PEREIRA, Paulo Trigo. A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?. *Análise Social*, 1997, p. 422.

<sup>22</sup> Segundo Tullock *et al*: “Até os dias de Adam Smith (1723-90), a maior parte das discussões sociais era essencialmente moral. Indivíduos – fossem eles empresários, funcionários públicos, políticos ou monarcas hereditários – eram informados sobre qual era a coisa moralmente correta a fazer e instados a fazê-lo. Todas essas pessoas foram implicitamente consideradas como estando, e talvez estivessem, empenhadas em maximizar o interesse público. Maquiavel (1469–1527) e Hobbes (1588–1679) foram grandes exceções a esta regra; no entanto, em ambos os casos a sua influência foi muito menor do que os seus leitores poderiam sugerir. Eles foram considerados pela maioria dos seus leitores como argumentos perversos contra a moralidade, em vez de produzirem um sistema científico que fosse essencialmente amoral. David Hume (1711-1776) foi o primeiro a fazer fissuras significativas nesta abordagem monolítica. Ele assumiu a opinião bastante óbvia de que a maioria das pessoas perseguia os seus próprios interesses no seu comportamento, em vez de um interesse público de base ampla, e em vários ensaios aplicou esta linha de raciocínio à economia. Os precursores do seu trabalho podem ser encontrados no pensamento europeu e, na verdade, no pensamento não europeu. Mas, até à época de Hume e do seu amigo Adam Smith, a visão predominante da natureza humana e do governo era a de que a abordagem moral ou de interesse público era dominante. Adam Smith desenvolveu a economia moderna assumindo que os indivíduos eram em grande parte egoístas e calculando as consequências dessa suposição no domínio da economia.” (TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L., *Government Failure: a prime in public choice*, Instituto Cato, Washington DC, 2002, p. 3-4).

<sup>23</sup> De acordo com Buchanan: “A escolha pública não emergiu de alguma visão profundamente nova, de alguma nova descoberta, de algum milagre das ciências sociais. A escolha pública, nas suas percepções básicas sobre o funcionamento da política, incorpora uma compreensão da natureza humana que difere pouco, ou nada, daquela de James Madison e dos seus colegas na época da Fundação Americana. A sabedoria essencial do século XVIII, de Adam Smith, da economia política clássica e dos fundadores americanos foi perdida ao longo de dois séculos de loucura intelectual. A escolha pública faz pouco mais do que incorporar uma redescoberta desta sabedoria e das suas implicações nas análises econômicas da política moderna.” (BUCHANAN,

res desse olhar mais atento sobre os interesses que moviam os agentes políticos no sistema comercial da Grã-Bretanha do século XVIII, em especial nas relações espúrias entre os legisladores e os grupos de interesse que exercendo *lobbies* mantinham ou ampliavam seus privilégios<sup>24</sup>.

As críticas de Adam Smith contidas em sua obra *A Riqueza das Nações* com certeza operaram importantes influências na moderna teoria da escolha pública, uma vez que criticou em especial os *lobbies* e os privilégios do sistema comercial da Grã-Bretanha, dos comerciantes e fabricantes, dos monopólios nas colônias da Inglaterra e dos grêmios envolvendo mestres e aprendizes.

*A Riqueza das Nações* ([1776] 1981) não é apenas o livro que iniciou não oficialmente a economia, mas também pode ser considerado um tratado de escolha pública. O próprio Smith considerou isso como “o ataque muito violento que fiz a todo o sistema comercial da Grã-Bretanha” (Carta a Andreas Holt, 26 de outubro de 1780). E esses ataques basearam-se na observação de que os comerciantes e fabricantes britânicos fizeram tanto *lobby* e com tanto sucesso que criaram distorções no sistema natural de liberdade, prejudicando a maioria da população e dissuadindo o crescimento econômico<sup>25</sup>.

Adam Smith registrou com indignação em diversas pas-

---

James, What is public choice theory?, *Economic Education Bulletin*, American Institute of Economic Research, Vol. XLIII, n. 5, may, 2003, p. 4.

<sup>24</sup> Para Butler, “gradualmente, porém, mais pensadores começaram a questionar a probabilidade do próprio sistema político e os interesses daqueles que ele colocou no poder. No seu ensaio de 1742 sobre o parlamento, o filósofo escocês David Hume denunciou o interesse próprio das pessoas em posições governamentais e apelou a que, para nossa própria proteção, deveríamos tratá-las como se fossem “patifes”. E no seu livro *A Riqueza das Nações*, de 1776, Adam Smith criticou fortemente a relação acolhedora entre as empresas e o governo, na qual aqueles que detinham a autoridade concederiam monopólios a cortesãos e fabricantes favorecidos. (...) As questões levantadas por Hume e Smith sobre o funcionamento do processo político continua a ser central na teoria da escolha pública de hoje (...)” (BUTLER, Eamonn, *Public choice-a primer, Institute of Economic Affairs Occasional Paper*, v. 147, 2012, p. 30).

<sup>25</sup> PAGANELLI, Maria Pia, *Adam Smith's Public Choice Economics*, 2017, disponível em: <https://www.cato-unbound.org/2017/03/10/maria-pia-paganelli/adam-smiths-public-choice-economics/>, acesso em 01.03.2024.

sagens de A Riqueza das Nações os privilégios de grupos ou classes conferidos pelo Império Britânico através de leis que conferiam e mantinham os monopólios de comerciantes e fabricantes ou estabeleciam restrições ao mercado de trabalho, como no caso dos aprendizes. Adam Smith era sabedor da dificuldade de se retirar privilégios que agravavam as condições de outros agentes econômicos. Defendia que nenhuma sociedade pode ser próspera e feliz se a maioria dos seus membros é pobre e miserável, era contra a opressão ao pobre e o monopólio aos ricos<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Vejamos trechos de A Riqueza das Nações que demonstram a indignação do autor: “(...) Fundar um grande império com o único propósito de criar um povo de clientes pode, à primeira vista, parecer um projeto adequado apenas para uma nação de lojistas. É, no entanto, um projeto totalmente impróprio para uma nação de lojistas; mas extremamente adequado para uma nação cujo governo é influenciado por lojistas. Esses estadistas, e apenas esses estadistas, são capazes de imaginar que encontrarão alguma vantagem em empregar o sangue e o tesouro dos seus concidadãos para fundar e manter tal império. [...] A manutenção deste monopólio tem sido até agora o principal, ou mais propriamente, talvez o único fim e propósito do domínio que a Grã-Bretanha assume sobre as suas colônias.”; “(...) as mais cruéis das nossas leis fiscais, atrevo-me a afirmar, são suaves e gentis, em comparação com algumas daquelas que o clamor dos nossos comerciantes e fabricantes extorquiou da legislatura, para o apoio dos seus próprios monopólios absurdos e opressivos. Assim como as leis de Draco, pode-se dizer que essas leis foram todas escritas com sangue. (...)”; “Esperar, na verdade, que a liberdade de comércio algum dia seja inteiramente restaurada na Grã-Bretanha é tão absurdo quanto esperar que uma Oceania ou Utopia algum dia seja estabelecida nela. Não apenas os preconceitos do público, mas o que é muito mais invencível, os interesses privados de muitos indivíduos, opõem-se irresistivelmente a ele. Se os oficiais do exército se opusessem com o mesmo zelo e unanimidade a qualquer redução no número de forças, com as quais os mestres fabricantes se opunham a todas as leis que pudessem aumentar o número dos seus rivais no mercado interno; se os primeiros animassem os seus soldados, da mesma forma que os segundos inflamam os seus trabalhadores, para atacar com violência e indignar os proponentes de qualquer regulamento desse tipo; tentar reduzir o exército seria tão perigoso como se tornou agora tentar diminuir em qualquer aspecto o monopólio que os nossos fabricantes obtiveram contra nós. Este monopólio aumentou tanto o número de algumas tribos específicas deles, que, como um exército permanente e crescido, tornaram-se formidáveis para o governo e, em muitas ocasiões, intimidam a legislatura. O membro do parlamento que apoia todas as propostas para reforçar este monopólio, certamente adquirirá não só a reputação de compreender o comércio, mas também grande popularidade e influência junto de uma ordem de homens cujo número e riqueza os tornam de grande importância. Se ele se opõe a eles, pelo contrário, e ainda mais se ele tem autoridade suficiente para ser capaz de frustrá-los, nem a mais reconhecida proibidade,

Incontestável a importância de Adam Smith na genealogia da teoria da escolha pública, em especial por expor questões óbvias envolvendo o Estado, grupos de interesse, monopólios, *lobbies*, as quais sempre foram ignoradas e encobertas por mentiras convencionais da sociedade da época. Smith rompeu com essa tradição ao prenciar novas concepções básicas sobre a política e a natureza humana, tal qual fez Nicolau Maquiavel (1469-1527) ao apontar a atuação não virtuosa dos príncipes<sup>27</sup> e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) ao estabelecer a diferença entre autenticidade e aparência social<sup>28</sup>.

Adam Smith provocou um choque conceitual à sua época ao atacar o paradigma do interesse público no Estado e em seus agentes. O autor apontou a existência de um paradoxo que consistia em confiarmos no Estado que exerce inúmeras funções e não analisarmos economicamente sua atuação, uma análise tal qual fazemos com o mercado e as pessoas privadas, e não as aplicamos ao Estado, como se o Estado fosse um corpo único, um monolito, composto por sacerdote ou “virgens vestais” sempre em defesa do interesse público. Talvez até queiramos pensar assim, mas se analisarmos melhor o paradoxal, temos um lado humano e ficcional do Estado que exigiria, na visão de Adam Smith, uma definição melhor de qual o real papel do Estado, uma vez que constatou em *A Riqueza das Nações* que o Estado estava capturado pela visão mercantil de seu próprio funcionamento, uma classe que usa o Estado, se serve do Estado travestindo seus interesses privados em interesse público.

Já havia em Adam Smith uma crítica, um desencanto, as

---

nem a mais alta posição, nem os maiores serviços públicos podem protegê-lo dos mais infames abusos e detrações, de insultos pessoais, nem às vezes de perigo real, decorrente da indignação insolente de monopolistas furiosos e desapontados.” (SMITH, Adam, *A Riqueza das Nações*, Edipro, 1 Edição, 2021, Livro IV, Capítulo 7, p. 63-64; Livro IV, Capítulo 8, p. 17; Livro IV, Capítulo 2, p. 43).

<sup>27</sup> MAQUIAVEL, Nicolau, *O Príncipe de Maquiavel*: Texto Integral Capa comum, Edição especial, Tradução Lívio Xavier, 2018, Edipro.

<sup>28</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discurso sobre as Ciências e as Artes*, Edição Português, Tradução Laurent de Saes, 2018, Edipro.

formulações piedosas da ideologia dominante sobre a presença constante do interesse público nos atos do Estado, deixando clara a existência deste paradoxo entre o Estado real e o Estado do conceito até então vigente. Assim, devemos a Smith as primeiras percepções de que o Estado não era tão diferente do particular, que precisa de regulação explícita interna, pois as leis que o regem não são diferentes da lei que pretende impor aos particulares. Smith foi o precursor da ideia de funcionamento de mercado dentro do Estado, em visão realista da política e do Estado que influenciou definitivamente a moderna teoria da escolha pública capitaneada por James M. Buchanan e Gordon Tullock.

Além das ideias acima expostas que contribuíram de forma fundamental para os rumos da moderna teoria da escolha pública, Adam Smith criticava, tal como a teoria da escolha pública, a intervenção do Estado na economia. Entendia o filósofo escocês que tal intervenção era um desperdício com gastos inúteis que empobreciam a sociedade, e defendia um Estado pequeno e funcional. Admitia a intervenção do Estado apenas nas hipóteses de proteção contra agressão externa, com a administração da Justiça e com instituições e obras públicas<sup>29</sup>. Tinha resistências inclusive na intervenção do Estado na questão tributária, onde pregava rígidos os princípios da justiça, certeza, comodidade e economia<sup>30</sup>.

Outra importante contribuição de Adam Smith à *public choice theory* foi no designe da constituição americana, na qual James Madison e seus colegas (*Founding Fathers*: George Washington, Thomas Jefferson, John Adams, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton, John Jay e James Madison) assumiram que os agentes do governos são autointeressados (ambição) e deste modo é fundamental que o governo se autocontenha e busque

---

<sup>29</sup> SMITH, Adam, *A Riqueza das Nações*, Edipro, 1 Edição, 2021, Livro V, Capítulo 1.

<sup>30</sup> ARAÚJO, Fernando, *Adam Smith, o conceito mecanicista de liberdade*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 1261-1266.

canalizar o interesse privado em interesse público, o que não deixa de ser uma forma de ver a mão invisível atuando, transformando o interesse privado em benefícios gerais.

A ambição deve ser feita para contrabalançar a ambição. O interesse do homem deve estar ligado aos direitos constitucionais do lugar. Pode ser uma reflexão sobre a natureza humana que tais dispositivos sejam necessários para controlar os abusos do governo. Mas o que é o próprio governo, senão a maior de todas as reflexões sobre a natureza humana? Se homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. Se os anjos governassem os homens, não seriam necessários controles externos nem internos sobre o governo. Ao estruturar um governo que será administrado por homens sobre homens, a grande dificuldade reside no seguinte: é preciso primeiro permitir que o governo controle os governados; e em seguida obrigá-lo a controlar-se<sup>31</sup>.

Concluída a abordagem das ideias de Adam Smith para a concepção da moderna teoria da escolha pública, na sequência analisaremos os pensadores da Escola Francesa (Jean Charles de Borda, Marquês de Condorcet, Marquês de Gornay, Ministro Turgot, Jean Batista Say, Destutt de Tracy e Frederic Bastia), da Escola Italiana (Antonio De Viti de Marco e Maffeo Pantaleone) e da Escola Sueca (Knut Wicksell).

### 3. AS CONTRIBUIÇÕES DAS ESCOLAS EUROPEIAS

As contribuições das escolas europeias para a teoria da escolha pública começaram próximas dos precursores do iluminismo escocês, Adam Smith e David Hume, e se desenvolveram pelos séculos XVIII e XIX, contribuindo de forma decisiva para a retomada e avanços da teoria no século XX.

Ainda no final do século XVIII a Escola Francesa, usando a matemática nas questões políticas, foi a precursora do surgimento dos estudos do que hoje chamamos de teoria da es-

---

<sup>31</sup> MADISON, James. (1788). *The Federalist Papers*, n. 51, New York, disponível em: <https://guides.loc.gov/federalist-papers/full-text>, acesso em 02.02.2024.

colha pública. Um dos primeiros estudiosos foi Jean Charles de Borda (1733-1799) que, considerando que a maioria simples nem sempre reflete o real interesse dos eleitores, propôs que na hipótese de três ou mais candidatos seja permitida a escolha do melhor candidato pela ponderação da ordem de preferência contida nos votos de todos os eleitores, os quais se manifestariam em todos ou alguns dos candidatos.<sup>32 33</sup>

A Escola Francesa teve outro destacado pioneiro nas origens da teoria da escolha pública, que foi o Marquês de Condorcet, Marie-Jean Antoine Nicolas de Caritar (1743-1794), com seus relevantes estudos sobre o problema da “ciclagem” ou “paradoxo do voto”, que consiste na “impossibilidade de se chegar a uma preferência agregada e consistente a partir de preferências estáveis e heterogêneas dos votantes”<sup>34</sup>, no qual demonstrou a

---

<sup>32</sup> ROWLEY, Charles K.; SCHNEIDER, Friedrich G.; MUELLER, Dennis C., *Public choice: an introduction, Readings in public choice and constitutional political economy*, 2008, p. 31.

<sup>33</sup> Segundo Lira *et al*: “Borda (1781), afirmava que a injustiça da contagem dos votos no método plural é devida ao fato de os eleitores não poderem manifestar, no voto, a sua completa opinião sobre todos os candidatos. Para ele, era necessário dar aos eleitores uma forma de se pronunciarem sobre a ordem de mérito de cada um dos candidatos. Propôs então um método de contagem, para eleições com três ou mais candidatos, em que a ordem de preferência dos eleitores fosse refletida na contagem total de votos para a eleição do vencedor. O método, conhecido como contagem de Borda, foi reconhecido como alternativa aceitável e mais consensual, uma vez que a eleição por simples maioria muitas vezes não representa o interesse do coletivo de eleitores (Dummett, 1998; Qiu et al., 2016). Em outras palavras, a contagem de Borda propõe uma eleição com base em uma votação ordinal, na qual o eleitor expressa uma ordem de preferência em cada candidato, de tal forma que, ao se contabilizar os votos, diferentes pesos são atribuídos conforme a posição ordinal da escolha. Desta forma, é eleito aquele que possuir mais pontos em cada ranque do processo de escolha.” (LIRA, Oberdan Ferreira Coutinho; DA ENCARNAÇÃO VILLA, Maria Conceição; FONTES, Cor Jesus Fernandes, Contagem de borda e regra Dowdall: metodologia justa para a priorização de temas educacionais a serem ofertados para profissionais da atenção primária em saúde. Borda count and Dowdall rule: a fair methodology for prioritizing educational topics to be offered to primary health care professionals, *Brazilian Applied Science Review*, v. 6, n. 4, 2022, p. 1259-1260).

<sup>34</sup> ARAÚJO, Fernando, *Introdução à economia*, 4ª ed. Volume - II, Lisboa: AAFDL, 2022, p. 481. ROWLEY, Charles K.; SCHNEIDER, Friedrich G.; MUELLER, Dennis C. *Public choice: an introduction, Readings in public choice and constitutional*



dificuldade de se obter a vontade geral.

Suponhamos que três amigos, A, B e C, querem decidir entre eles qual é, por consenso, o mais brilhante de três compositores: J.S. Bach, G.F. Handel ou A. Vivaldi, e que cada um tem uma escala diferente se preferências:

|   | A           | B           | C           |
|---|-------------|-------------|-------------|
| 1 | J.S. Bach   | A. Vivaldi  | G.F. Handel |
| 2 | G.F. Handel | J.S. Bach   | A. Vivaldi  |
| 3 | A. Vivaldi  | G.F. Handel | J.S. Bach   |

Se se tratar de decidir entre J.S. Bach e G.F. Handel, ganha o primeiro (A e B preferem-no, só C prefere o segundo); se a votação decorre entre G.F. Handel e A. Vivaldi, ganha G.F. Handel (visto que A e C o preferem a A. Vivaldi, e só B tem a preferência oposta).

E, no momento em que estivéssemos tentados a proceder, por uma regra de transitividade, àquilo que pareceria ser já o escalonamento obvio (1 J.S. Bach, 2 G.F. Handel, 3 A. Vivaldi, afinal as preferências de A), lembrar-nos-íamos da necessidade de proceder a uma terceira votação, a qual tem o resultado paradoxo de fazer A. Vivaldi ganhar de J.S. Bach (visto que essa é a preferência de B e C, à qual apenas A se opõe)!

Temos aqui, pois, um impasse: cada compositor ganha dos outros dois na agregação das preferências.

Trata-se de uma indecidibilidade que permite a comparação de pares de preferência, mas não permite o escalonamento dessas preferências num todo que denote a vontade geral (...)<sup>35</sup>.

Além do “paradoxo do voto” o Marquês de Condorcet construiu a formulação do “teorema do júri” sobre a probabilidade relativa de um dado grupo de indivíduos escolher uma alternativa melhor do que um único agente atuando individualmente. Carl R. Sunstein o explica com um exemplo didático:

Para ver como funciona o Teorema do Júri, suponha que as pessoas estão respondendo à mesma pergunta, com duas respostas possíveis, uma falsa e outra verdadeira. Suponha, tam-

---

*political economy*, 2008, p. 31.

<sup>35</sup> ARAÚJO, Fernando, *Introdução à economia*, 4ª ed. Volume - II, Lisboa: AAFDL, 2022, p. 482-483.

bém, que a probabilidade de cada eleitor responder corretamente ultrapassa 50%. O Teorema do Júri diz que a probabilidade de uma resposta correta da maioria do grupo aumenta para 100%, quando o tamanho do grupo aumenta. O ponto chave é que grupos fazem melhor que indivíduos e grandes grupos fazem melhor do que grupos menores, desde que sejam preenchidas duas condições: que a regra da maioria seja usada, e que cada pessoa tenha uma probabilidade superior a 50% de dar a resposta correta<sup>36</sup>.

As obras do Marquês de Condorcet foram traduzidas para o inglês após quase 100 anos de suas formulações, em 1876, por Charles Dodgson (mais conhecido como Lewis Carroll, autor de Alice no País das Maravilhas<sup>37</sup>) e contribuíram muito para as pesquisas da moderna teoria da escolha pública, em especial nos trabalhos de Kenneth Arrow<sup>38</sup>, Duncan Black<sup>39</sup> e William H. Riker.<sup>40 41</sup>

---

<sup>36</sup> SUNSTEIN, C. R., *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 21.

<sup>37</sup> Lewis Carroll influenciou também inúmeras músicas dos Beatles e integra o rol das personalidades constantes na icônica capa do oitavo disco da banda britânica *Sgt. Pepper's Lovely Hearts Club Band* de 1967. Na Abadia de Westminster há um memorial em sua homenagem vide <https://www.westminster-abbey.org/pt/search>.

<sup>38</sup> ARROW, Kenneth (1951) em *Social Choice and Individual Values* explora como as preferências dos indivíduos moldam as escolhas sociais e explica a “impossibilidade” de encontrar um acordo democrático que alcance isso perfeitamente.

<sup>39</sup> BLACK, Duncan (1958) em *The theory of committees and elections* descreve a ciência da política, traçando a sua história até Condorcet e Borda, e mostrando como diferentes regras de votação afetam enormemente as escolhas feitas.

<sup>40</sup> RIKER, William H. (1962), *The Theory of Political Coalitions*, um livro inovador que explica porque os políticos procuram racionalmente formar coalizões vencedoras mínimas e exploram a natureza das coalizões.

<sup>41</sup> Santos registra a importância do pioneirismo de Condorcet: “No ano de 1785, Condorcet publica o *Essai sur l'application de l'analyse à des probabilités de décisions rendues à la pluralité de voix*. Os dois achados mais importantes do ensaio são o teorema do júri e a descoberta da possibilidade de ocorrência de majorias cíclicas, subjacentes ao paradoxo (Condorcet, 1974). (...) A popularização deveu-se primeiro à sua transformação no teorema da impossibilidade, de Arrow (1963) e, algum tempo depois, à famosa contraposição de Riker (1982), chamada por ele de versão populista da democracia. A teoria da escolha social, cujo objeto é exatamente o de teorizar sobre diferentes maneiras de agregar preferências individuais em decisões coletivas, tem, portanto, em Condorcet seu pioneiro e, ainda não inteiramente compreendido, autor.” (SANTOS, Fabiano, Reavaliando a contribuição do “Paradoxo” de Condorcet para a

Destacamos ainda de origem francesa as contribuições do Marquês de Gornay, Jacques Claude Marie Vincent (1712-1759), com seus textos sobre livre competição e monopólios, que muito influenciaram seu pupilo Anne Robert Jacques Turgot (1727-1781), Barão de l'Aulne e Ministro das Finanças da França no combate ao monopólio de grãos<sup>42</sup>, Jean Batista Say e sua luta contra os privilégios e o que hoje chamamos de *rent-seeking*<sup>43</sup>, Antoine-Louis-Claude Destutt de Tracy, o Conde de Tracy (1754-1836), em estudos sobre o tamanho do grupo, benefícios concentrados, custos dispersos, assimetria entre influência política de produtores e consumidores<sup>44</sup>, e Frederic Bastiat (1801-1850) com as consequências do autointeresse na esfera política<sup>45</sup>.

A Escola Italiana<sup>46</sup> contribuiu com estudos sobre finan-

---

moderna análise da política, *Revista de Sociologia e Política*, v. 31, p. e012, 2023).

<sup>42</sup> Turgot deixou claro que, para Gournay, a rede de detalhadas regulamentações mercantilistas da indústria não era simplesmente um erro intelectual, mas um verdadeiro sistema de cartelização forçada e de privilégios especiais conferidos pelo Estado. Turgot mencionou inúmeros regulamentos ditados pelo espírito de monopólio, cujos propósitos eram [sic] desencorajar a indústria, concentrar o comércio nas mãos de poucos por meio da multiplicação de formalidades e custos, ao sujeitar a indústria a treinamento de aprendizes e a qualificação de operários, em alguns ramos, por dez anos e que podem ser aprendidas em dez dias ao excluir os que não são filhos de mestres ou que nasceram fora de determinada classe social e ao proibir o emprego de mulheres na manufatura de tecido. (ROTHBARD, Murray N, *The Brilliance of Turgot – Part I, MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics*, v. 3, n. 1, p. 187-197, 2015).

<sup>43</sup> BLAUG, Mark, *Jean-Baptiste Say (1767–1832)*. Books, 1991. SAY, Jean Baptiste. Curso completo de economia política prática: trabalho que pretende trazer aos olhos dos estadistas, latifundiários e capitalistas, estudiosos, agricultores, fabricantes, comerciantes e, em geral, de todos os cidadãos, a economia das sociedades. Guillaumin, 1841.

<sup>44</sup> DE TRACY, Antoine Louis Claude Destutt, *A Treatise on Political Economy*, The Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, 2009.

<sup>45</sup> BASTIAT, Frederic, *O que se vê e o que não se vê*, Montecristo Editora, 2021.

<sup>46</sup> James M. Buchanan considerava a escola italiana de Pantaleone, De Vitti de Marco e Pareto um antepassado intelectual da moderna escola pública, tendo tomado conhecimento de De Viti durante seus tempos de estudante em Chicago, no final da década de 1940, e explica como essa consciência foi uma inspiração para passar um ano na Itália no início de sua carreira acadêmica. Buchanan explica ainda que aquele ano de

ças públicas, em especial com os trabalhos de Antonio De Viti de Marco (1858-1943) e Maffeo Pantaleone (1857-1924), os quais se focaram na questão relativa à escolha pública sobre a melhor alocação de despesas públicas face aos impostos pagos, com gastos menores do que a arrecadação e com a melhor alocação entre as opções de gasto com bens e serviços<sup>47</sup>.

A Escola Sueca teve como maior protagonista Knut Wicksell (1851-1926), que influenciou profundamente James M. Buchanan com seu estudo sobre a injustiça da regra majoritária para a tributação justa (1896), no qual defendia que para a melhoria da situação de todos a regra de escolha pública exigiria a votação por unanimidade, evitando-se, assim, a exploração das minorias. Consciente da inviabilidade prática de sua proposta, onde todos têm poder de veto, Wicksell defendia maiorias mais qualificadas para a escolha pública. James Buchanan tinha uma foto dele no escritório e o considerava a figura mais importante entre os precursores da *public choice theory*.

O grande economista sueco Knut Wicksell foi a mais importante de todas as figuras precursoras da escolha pública. Na sua dissertação, publicada em 1896, preocupava-se com a injustiça e a ineficiência resultantes da regra da maioria sem restrições nas assembleias parlamentares. A regra da maioria parecia muito suscetível de impor custos líquidos ou danos a grandes segmentos do grupo de cidadãos ou contribuintes. Porque é que

---

imersão na literatura e cultura italiana teve uma influência decisiva na trajetória acadêmica que desenvolveu posteriormente in MOSCA, Manuela, *Antonio de Viti de Marco: a story worth remembering*. Basingstoke, Reino Unido: Palgrave Macmillan, 2016 e Teóricos econômicos italianos in HAMOWY, Ronald (ed.). *A Enciclopédia do Libertarianismo*. Mil Oaks, CA: SAGE, Instituto Cato.

<sup>47</sup> Segundo Pereira: “Em regimes parlamentares alguns problemas são diferentes e outros devem ser diferentes. Começando por estes últimos, os autores da escola italiana desenvolveram o que é hoje conhecido como a abordagem das finanças públicas em termos de troca voluntária (voluntary exchange theory of public finance). Trata-se, no fundo, de redefinir a problemática das finanças públicas em termos de uma visão contratualista do Estado em que «é como se» houvesse uma troca entre os impostos pagos pelos cidadãos e os bens e serviços recebidos através da despesa pública.” (PEREIRA, Paulo Trigo, *A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?*, *Análise Social*, 1997, p. 421).

os membros de tais minorias, que enfrentam discriminação, deveriam apoiar as estruturas políticas democráticas? A menos que todos os grupos possam beneficiar da troca fina com o governo, como pode a estabilidade geral ser mantida?

Essas considerações levaram Wicksell a eficácia da própria regra da maioria. A sua solução para o problema foi propor que a regra da maioria fosse modificada no sentido da unanimidade. Se o acordo de todas as pessoas do grupo de votação for necessário para implementar uma ação coletiva, isso garantiria que todas as pessoas assegurassem ganhos líquidos e, além disso, que as ações aprovadas produziram benefícios superiores aos custos. É claro que Wicksell reconheceu que, se aplicado em um cenário de votação liberal, um requisito de unanimidade produziria estagnação. Reconhecer isso, no entanto, não diminui o valor da regra de unanimidade como referência para a avaliação comparativa. Nas sugestões de regras constitucionais práticas, Wicksell apoiou mudanças nas regras de votação, de maiorias simples para maiorias qualificadas ou supermaiorias, por exemplo, um requisito de aprovação de cinco sextos para propostas coletivas<sup>48</sup>.

Uma vez ultrapassada a genealogia mais remota da teoria da escolha pública, os próximos tópicos serão dedicados aos estudos da primeira geração da moderna teoria da escolha pública composta por Kenneth Arrow, Antony Dows, Duncan Black, James M. Buchanan, Gordon Tullock, William H. Riker e Marcur Olson, além da análise dos principais estudos da abordagem econômica sobre a ciência política, nomeadamente sobre *logrolling*, *rent-seeking*, burocratas, regulação e racionalidade irracional.

#### 4. A GERAÇÃO MODERNA E SEUS ESTUDOS

No contexto do período posterior à Segunda Guerra Mundial, com o descontentamento de economistas e cientistas políticos com os estudos da primeira metade do século XX, que se focavam em identificadas falhas de ineficiência do mercado

---

<sup>48</sup> BUCHANAN, James, What is public choice theory?, Economic Education Bulletin, American Institute of Economic Research, Vol. XLIII, n. 5, may, 2003, p. 1.

aliadas a propostas de intervenção do Estado na economia, surgiu a moderna teoria da escolha pública, a qual, em resposta ao excesso de intervenção estatal, buscou estabelecer um paralelo entre a o setor privado e o setor público, estudando o processo de tomada de decisão no setor público – escolha pública – visando alertar agora as “falhas de governo”<sup>49</sup>.

Em que pesem algumas contribuições de Hotelling (1929), Schumpeter (1942) e Bowen (1943), foram os trabalhos de Duncan Black, Kenneth Arrow, Antony Dows, James M. Buchanan, Gordon Tullock, William H. Riker e Marcur Olson que deram origem à primeira geração da moderna *public choice theory*<sup>50</sup>.

Cinquenta anos após os estudos de Kunt Wickssel foi Duncan Black o autor dos primeiros trabalhos desta geração em 1948<sup>51</sup>, que fizeram ressurgir a teoria da escolha pública a partir dos estudos de Borda e Condorcet relativos aos problemas eleitorais. Entretanto, a contribuição mais relevante de Duncan Black para a moderna teoria da escolha pública foi seu teorema do eleitor mediano (1958)<sup>52</sup>, segundo o qual os partidos tendem a optar por posições mais ao centro para permanecerem no poder, uma vez que ao se afastarem do centro perdem votos para

---

<sup>49</sup> MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G., *Economics and the law: From Posner to postmodernism and beyond*. 2. Ed, Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 156-157. DIAS, Marco Antonio, James Buchanan e a “política” na escolha pública, Ponto-e-Vírgula: *Revista de Ciências Sociais*, n. 6, 2009, p. 204.

<sup>50</sup> TABARROK, Alex, *What is public choice? Center for Study of Public Choice, George Mason University*, 2022, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HRUOdjNrODM>, acesso em 27.02.2024. BUTLER, Eamonn. Public choice-a primer. Institute of Economic Affairs Occasional Paper, v. 147, 2012. ROWLEY, Charles K.; SCHNEIDER, Friedrich G.; MUELLER, Dennis C. *Public choice: an introduction. Readings in public choice and constitutional political economy*, 2008, p. 33-36.

<sup>51</sup> BLACK, Duncan, On the rationale of group decision-making. *Journal of political economy*, v. 56, n. 1, p. 23-34, 1948a e BLACK, Duncan, The decisions of a committee using a special majority, *Econometrica*, 16: 245-261, 1948b.

<sup>52</sup> BLACK, Duncan, *The theory of committees and elections*. Cambridge: Universidade de Cambridge, 1958.

outros partidos, restringindo as alternativas reais dos eleitores<sup>53</sup>.

Já Kenneth Arrow, em artigo e livro (1950 e 1951)<sup>54</sup>, realizou outra importante contribuição com seu teorema da impossibilidade, segundo o qual a democracia não garantiria que as vontades dos eleitores fossem concretizadas nas decisões coletivas dos eleitos, demonstrando uma desconexão entre os anseios dos eleitores e as decisões dos eleitos. Segundo James B. Buchanan os estudos de Duncan Black e Kenneth Arrow levantaram sérias dúvidas sobre o processo político, uma vez que demonstraram uma visão pessimista sobre a eficiência da regra da maioria para promover o interesse geral ou público no processo democrático.<sup>55 56</sup>

---

<sup>53</sup> De acordo com Butler: “No entanto, ainda se passaria meio século antes que o economista escocês Duncan Black redescobrisse novamente as ideias de Borda e Condorcet e as tornassem amplamente disponíveis para o mundo de língua inglesa. Os artigos de Black de 1948 sobre os problemas eleitorais apresentados por Borda e Condorcet fazem dele indiscutivelmente o fundador da Escolha Pública moderna. A contribuição mais importante de Black para a teoria da Escolha Pública é o seu famoso teorema do eleitor mediano. Isto sugere que em questões simples – como quanto deve ser gasto em estradas – os partidos políticos gravitarão para o centro da opinião, onde se obterá a maioria dos votos. Qualquer partido que se afaste do centro perderá votos para o outro lado. E como os partidos políticos pretendem ganhar votos, o resultado é que os partidos se agrupam no centro, dando aos eleitores pouca escolha real.” (BUTLER, Eamonn, Public choice-a primer. *Institute of Economic Affairs Occasional Paper*, v. 147, 2012., p. 32).

<sup>54</sup> ARROW, Kenneth J. (1950), *A Difficulty in the Concept of Social Welfare*, *Revista de Economia Política*, 58: 328–346 e ARROW, Kenneth J. (1951), *Social Choice and Individual Values*, Nova York: Wiley.

<sup>55</sup> BUCHANAN, James, What is public choice theory?, *Economic Education Bulletin*, *American Institute of Economic Research*, Vol. XLIII, n. 5, may, 2003, p. 2.

<sup>56</sup> Segundo Butler: “Em 1951, o economista americano (e mais tarde ganhador do Nobel) Kenneth Arrow fez outra contribuição importante com seu teorema da impossibilidade. A questão chave para qualquer sistema eleitoral é saber até que ponto as decisões de grupo que dele emergem reflectem a natureza, a prevalência e a força das preferências entre os membros do público votante. Arrow mostrou que realmente não existe democracia prática sistema que possa garantir este resultado feliz. Alguns teóricos posteriores partilharam esta conclusão sombria, argumentando, por exemplo, que qualquer sistema eleitoral pode ser manipulado por pessoas que votam estrategicamente, ou por responsáveis pela definição da agenda que decidem a ordem em que as decisões são tomadas (um problema particular nos comités).” (BUTLER, Eamonn. Public choice-a primer, *Institute of Eco-*

Antony Downs (1957) foi aluno de Arrow, trabalhou com a teoria do eleitor mediano, mas ficou famoso pela ideia da ignorância racional do eleitor. Seu estudo sobre a ignorância racional explica por que muitos de nós não lembram em quem votaram nas últimas eleições estaduais ou federais, porque não acompanhamos as posições de nossos escolhidos em votações de assuntos relevantes no último ano. Segundo Antony Dows, não investimos nosso tempo e esforço para conhecer os candidatos e suas propostas para votar melhor tal qual fazemos em uma compra de supermercado, declaração do imposto de renda ou troca de carro por uma simples razão: o voto individual de cada um não muda o resultado da eleição, assim somos racionalmente ignorantes sobre política. Com efeito, temos debates políticos mais rasos sobre temas genéricos, com mais investimento na imagem dos candidatos do que nas suas ideias, nos candidatos que lhe fazem sentir bem mesmo sem nenhuma proposta concreta. Como consequência da ignorância racional muitos grupos de interesse bem-informados podem conseguir benefícios específicos e concentrados com grupos políticos e partidos, os quais serão arcados por toda a coletividade, em sua maioria apática, através de custos difusos.<sup>57 58</sup>

---

*nomic Affairs Occasional Paper*, v. 147, 2012, p. 32).

<sup>57</sup> DOWNS, Antony, *An Economic Theory of Democracy*, New York: Harper & Row, 1957. TABARROK, Alex, *What is public choice? Center for Study of Public Choice, George Mason University*, 2022, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HRUOdjNrODM>, acesso em 27.02.2024.

<sup>58</sup> Ao realizar a biografia da teoria da escolha pública Butler registra que: “Um dos alunos de Arrow, Anthony Downs, também trabalhou na questão do eleitor mediano, mas é mais conhecido pela sua aplicação, em 1957, da teoria da escolha racional ao funcionamento do mercado político. Escolha racional significa ação deliberada e eficientemente adaptada para alcançar os objetivos de uma pessoa. Para os partidos políticos, pensou Downs, esses objectivos são o rendimento, o prestígio e o poder que ganham ao ocuparem cargos – e não quaisquer políticas específicas. Na verdade, mudariam as suas políticas em busca dos votos que os colocariam no governo. Os eleitores, por sua vez, escolheriam racionalmente o partido que lhes proporcionasse mais benefícios. A ideia mais famosa de Downs, contudo, é a da ignorância racional dos eleitores. Ele ressaltou que é preciso tempo e esforço para que os eleitores descubram quais políticas cada candidato apoia. Mas a probabilidade de



Em 1959, Gordon Tullock foi pioneiro no tema ao concluiu uma análise preliminar dos processos de *logrolling* no governo democrático<sup>59</sup>. A expressão *logrolling*<sup>60</sup> “provavelmente deriva da antiga prática de vizinhos ajudarem-se mutuamente na movimentação de madeira derrubada, o que é difícil de fazer sozinho”<sup>61</sup>. Segundo Tullock, o *logrolling* é a troca de votos, podendo ser implícito quando há medidas legislativas separadas onde fica mais fácil identificar as trocas envolvidas, já no implícito há uma única medida legislativa onde estão incluídas todas as trocas, dificultando a visualização dos acordos. O *logrolling* implícito é mais benéfico para os legisladores, uma vez que obtém mais apoio e menor responsabilidade sobre os temas aprovados “por todos”. Quanto maior o *quórum* exigido, mais utilizado é o *logrolling*, por ex. unanimidade na União Europeia e as disputas por cargos em seus órgãos. Há uma tendência de excesso de gastos em projetos ou expansão do governo com custos para os contribuintes (*pork barrel*)<sup>62</sup>, como ocorre nas votações

---

o voto de qualquer pessoa realmente decidir uma eleição é microscópica. Simplesmente não vale a pena o tempo e o esforço dos eleitores para se tornarem bem informados. Como resultado, muitas pessoas votam com base em rótulos partidários ou simplesmente não votam. Infelizmente, isto significa que, uma vez que a maioria dos eleitores são apáticos, grupos de interesses bem-informados podem exercer uma influência desproporcional sobre os partidos.” (BUTLER, Eamonn. Public choice-a primer, *Institute of Economic Affairs Occasional Paper*, v. 147, 2012, p. 33).

<sup>59</sup> TULLOCK, Gordon, Some Problems of Majority voting, *Journal of Political Economic*, LXVII, 1959, p. 571-579.

<sup>60</sup> Vejamos a explicação de Butler para o *logrolling*: “A política de grupos de interesse é mais do que formar coligações únicas para construir uma maioria sobre uma única questão. A política é um processo contínuo, com uma variedade de questões diferentes que surgem ao longo do tempo – um estado de coisas que dá ampla margem para que indivíduos e grupos possam beneficiar da troca de apoio entre si. Mais uma vez, o processo começa com um grupo que se preocupa intensamente com alguma questão – a necessidade de melhores estradas na sua própria localidade, por exemplo. Faz um acordo simples com outros grupos deste tipo: vocês votam hoje para melhorar as nossas estradas e nós votaremos para melhorar as suas em breve.” (BUTLER, Eamonn, *Public choice-a primer*, *Institute of Economic Affairs Occasional Paper*, v. 147, 2012, p. 66).

<sup>61</sup> Op. cit. p. 66.

<sup>62</sup> Expressão muito utilizada nos Estados Unidos da América para simbolizar o gasto

do orçamento e sua alocação entre os diversos fins. Podem ser benéficos ou maléficos em face dos custos e benefícios envolvidos<sup>63</sup>, conforme demonstrado por Tullock no exemplo das estradas dos agricultores. O *logrolling* pode gerar corrupção, porém votos individuais, legislatura de duas câmaras e veto presidencial podem dificultá-lo<sup>64</sup>.

Em 1962, é lançada por James M. Buchanan e Gordon Tullock a obra seminal da teoria da escolha pública que rompeu antigos paradigmas como o dogma do interesse público nos atos praticados pelos agentes do Estado, estabelecendo um individualismo metodológico e premissas conceituais que se tornaram a base da teoria da escolha pública durante todo o século XX e permanecem essências para sua compreensão até os dias atuais, conforme abordamos no capítulo 1 do presente artigo. Na referida obra, os autores tratam do *design* constitucional, levando a teoria da escolha pública para o âmbito normativo e econômico-constitucional, em especial, separando em dois níveis as tomadas de decisões coletivas: uma de política ordinária de elaboração das leis com quórum simples, e outra política constitucional

---

de dinheiro público em uma área com o intuito de aumentar a probabilidade daqueles eleitores votarem ou contribuírem com a campanha de determinado candidato ou partido.

<sup>63</sup> Imagine cinco deputados federais (A, B, C, D, E) propondo cada um deles um projeto de construção de uma rodovia passando por seu Estado. O benefício é 10 e o imposto será 1, com custo total igual a 5. A faz acordo com B e C, B com A e D, C com A e E, D com B e E e E com C e D. Todos os projetos passam. Como o benefício supera o custo, a troca de votos foi benéfica. Mas, se o projeto tiver benefício de 3, o mesmo esquema de acordos resulta na aprovação de projetos que alocam incorretamente os recursos.

<sup>64</sup> BUTLER, Eamonn, *Public choice-a primer*, Institute of Economic Affairs Occasional Paper, v. 147, 2012, p. 66-74. BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon, *O cálculo do consenso: fundamentos lógicos da democracia constitucional*, tradução Patrícia Correa, Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2021, Capítulo 10 (sem paginação). TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L., *Government Failure: a prime in public choice*, Instituto Cato, Washington DC, 2002, p. 29-41. TULLOCK, Gordon, Some Problems of Majority voting, *Journal of Political Economic*, LXVII, 1959, p. 571-579. ARAÚJO, Fernando, *Introdução à economia*, 4ª ed. Volume - II, Lisboa: AAFDL, 2022, p. 472.

com regras fixadas na Constituição para a elaboração das leis, as quais para serem alteradas, ou seja, uma alteração nas regras do jogo exigiram uma maioria qualificada, inspirado nas ideias de Wickssel<sup>65</sup>.

A obra “O cálculo do consenso, fundamentos lógicos da democracia constitucional” tornou seus autores James M. Buchanan e Gordon Tullock (1962) as maiores figuras da moderna teoria da escolha pública. A obra dá especial ênfase ao papel das constituições para evitar que a maioria explore as minorais, protegendo-as contra abusos. Na obra há dois níveis de tomada de decisão coletiva, uma de política ordinária (elaboração das leis) e outra política constitucional (regras para a política ordinária).

(...)

A primeira fase é a fase constitucional, na qual as pessoas chegam a acordo sobre as áreas que necessitam de tomada de decisão coletiva e que define as regras pelas quais as decisões futuras serão tomadas. Só quando a agenda e as regras de tomada de decisão estiverem decididas é que passamos à segunda fase, de realmente tomar decisões coletivas sobre o que fazer. A fase constitucional trata do que deve ser decidido e como; depois disso, nossa atenção se volta para realmente fazer escolhas. Por exemplo, dizem Buchanan e Tullock, os perfuradores de petróleo podem concordar que deve haver gestão coletiva de um campo petrolífero e sobre a forma como as decisões sobre os direitos de extração podem ser tomadas; mas, numa segunda fase, poderão muito bem discordar sobre as quotas específicas que lhes serão atribuídas quando essas decisões forem efetivamente tomadas.

O acordo constitucional, dizem Buchanan e Tullock, é necessariamente unânime: nenhuma pessoa racional e interessada concordaria em adoptar um conjunto de regras de tomada de decisões que pensassem que dariam origem a decisões futuras que as explorariam. Tal unanimidade pode parecer uma tarefa difícil, mas em geral as pessoas estarão ansiosas por chegar a

---

<sup>65</sup> BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon, *O cálculo do consenso: fundamentos lógicos da democracia constitucional*, tradução Patrícia Correa, Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2021 (sem paginação). BUCHANAN, James, What is public choice theory?, *Economic Education Bulletin*, American Institute of Economic Research, Vol. XLIII, n. 5, may, 2003, p. 1.

um acordo, a fim de desfrutarem da protecção da sociedade e escaparem ao estado de anarquia; e como ninguém sabe exactamente como as decisões futuras irão afectá-los, é provável que todos insistam nos mesmos tipos de controlos e protecções<sup>66</sup>.

Embora Buchanan tenha publicado vários artigos importantes antes de 1962, foi o livro *The Calculus of Consent*, publicado naquele ano e em coautoria com Gordon Tullock, que estabeleceu Buchanan e Tullock como principais estudiosos na área. Embora o livro contenha muitas discussões interessantes sobre as propriedades da regra da maioria simples, do logrolling e similares, sua contribuição mais duradoura para a literatura foi introduzir a distinção entre o estágio constitucional da tomada de decisão coletiva em que as regras de votação e outras instituições da democracia são selecionados e as aplicações dessas regras ao trabalho real de fazer escolhas coletivas.<sup>67</sup>

Buchanan desenvolve precisamente esta problemática naquilo que ele próprio designa como outro programa de investigação - a economia constitucional -, mas, que, a nosso ver, não é mais do que a componente normativa da teoria da escolha pública já existente em embrião no seu livro *Calculus of Consent* (com G. Tullock). O domínio da economia constitucional é precisamente o do estudo dos processos através dos quais regras e instituições são escolhidas e implementadas.

No estágio «constitucional» da decisão colectiva (escolha das regras) é possível gerar consensos mais alargados do que no estágio «parlamentar» (escolha sob regras). De facto, no estágio constitucional, indivíduos racionais e egoístas podem votar favoravelmente propostas mesmo que no imediato possam prejudicá-los. A razão é que essas regras perdurarão bastante tempo e o indivíduo está incerto sobre que posição ocupará na sociedade num futuro distante. É um argumento semelhante ao de John Rawls (1971) de que é possível escolher regras justas se estivermos por detrás de um «véu de ignorância», ou seja, sem informação sobre qual a nossa posição actual na sociedade (rico/pobre, talentoso/sem talento, jovem/idoso, geração presente/futura, etc.). Esforçar-se por estar numa «posição origi-

---

<sup>66</sup> BUTLER, Eamonn, *Public choice-a primer*, *Institute of Economic Affairs Occasional Paper*, v. 147, 2012, p. 33-34 e 97.

<sup>67</sup> MUELLER, Dennis C., *Public choice: an introduction. Readings in public choice and constitutional political economy*, 2008, p. 34.

nal» por detrás do «véu da ignorância» é a atitude que deve nortear o investigador numa abordagem normativa acerca do que devem ser as regras do jogo político.<sup>68</sup>

Ainda em 1962, William H. Riker, principal figura da Escola de Rochester, realizou estudo referência sobre a formação de coalizões políticas no campo da escolha racional, sob a influência da economia e usando a teoria dos jogos em que a decisão de um indivíduo depende em parte da decisão tomada por outros. Seu trabalho aponta para a defesa da formação de coligações vencedoras de dimensão mínima, limitando a repartição dos benefícios auferidos. Em seu estudo, Riker aponta que coalizões de grupos são geradas na expectativa de ganhos mútuos no processo político, porém como exigem grande esforço na construção e manutenção as grandes coligações têm vida curta, sendo a melhor estratégia a formação de coalizões mínimas vencedoras.<sup>69 70</sup>

Outro trabalho precioso da primeira geração da moderna teoria da escolha pública foi o de Mancur Olson (1965) sobre a lógica da ação coletiva, segundo o qual a existência de interesses individuais comuns não gera, por si só, a criação de um grupo de interesse. Segundo Olson, nas ações coletivas que exigem a

---

<sup>68</sup> PEREIRA, Paulo Trigo. A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?. *Análise Social*, 1997, p. 432.

<sup>69</sup> RIKER, W. H. (1962). *The Theory of Political Coalitions*. New Haven: Yale University Press. BUTLER, Eamonn, Public choice-a primer, *Institute of Economic Affairs Occasional Paper*, v. 147, 2012, p 35.

<sup>70</sup> Oliveira et al registra que: “*The theory of political coalitions*, escrito por “William Riker em 1962, foi o trabalho de referência sobre o campo de estudos da formação de coalizões. Riker desenvolve, neste trabalho, o princípio do tamanho das coalizões (*size principle*), para o qual “em jogos de soma-zero de n-pessoas - em que concessões laterais são permitidas, os atores são racionais e as informações, perfeitas - apenas coalizões vencedoras mínimas são passíveis de ocorrer”. Invertendo-se a formulação, quando a saída de um único membro da coalizão inviabiliza a capacidade de vitória desta, tem-se a *minimum winning coalition*, cuja *rationale* deriva do fato de que os participantes tendem a evitar maior dispersão na divisão dos benefícios derivados do processo de barganha (Riker, 2003).” (OLIVEIRA, Amâncio Jorge Nunes de; ONUKI, Janina; OLIVEIRA, Emmanuel de. Coalizões Sul-Sul e Multilateralismo: Índia, Brasil e África do Sul. *Contexto Internacional*, v. 28, p. 465-504, 2006).

participação de muitas pessoas, os esforços individuais não têm um efeito sensível sobre a situação da organização. Embora todos os membros do grupo tenham um interesse comum em alcançar esse benefício coletivo, eles não têm nenhum interesse comum no que diz respeito a pagar o custo do provimento desse serviço coletivo. Cada membro preferiria que os outros pagassem todo o custo sozinhos e, por via de regra, desfrutariam de qualquer vantagem provida, quer tivessem ou não arcado com uma parte do custo (efeito carona ou *free rider*). Daí a maior facilidade para se implementar políticas com benefícios concentrados e custos difusos, uma vez que os grandes grupos são incapazes (pensionistas, desempregados, contribuintes e consumidores) e grupos menores com ganhos globais menores são mais eficientes na organização e obtenção de benefícios governamentais (sindicatos e grupos profissionais).<sup>71 72</sup>

---

<sup>71</sup> OLSON, Mancur, *A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais*, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015. BUTLER, Eamonn, Public choice-a primer, *Institute of Economic Affairs Occasional Paper*, v. 147, 2012. OLIVEIRA, Amâncio Jorge Nunes de; ONUKI, Janina; OLIVEIRA, Emmanuel de. Coalizões Sul-Sul e Multilateralismo: Índia, Brasil e África do Sul. *Contexto Internacional*, v. 28, p. 465-504, 2006. PEREIRA, Paulo Trigo. A teoria da escolha pública (*public choice*): uma abordagem neoliberal?. *Análise Social*, p. 434-435.

<sup>72</sup> Resende sobre a lógica da ação coletiva: "Questão fundamental refere-se ao tamanho dos grupos, de forma que quanto maior o grupo latente (aquele que não chegou a se organizar), mais difícil para ele se constituir, de modo que o imperativo organizacional se torna mais complexo quando mais pessoas estão envolvidas. Conforme destaca Santos (2011), para Olson, o problema de ação coletiva é, sobretudo, um problema de número. Isto tem suas consequências para a investigação dos grupos de interesse porque é muito mais difícil organizar grandes grupos, ainda que afetados diretamente, que mobilizar pequenos grupos. Decisões com benefícios localizados e custos difusos são mais comuns, visto que beneficiam um pequeno grupo (que tem a possibilidade de agir mais efetivamente) e prejudicam grandes grupos (que penam para se mobilizar e ordenar suas preferências a ponto de torná-las efetivas) (SANTOS, 2011, p. 26). Nesta perspectiva, "pequenos grupos em uma sociedade, geralmente, terão maior poder de lobby [...] do que grupos maiores" (OLSON, 1982, p. 41, grifos do autor). Por outro lado, "quanto maior for o grupo, mais longe ele ficará de atingir o ponto ótimo de obtenção do benefício coletivo e menos provável será que ele aja para obter até mesmo uma quantidade mínima desse benefício" (OLSON, 1999, p. 48)." (RESENDE, C. A. da S. (2018). Da teoria dos grupos à lógica da ação coletiva: elementos para se pensar a atuação de grupos de interesse no legislativo. E-Legis –

Em 1967, Gordon Tullock vem a estabelecer o conceito do que hoje entendemos por *rent-seeking* no artigo *The Welfare Cost of Tariffs, Monopolies and Theft*, *Western Economic Journal* 5, p. 224-232, 1967, entretanto quem cunhou a expressão *rent-seeking* foi Anne O. Krueger em seu artigo *The Political Economic of the rent-seeking Society*, *American Economic Review* 64, p. 291-303, 1974.<sup>73</sup> Na definição de Tullock, *rent-seeking* seria a “atividade legal ou ilegal com o objetivo de obter privilégios especiais, como obtenção de monopólio, de zoneamento especial, restrições quantitativas, tarifas de importação, benefícios fiscais, suborno, ameaças e contrabando.” A procura por renda através da obtenção de lucros excessivos por meio de benefícios estatais como monopólios ou benefícios fiscais geram uma corrida em que o vencedor pode dificultar ou impossibilitar a entrada e concorrência de novos participantes. A procura se deve pela maior facilidade comparada com a competição e a inovação no mercado. Quando o *pay-off* de se dedicar à atividade produtiva diminui em relação à busca de privilégios, os esforços se deslocam para esta última atividade, resultando em estagnação econômica, uma vez que ninguém quer produzir, todos querem um direito automático sobre a produção dos outros, imperando o mercantilismo selvagem. No *rent-seeking* há grandes custos com advogados, lobbies e políticos, gastos esses que praticamente eliminam o lucro com o benefício obtido, fazendo em vez de o bolo crescer, o bolo ser dividido, resultando que os lucros obtidos não beneficiam ninguém em face dos custos elevados do *rent-seeking*, gerando um verdadeiro desperdício social<sup>74</sup>.

---

*Revista Eletrônica Do Programa De Pós-Graduação Da Câmara Dos Deputados*, 11(26), 158–176).

<sup>73</sup> TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L., *Government Failure: a prime in public choice*, Instituto Cato, Washington DC, 2002, p. 43, nota de rodapé n. 1 e p. 44.

<sup>74</sup> TULLOCK, Gordon, *The Welfare Cost of Tariffs, Monopolies and Theft*, *Western Economic Journal* 5, p. 224-232, 1967. BUTLER, Eamonn, *Public choice-a primer*, *Institute of Economic Affairs Occasional Paper*, v. 147, 2012, p. 75-81. TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L., *Government Failure: a prime in*

Devidamente historiada à prodigiosa primeira geração da moderna teoria da escolha pública e analisados, um a um, seus principais trabalhos, a seguir analisaremos outras importantes contribuições dessa teoria ao processo democrático de obtenção da melhor política possível, notadamente, os estudos sobre os burocratas, a regulação e o conceito de racionalidade irracional.

Em 1971, William A. Niskanen publicou trabalho sobre a burocracia e o governo representativo procurando explicar interesses e motivações dos burocratas e sua relação entre os interesses individuais e os da corporação. De acordo com Niskanen, os burocratas tendem a maximizar os orçamentos dos órgãos governamentais, pois o seu interesse está diretamente vinculado à amplitude da sua ação administrativa, para maximizar seu poder

---

*public choice*, Instituto Cato, Washington DC, 2002, p. 43-51. TABARROK, Alex, *Introduction to public choice?* Center for Study of Public Choice, George Mason University, 2022, disponível em: [Introduction to Public Choice](https://www.youtube.com/watch?v=...), Alex Tabarrok (youtube.com), acesso em 27.02.2024. ARAÚJO, Fernando, *Introdução à economia*, 4ª ed. Volume - II, Lisboa: AAFDL, 2022, p. 493. Segundo Mueller, o artigo de Gordon Tullock de 1967 é um clássico tardio da *public choice theory*, vejamos: “Decidir quando terminam os primeiros clássicos e começam os “tardios” é um julgamento um tanto subjetivo. Contudo, talvez do ponto de vista de 2002, a definição de “precoce” possa ser alargada até ao início da década de 1970 para incluir mais três conjuntos de obras. O primeiro deles em ordem cronológica seria um artigo publicado por Gordon Tullock em 1967. Este artigo pode ser apelidado de um “clássico oculto”, já que sua natureza seminal não se tornou aparente para a profissão em geral até que sua ideia principal fosse redescoberta e desenvolvido por Anne Krueger (1974) e Richard Posner (1975) algum tempo depois. Foi Krueger quem deu à ideia o nome de rent-seeking. Até ao aparecimento do artigo de Tullock de 1967, as discussões padrão sobre os “custos sociais do monopólio” mediam estes custos apenas em termos do “triângulo de peso morto” do excedente perdido dos consumidores resultante da restrição da produção por parte do monopolista. O retângulo das rendas monopolistas foi tratado como uma pura transferência dos consumidores para o monopolista e, como tal, desprovido de qualquer significado de bem-estar. Tullock salientou, no entanto, que o direito de fornecer o produto ou serviço monopolizado era um direito valioso e que se poderia esperar que os indivíduos investissem tempo e dinheiro para obter ou manter este direito. Estes investimentos constituem um puro desperdício social, pois servem apenas para determinar a identidade do beneficiário da renda do monopólio. Não têm impacto positivo na alocação de recursos. Os custos sociais da procura de renda são potencialmente muito elevados.” (MUELLER, Dennis C., *Public choice: an introduction, Readings in public choice and constitutional political economy*, 2008, p. 35).



como segurança no emprego, perspectivas de promoção, aumentos salariais e assim por diante. Quanto maior o tamanho da burocracia maior sua influência política. São apontadas críticas aos burocratas carreiristas, o corporativismo, o parasitismo funcional, resistência às mudanças, a ineficiência na gestão pública e a dificuldade de avaliação de desempenho pela falta de concorrência. Além da incompetência e improbidade na burocracia, aponta a importância de incentivos corretos para alcançar a eficiência e a fiscalização, a transparência, prestação de contas e os controles constitucionais como as formas mais eficientes para mitigar seus desvios<sup>75</sup>.

Sobre regulação tivemos o trabalho de George J. Stigler de 1971, que demonstrou como a atividade de regulação pode gerar ganhos de monopólio, uma vez que a agência reguladora irá fixar o preço no nível de maximização de lucros do monopólio e dividirá o ganho com as firmas da indústria. Segundo Stigler, as agências reguladoras são capturadas pelas firmas reguladas e atendem aos interesses dessas últimas. A regulação da economia pelo Estado substitui a decisão de mercado pela decisão política, o que resulta em ineficiência econômica pela complexidade na obtenção das decisões políticas pelo regulador que não tem informações completas sobre o setor. Ao invés da regulação, Stigler defende a competição de mercado com a promoção da concorrência e o aperfeiçoamento dos mecanismos de mercado para funcionarem de forma mais eficiente<sup>76</sup>.

Já em 2007 tivemos a publicação da obra de Bryan Caplan sobre a racionalidade irracional na qual o autor aborda o mito do eleitor racional. Segundo Caplan há um conhecimento

---

<sup>75</sup> NISKANEN, W., *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago: Atherton Aldine, 1971. BUTLER, Eamonn, *Public choice-a primer*, *Institute of Economic Affairs Occasional Paper*, v. 147, 2012, p. 88-94.

<sup>76</sup> STIGLER, George J. (1971), *The theory of economic regulation*, *Bell Journal of Economics and Management Science*. 2(1), 3-21, p. 11. TABARROK, Alex, *Introduction to public choice?* Center for Study of Public Choice, George Mason University, 2022, disponível em: *Introduction to Public Choice*, Alex Tabarrok (youtube.com), acesso em 27.02.2024.

dissociado da realidade nos eleitores que muitas vezes votam em suas impressões, crenças e vieses mesmo que sejam falsos, para se sentirem bem ou parte de um grupo. Os vieses mesmo quando provados que são inverídicos não alteram a forma de votar do eleitor, ou seja, os vieses não são alterados pela constatação e demonstração de que estão errados. Uma das explicações para essa desconexão está na ausência de custos para manter a posição original, além do que o voto de cada um considerado isoladamente não altera o resultado final das eleições. Assim, a política reduz o preço da irracionalidade uma vez que não há preço individual a se pagar por permanecer com seu viés na hora de votar mesmo quando contrário a realidade, quando por exemplo se simpatiza com determinado candidato, independentemente de suas falhas de condutas, suspeitas de corrupção etc. Todavia, no âmbito coletivo o custo da irracionalidade racional pode ser bem caro, um exemplo disto seriam os benefícios fiscais que todos em tese defendem em face da carga tributária, mas apenas poucos os obtêm e são sempre arcados com os tributos pagos por toda a sociedade<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> CAPLAN, Bryan, *The Myth of the Rational Voter: Why Democracies Choose Bad Policies* - New Edition, Published by: Princeton University Press, 2007. Conforme Butler: “Em 2007, o economista norte-americano Bryan Caplan desafiou a visão padrão de que os eleitores eram pessoas razoáveis em quem se podia confiar para votar de forma responsável nas eleições. Pelo contrário, disse ele, sofrem de uma série de preconceitos irracionais – preconceitos aos quais podem ceder porque sabem que o custo não recairá sobre eles, mas será repartido por toda a população. Em primeiro lugar, os eleitores odeiam a perda de empregos. Assim, votam a favor de subsídios à agricultura e a outras indústrias, esquecendo-se de que as melhorias tecnológicas e de produtividade significam que esta mesma mão-de-obra seria melhor empregada noutros locais. Os eleitores não são necessariamente bons economistas, pelo que não vêem os efeitos de segunda ordem de boas e más políticas econômicas. Em segundo lugar, diz Caplan, os eleitores são tendenciosos contra os estrangeiros, vendo-os como uma ameaça aos empregos nacionais, em vez de acolherem favoravelmente os benefícios do comércio livre. Em terceiro lugar, sobrestimam os problemas da economia, em vez de reconhecerem que, a longo prazo, as coisas estão a melhorar em geral. Em quarto lugar, subestimam os benefícios do mecanismo de mercado e sobrestimam a eficácia das iniciativas políticas.” (BUTLER, Eamonn, Public choice-a primer, *Institute of Economic Affairs Occasional Paper*, v. 147, 2012, p. 56).

Encerramos nosso estudo sobre a genealogia da teoria da escolha pública cientes da limitação de nosso trabalho face os inúmeros outros trabalhos e pesquisadores que poderiam integrá-la, em especial os produzidos após a primeira geração moderna, nos anos 70 do século XX até os dias atuais (Satterthwaite, Gibbard, McKelvey, Schofield, Clarke, Groves, Mueller, Hylland, Zeckhauser, Coughlin, Nitzan, Ledyard, Wittman, Breton, Nordhaus, MacRae, Hibbs, Frey, Schneider, Roozendaal, Taylor, Herman, Smith, Plott, Hoffman, Spitzer, Frohlich, Oppenheimer, Persson, Tabellini, Voigt, dentre outros). Registramos, por fim, a interdisciplinaridade que a teoria da escolha pública vem adquirindo e sua expansão global com trabalhos e artigos além dos pioneiros autores americanos e britânicos, em evidente internacionalização, conforme comprovam as Sociedades de Escolha Pública ao redor do mundo, como no Japão e na Europa<sup>78</sup>.

## CONCLUSÃO

Em nosso percurso pela genealogia da teoria da escolha pública pudemos verificar a crescente evolução no campo de estudo da economia política ou Nova Economia Política, que passou a considerar os processos de decisão política e a influência dos interesses individuais nos resultados políticos.

Conforme constatado durante o presente estudo, a teoria da escolha pública enfatiza a importância da análise dos incentivos econômicos e políticos que moldam o comportamento dos agentes públicos, promovendo uma abordagem mais científica e objetiva para a compreensão dos processos democrático na construção da escolha coletiva.

Em sua genealogia da *public choice theory* também destaca a importância do debate entre as abordagens normativas e

---

<sup>78</sup> MUELLER, Dennis C., Public choice: an introduction, *Readings in public choice and constitutional political economy*, 2008, p. 36-43.

positivas da economia política, com especial destaque para as normas constitucionais, reconhecendo que as preferências individuais e os interesses em jogo desempenham um papel fundamental na tomada de decisões políticas.

O estudo da escolha pública desafia a visão tradicional da política e dos agentes públicos, mostrando que as decisões coletivas muitas vezes são influenciadas por interesses particulares e que os atores políticos buscam maximizar o próprio interesse, sem mais o romantismo que o Estado defende sempre o interesse público como “virgens vestais” blindadas de contaminação.

No decorrer de nosso estudo sobre a *public choice theory* evidenciamos a relevância de se considerar os aspectos econômicos e políticos simultaneamente na análise dos processos de tomada de decisão política, contribuindo para uma compreensão mais ampla e abrangente da dinâmica política. As propostas da *public choice* de reconstruir o funcionamento do Estado com uma visão realista, sem hipocrisia e com a intervenção sobre suas imperfeições trazem uma luz para o aperfeiçoamento do processo coletivo da escolha pública. Conseguir minimizar os interesses particulares no desenho constitucional e nas normas, considerando a falibilidade da natureza humana, deixando de lado uma regra absoluta de ética da virtude, com a qual temos obtido sempre desilusões, e canalizar positivamente essas inclinações em favor do interesse público são grandes desafios das democracias modernas.

Em que pese seu lado pessimista<sup>79</sup>, a *public choice theory* tem um lado positivo: o banho de lucidez que permite encarar a realidade de frente, buscando um “Estado melhor”<sup>80</sup>. Buchanan, tal qual Adam Smith, defendia a importância das atitudes e das regras de conduta, para além da lei – responsabilidade indivi-

---

<sup>79</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane, *Análise econômica do direito*, Tradução Rachel Sztajn, v. 2, 2015, p. 179. Item 609.

<sup>80</sup> PEREIRA, Paulo Trigo. A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal? *Análise Social*, p. 439, 1997.

dual, boas maneiras e um compromisso mútuo com a ética da reciprocidade<sup>81</sup>. Com a análise do processo democrático feito pela teoria da escolha pública pode-se obter a melhor política possível através do equilíbrio na atuação de todos os atores políticos com autointeresse na interação entre eles no processo político, a *public choice theory* pode contribuir para a construção de um Estado mais ético. O interesse próprio existe<sup>82</sup>, mas não podemos assumir que motive todas as pessoas em todos os momentos e em todas as situações, o que não seria “nem justo, nem realista”<sup>83</sup>. Talvez olhando para as lições do filósofo Adam Smith<sup>84</sup> possamos encontrar, com uma dose de otimismo, um caminho para o resgate coletivo da ética contida em seu homem virtuoso, uma virtude pautada na prudência (tomar conta de si, reputação, sincero, digno e honesto), na justiça (respeito aos outros) e na beneficência (cuidar dos outros, caridade), esforçando-se para ser um expectador imparcial de si mesmo, que sábia e

---

<sup>81</sup> BUCHANAN, James M. *Why I, too, am not a conservative: the normative vision of classical liberalism*. Edward Elgar Pub., 2005, p. 15-16.

<sup>82</sup> Adam Smith sugere em *A Riqueza das Nações* que as pessoas são fundamentalmente autocentradas (autocuidado), algo diferente de egoístas (ganância), chegando a afirmar que “Nenhuma sociedade pode ser próspera e feliz se a maioria dos seus membros é pobre e miserável”. (SMITH, Adam, *A Riqueza das Nações*, Edipro, 1 Edição, 2021, p. 161). Segundo Paganelli, “um tipo diferente de interesse próprio, aquele que se satisfaz em fazer a coisa certa, em ouvir a voz do homem de dentro de nós, de um espectador imparcial, que aprova o que é louvável e desaprova o que é censurável”. PAGANELLI, Maria Pia, *Adam Smith's Public Choice Economics*, 2017, disponível em: <https://www.cato-unbound.org/2017/03/10/maria-pia-paganelli/adam-smiths-public-choice-economics/>, acesso em 01.03.2024.

<sup>83</sup> Segundo Fernando Araújo “não seria justo, nem realista, encarmos a arena política, e a forma de resolução colectiva e extra-mercado dos problemas sociais, como um simples terreiro de luta entre demônios egoístas desenfreadamente abandonados à sofreguidão dos seus impulsos, encarniçando-se num festim maquiavélico.” (ARAÚJO, Fernando, *Introdução à economia*, 4ª ed. Volume - II, Lisboa: AAFDL, 2022, p. 491-492).

<sup>84</sup> SMITH, Adam, *Teoria dos Sentimentos Morais*, tradução Lya Luft, Revisão Eunice Ostrensky, São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 2 Edição, 2015, p. 1, 236, 570, 587, dentre inúmeros outros trechos que poderiam ser indicados. ARAÚJO, Fernando, *Adam Smith, o conceito mecanicista de liberdade*, Coimbra: Almedina, 2001, p. 975-1036.

virtuosamente está disposto a sacrificar seu próprio interesse particular em favor do interesse público em benefício de toda a sociedade<sup>85</sup>.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Fernando, *Adam Smith, o conceito mecanicista de liberdade*, Coimbra: Almedina, 2001.
- ARAÚJO, Fernando, *Introdução à economia*, 4ª ed. Volume - I, Lisboa: AAFDL, 2023.
- ARAÚJO, Fernando, *Introdução à economia*, 4ª ed. Volume - II, Lisboa: AAFDL, 2022.
- ARROW, Kenneth J., *A Difficulty in the Concept of Social Welfare*, *Journal of Political Economy*, 58: 328–346, 1950.
- ARROW, Kenneth J., *Social Choice and Individual Values*, Nova York: Wiley, 1951.
- BARBOSA, Livia, *O jeitinho brasileiro: a arte de ser mais igual do que os outros*; prefácio Roberto da DaMatta, Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- BASTIAT, Frederic, *O que se vê e o que não se vê*, Montecristo Editora, 2021.
- BLACK, Duncan, On the rationale of group decision-making, *Journal of Political Economy*, v. 56, n. 1, p. 23-34, 1948a.
- BLACK, Duncan, The decisions of a committee using a special majority, *Econométrica*, 16: 245–261, 1948b.
- BLACK, Duncan, *The theory of committees and elections*, Cam-

---

<sup>85</sup> HANLEY, Ryan Patrick, *Nosso Propósito Maior: Lições de Adam Smith sobre viver uma vida melhor*, Rio de Janeiro: Alta Books, 2022, capítulos, 1, 2, 3, 18, 19, 21, 23 e 24. LLOSA, Mario Vargas, *O chamado da tribo, Grandes pensadores para o nosso tempo*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 23-47. ROBERTS, Russ, *Como Adam Smith pode mudar a sua vida*, Escolar Editora, 2023, p. 35 e capítulo 8.

- bridge: Universidade de Cambridge, 1958.
- BLAUG, Mark, *Jean-Baptiste Say (1767–1832)*, Books, 1991.
- BRENNAN, Geoffrey, *What is public choice theory? Institute for Humane Studies at George Mason University*, 2020, disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=qecuBjHH\\_2c](https://www.youtube.com/watch?v=qecuBjHH_2c), acesso em 27.02.2024.
- BUCHAMAN, James M., *The public choice perspective*, In Politics as public choice, Carmel, Indiana, Liberty Fund, Inc, 2000.
- BUCHANAN, James, *What is public choice theory?*, Economic Education Bulletin, American Institute of Economic Research, Vol. XLIII, n. 5, may, 2003.
- BUCHANAN, James M., *Why I, too, am not a conservative: the normative vision of classical liberalism*, Edward Elgar Pub., 2005.
- BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon, *O cálculo do consenso: fundamentos lógicos da democracia constitucional*, tradução Patrícia Correa, Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2021 (sem paginação).
- BUTLER, Eamonn. Public choice-a primer, *Institute of Economic Affairs Occasional Paper*, v. 147, 2012.
- CAPLAN, Bryan, *The Myth of the Rational Voter: Why Democracies Choose Bad Policies*, New Edition, Published by: Princeton University Press, 2007.
- DAMATTA, Roberto, *O que faz o Brasil, Brasil?*, 1ª Edição, Rio de Janeiro: Rocco, 1986.
- DE TRACY, Antoine Louis Claude Destutt, *A Treatise on Political Economy*, The Ludwig von Mises Institute, Auburn, Alabama, 2009.
- DIAS, Marco Antonio, James Buchanan e a “política” na escolha pública, *Ponto-e-Vírgula: Revista de Ciências Sociais*, n. 6, 2009.
- DOWNS, Antony, *An Economic Theory of Democracy*, New

- York: Harper & Row, 1957.
- FAORO, Raymundo, *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, 3ª Edição revista, 10ª reimpressão. São Paulo: Globo, 2001.
- HAMOWY, Ronald (ed.), *The Encyclopedia of Libertarianism*, Mil Oaks, CA: SAGE, Instituto Cato.
- HANLEY, Ryan Patrick, *Nosso Propósito Maior: Lições de Adam Smith sobre viver uma vida melhor*, Rio de Janeiro: Alta Books, 2022.
- LLOSA, Mario Vargas, *O chamado da tribo, Grandes pensadores para o nosso tempo*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de, 1902-1982, *Raízes do Brasil*, Organização: Ricardo Benzaquen de Araújo, Lilia Moritz Schwarcz. Edição revisada, “Edição Comemorativa 70 anos”, São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- KEHL, Maria Rita. Politicamente Correto, *Revista Teoria e Debate*, Edição n. 18, de 02.06.1992.
- KRUEGE, Anne O., The Political Economic of the rent-seeking Society, *American Economic Review* 64, p. 291-303, 1974.
- LEAL, Victor Nunes, *Coronelismo, enxada e voto, O município e o regime representativo no Brasil*, Companhia das Letras, 7ª edição, 2012.
- LIRA, Oberdan Ferreira Coutinho; DA ENCARNAÇÃO VILLA, Maria Conceição; FONTES, Cor Jesus Fernandes, Contagem de borda e regra Dowdall: metodologia justa para a priorização de temas educacionais a serem ofertados para profissionais da atenção primária em saúde Borda count and Dowdall rule: a fair methodology for prioritizing educational topics to be offered to primary health care professionals, *Brazilian Applied Science Review*, v. 6, n. 4, p. 1255-1273, 2022.
- MADISON, James, *The Federalist Papers*, n. 51, New York, 1788, disponível em <https://guides.loc.gov/federalist-pa>



- pers/full-text acesso em 02.02.2024.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane, *Análise econômica do direito*, Tradução Rachel Sztajn, v. 2, 2015.
- MAQUIAVEL, Nicolau, *O Príncipe de Maquiavel: Texto Integral Capa comum*, Edição Especial, Tradução Lívio Xavier, 2018, Edipro.
- MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G., *Economics and the law: From Posner to postmodernism and beyond*, 2. Ed, Princeton: Princeton University Press, 2006.
- MOSCA, Manuela, *Antonio de Viti de Marco: a story worth remembering*, Basingstoke, Reino Unido: Palgrave Macmillan, 2016.
- MUELLER, Dennis C., *Public choice: an introduction*, Readings in public choice and constitutional political economy, 2008.
- NABUCO, Joaquim, *Minha formação*, Edições Câmara, 2019.
- NISKANEN, W., *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago: Atherton Aldine, 1971.
- OLIVEIRA, Amâncio Jorge Nunes de; ONUKI, Janina; OLIVEIRA, Emmanuel de, Coalizões Sul-Sul e Multilateralismo: Índia, Brasil e África do Sul, *Contexto Internacional*, v. 28, p. 465-504, 2006.
- OLSON, Mancur, *A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais*, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015.
- PAGANELLI, Maria Pia, *Adam Smith's Public Choice Economics*, 2017, disponível em: <https://www.cato-unbound.org/2017/03/10/maria-pia-paganelli/adam-smiths-public-choice-economics/>, acesso em 01.03.2024.
- PEREIRA, Paulo Trigo, A teoria da escolha pública (*public choice*): uma abordagem neoliberal?, *Análise Social*, p. 419-442, 1997.
- RESENDE, C. A. da S., Da teoria dos grupos à lógica da ação

- coletiva: elementos para se pensar a atuação de grupos de interesse no legislativo, *E-Legis – Revista Eletrônica Do Programa De Pós-Graduação Da Câmara Dos Deputados*, 11(26), 158–176, 2018.
- RIKER, W. H., *The Theory of Political Coalitions*, New Haven: Yale University Press, 1962.
- ROBERTS, Russ, *Como Adam Smith pode mudar a sua vida*, Escolar Editora, 2023.
- ROTHBARD, Murray N., The Brilliance of Turgot – Part I, *MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics*, v. 3, n. 1, p. 187-197, 2015.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discurso sobre as Ciências e as Artes*, Edição Português, Tradução Laurent de Saes, 2018, Edipro.
- ROWLEY, Charles K.; SCHNEIDER, Friedrich G.; MUELLER, Dennis C., Public choice: an introduction. *Readings in public choice and constitutional political economy*, p. 31-46, 2008.
- SANTOS, Fabiano, Reavaliando a contribuição do “Paradoxo” de Condorcet para a moderna análise da política, *Revista de Sociologia e Política*, v. 31, p. e012, 2023.
- SKWIRE, Sarah, *Shakespeare’s Inner Economist*, 2017, disponível em: <https://www.cato-unbound.org/2017/03/06/sarah-skwire/shakespeares-inner-economist/>, acesso em 01.03.2024.
- SMITH, Adam, *A Riqueza das Nações*, Edipro, 1 Edição, 2021.
- SMITH, Adam, *Teoria dos Sentimentos Morais*, tradução Lya Luft, Revisão Eunice Ostrensky, São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 2 Edição, 2015.
- STIGLER, George J., The theory of economic regulation, *Bell Journal of Economics and Management Science*, 2(1), 3-21, 1971.
- SUNSTEIN, C. R., *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*, Oxford: Oxford University Press, 2006.

- TABARROK, Alex, *What is public choice?*, Center for Study of Public Choice, George Mason University, 2022, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HRU-OdjNrODM>, acesso em 27.02.2024.
- TABARROK, Alex, *Introduction to public choice?*, Center for Study of Public Choice, George Mason University, 2022, disponível em: Introduction to Public Choice, Alex Tabarrok (youtube.com), acesso em 27.02.2024.
- TULLOCK, Gordon, Some Problems of Majority voting, *Journal of Political Economic*, LXVII, 1959, p. 571-579.
- TULLOCK, Gordon, *The Welfare Cost of Tariffs, Monopolies and Theft*, *Western Economic Journal* 5, p. 224-232, 1967.
- TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur; BRADY, Gordon L., *Government Failure: a prime in public choice*, Instituto Cato, Washington DC, 2002.
- ZWEIG, Stefan, 1881-1942, *Brasil, um país do futuro*, Porto Alegre, RS: Editora L&PM Pocket, 2013.



# TRANSJURIDICIDADE E REGULAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

Marckson Roberto Ferreira de Sousa\*

Maria Marconiete Fernandes Pereira\*\*

Resumo: A globalização vem se consolidando e possui relação direta com a necessidade de novas abordagens jurídicas. O trans-constitucionalismo considera a ideia de que existem obstáculos jurídico-constitucionais que ultrapassam as fronteiras das ordens jurídicas nacionais. Ao se ampliar os horizontes, surge a trans-juridicidade com o intuito de pensar para além dos limites de um sistema jurídico específico, considerando-se aspectos externos as barreiras nacionais com possibilidades de interação e interconexão entre sistemas jurídicos distintos, sendo substancial para a regulação de plataformas digitais. Este artigo objetiva investigar como a transjuridicidade pode ser utilizada para promoção de cooperação entre jurisdições na regulação de plataformas digitais. Adotou-se o método hipotético-dedutivo, haja vista que se partiu da consideração de hipóteses, para então, testá-las de forma a determinar sua consistência com a realidade. Houve uma pesquisa exploratória, fundamentada na pesquisa documen-

---

\* Doutor e Mestre em Engenharia Elétrica pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Graduação em Engenharia Elétrica pela UFPB, Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba (IESP), Tecnologia em Processamento de Dados (Centro Universitário Claretiano). Professor do Departamento e do Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação e do Programa de Pós-Graduação em Gestão nas Organizações Aprendentes (UFPB). E-mail: mrck.sousa@gmail.com.

\*\* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professora titular em Direito pela Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado pela UNIPÊ. Email: maria.fernandes@unipe.edu.br.

tal em doutrinas aplicáveis ao tema e na revisão bibliográfica de livros e artigos de periódicos. Resultados: Após a exposição dos contornos que envolvem a globalização e a regulação de mercados, são expostos aspectos relativos a transjuridicidade e na sequência os desafios da regulação das plataformas digitais. É imprescindível considerar não apenas a legislação nacional, mas a interação e cooperação entre os países, sem desconsiderar o respeito aos direitos nacionais de cada nação. Deve-se também, vislumbrar a concepção de políticas públicas adequadas ao cenário que envolve as plataformas digitais, de forma que possam ser viabilizadas garantias fundamentais, buscando-se ensinamentos para o alcance de uma cidadania global.

Palavras-Chave: globalização; plataformas digitais; regulação; cooperação; transjuridicidade.

## TRANSJURIDICITY AND REGULATION OF DIGITAL PLATFORMS

**Abstract:** Globalization has been consolidating and has a direct relationship with the need for new legal approaches. Transconstitutionalism considers the idea that there are legal-constitutional obstacles that go beyond the boundaries of national legal systems. As horizons broaden, transjuridicity emerges with the intention of thinking beyond the limits of a specific legal system, considering external aspects the national barriers with possibilities of interaction and interconnection between different legal systems, which is substantial for the regulation of digital platforms. This paper objective to investigate how transjuridicity can be used to promote cooperation between jurisdictions in the regulation of digital platforms. The hypothetical-deductive method was adopted, since it started by considering hypotheses and then testing them in order to determine their consistency with reality. This research was exploratory, based on documentary research

in doctrines applicable to the theme and the bibliographic review of books and journal articles. After exposing the contours that involve globalization and market regulation, aspects related to transjuridicity are presented, followed by the challenges of regulating digital platforms. That it is essential to consider not only the national legislation, but also the interaction and cooperation between countries, without disregarding respect for the national rights of each nation. It is also necessary to envision the conception of public policies appropriate to the scenario that involves digital platforms, so that fundamental guarantees can be made viable, seeking lessons for the achievement of global citizenship.

**Keywords:** globalization; digital platforms; regulation; cooperation; transjuridicity.

## 1 INTRODUÇÃO

**O**s construtos relativos a crescente utilização de plataformas digitais e a consequente coleta de dados e informações em uma sociedade que se expande para além das fronteiras geográficas de cada país, requer rigor e ponderação para a legislação nacional, transnacional e internacional. A tecnologia da informação e comunicação possibilita a ampliação das fronteiras estabelecidas, onde cidadãos, empresas e governos mesclam seus ambientes físicos e digitais. A abstração que se vislumbra para a vida, com a utilização da internet, caminha para um mundo completamente globalizado e, para alguns que se imaginam em ambientes mais promissores, em um universo em que ainda não foram estabelecidas fronteiras. Ao se considerar um ambiente economicamente globalizado, necessita-se do estabelecimento de relações comerciais instituídas entre as nações, de forma que riquezas possam circular com liberdade, mas que os princípios e regras estabelecidas por cada nação possam ser respeitadas de forma adequada e que possam ser

evitadas violações de direito.

Hodiernamente, é possível perceber que o processo de globalização possui relação direta com os processos de coleta de dados e norteia o Estado a exigir de seus cidadãos, um comportamento que esteja em consonância com determinadas regras, principalmente respeitando-se o estabelecido na Carta Magna de cada país. Questões sociais transnacionais ultrapassam as barreiras pátrias e demandam soluções que possibilitem uma certa transformação da sociedade. O controle estatal esbarra em inúmeras barreiras legais e de informação com constantes desafios, principalmente quando se considera a interação entre diferentes ordens jurídicas, com a simples consideração da juridicidade não sendo mais suficiente para tratar essas questões. Ao se ampliar os horizontes, surge a transjuridicidade com o intuito de pensar para além dos limites de um sistema jurídico específico, considerando-se aspectos externos as barreiras nacionais com possibilidades de interação e interconexão entre sistemas jurídicos distintos.

Nesse diapasão, a utilização de plataformas digitais, que podem ter efeitos em escala global, desafia a capacidade legislativa nacional e a forma mais adequada de efetivar sua regulação. Os fundamentos que envolvem as bases mundiais nem sempre apresentam simplicidade para a solução de problemas transnacionais, necessitando-se de cooperação entre os juízos locais, a legislação comparada e a interpretação constitucional pautada principalmente no respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Um dos maiores desafios está relacionado ao respeito de princípios éticos, particularmente quando o cotidiano envolve a utilização da tecnologia, com o anonimato parecendo ser eterno e onde todas os atos, nocivos ou não, podem deixar de ser atribuídas a uma pessoa natural. Todavia, com a crescente interligação das redes e o avanço tecnológico, praticamente a totalidade dos atos podem ser identificados no âmbito mundial, tornando a lacuna informacional entre os cidadãos, e entre o cidadão e o



Estado cada vez menor.

A ponderação sobre a inviolabilidade da intimidade das pessoas e a consequente proteção de direitos, irradia inúmeras discussões, uma vez que com a utilização de plataformas digitais, se faz necessário gerenciar adequadamente a coleta e compartilhamento de dados pessoais e informações, independentemente de interesses empresariais ou governamentais.

Durante as atividades diárias, é possível perceber a crescente vigilância em cada momento, seja com o intuito de observar o comportamento dos membros de sua própria residência, ou mesmo de colegas nas atividades laborais. Esta vigilância, conduz a reflexões relativas ao “capitalismo de vigilância”, conceito criado em 2019 por Shoshana Zuboff, que conduz a um cenário de poder econômico que envolve dados pessoais, baseando-se na análise destes com o intento de gerar lucratividade. Contudo, em uma sociedade globalizada, pode haver interpretações múltiplas para um mesmo ato realizado, devido a interpretação específica no âmbito de cada cultura e na jurisdição de cada país. A forma mais adequada de se instituir uma justiça global é motivo de debate por juristas e pesquisadores do mundo inteiro. Para a existência de um diálogo proativo é primordial a transjuridicidade, mas deve haver uma atenção especial para que esta não se torne uma ameaça à soberania nacional dos países ou mesmo aos direitos fundamentais de cada nação.

A consideração da crescente coleta de dados no uso das plataformas, pode acarretar efeitos adversos para o cumprimento das obrigações, seja porque a própria vigilância pode mostrar a culpabilidade dos atos realizadas ou devido a esta direcionar para suposições completamente antagônicas as pretensões iniciais. A vigilância pode, até certo ponto, desmotivar as pessoas a denunciarem incidentes de violação de direitos, uma vez que estando estas também sob a perspectiva da vigilância, ao serem monitoradas, podem agir de maneira diversa, provocando até mesmo ações judiciais regressivas.

No contexto do capitalismo de vigilância, a transjuridicidade pode representar um importante artefato para a regulação de plataformas digitais, uma vez que quando se tem conhecimento dos acontecimentos e existem provas sobre eles, as atitudes das pessoas mudam e a legislação alcança maior eficácia. Por outro lado, a vigilância remete a preocupações com a privacidade e com a proteção de dados pessoais. A transjuridicidade pode contribuir para o desenvolvimento de um cenário jurídico global que contemple a proteção dos direitos fundamentais, considerando o âmbito do transconstitucionalismo. Saliente-se que a abordagem da transjuridicidade é substancial para a regulação de plataformas digitais, uma vez que há a necessidade de se operar em escala global, e a regulação por parte de uma única jurisdição apresenta-se praticamente inexecutável. Os problemas ultrapassaram as fronteiras do território nacional e passam a ter relevância global.

Para que se vislumbre o alcance de uma regulação eficaz das plataformas digitais, há a necessidade de uma cooperação internacional, principalmente porque os dados e informações que são disponibilizados nas plataformas desafiam a capacidade das jurisdições nacionais para obter efetividade, além de que o capitalismo de vigilância pode ser considerado como uma espécie de “fenômeno” global. Um outro ponto primordial a ser considerado, refere-se à proteção dos direitos fundamentais, inclusive com amparo na Lei Geral de Proteção de Dados de cada país, que pode disciplinar a utilização de dados pessoais, com a consequente promoção da concorrência, uma vez que o “poder” oriundo da análise dos dados pode não ser direcionado para um número reduzido de empresas, evitando-se a ocorrência imediata de falhas de mercado em relação a falta de competitividade.

Nesse sentido, a ideia deste artigo parte da seguinte inquietude: de que forma a transjuridicidade pode contribuir para a regulação das plataformas digitais? A partir do problema estabelecido, é possível considerar a seguinte hipótese: a transjuri-

dicidade, a partir da cooperação entre jurisdições, pode contribuir para a eficácia da regulação das plataformas digitais.

Desta forma, o objetivo principal desta pesquisa é investigar como a transjuridicidade pode ser utilizada para promoção de cooperação entre jurisdições na regulação de plataformas digitais. Para alcançar o objetivo geral, foram considerados os seguintes objetivos específicos: a) identificar os elementos que norteiam a regulação de mercados em âmbito global; b) examinar os aspectos relativos a transjuridiscidade; c) avaliar a capacidade da transjuridicidade para promover a cooperação entre jurisdições.

Em relação aos procedimentos metodológicos, adotou-se o método hipotético-dedutivo, haja vista que se partiu da consideração de hipóteses, para então, testá-las de forma a determinar sua consistência com a realidade. Para tanto, houve uma pesquisa exploratória, fundamentada na pesquisa documental em doutrinas aplicáveis ao tema e na revisão bibliográfica de livros e artigos de periódicos. A pesquisa teve como base autores que já publicaram sobre o assunto, tanto em publicações científicas veiculadas em formato impresso ou em meio eletrônico.

A importância da realização desta pesquisa consiste em discorrer sobre um tema de abrangência significativa para a regulação das plataformas digitais. A pesquisa ora proposta, pode ser considerada de repercussão teórica, jurídica e social. A repercussão teórica reside no fato de que se necessita aprofundar as discussões sobre a transjuridicidade na regulação das plataformas digitais, o que pode afetar governos, empresas e pessoas em todo o mundo; a repercussão jurídica vem a considerar os aspectos legislativos que devem ser considerados quando da interação com legislações diversas e culturas variadas, de modo a contribuir para o desenvolvimento de políticas e regulamentações que proporcionem um equilíbrio; e a repercussão social envolve a compreensão da maneira mais adequada para proteger os direitos fundamentais em um ambiente global, principalmente

a privacidade, com a promoção de sociedades mais equitativas e prósperas.

## 2. A GLOBALIZAÇÃO E A REGULAÇÃO DE MERCADOS

A ideia relativa à coleta de dados visando compreender o comportamento não é uma novidade, uma vez que intuitivamente uma certa vigilância ou supervisão é realizada por uma grande parte das pessoas sobre sua própria residência, em relação àqueles que compõem seu círculo social ou sobre o exercício da atividade desenvolvida nas relações de trabalho. Se faz necessária especial atenção, desde logo, para o desrespeito que pode acontecer em relação à privacidade e divulgação de dados pessoais, o que já induz, em um primeiro momento, a uma indicação subjetiva da necessidade de alguma espécie de regulação.

Mesmo empiricamente, é possível compreender que a sociedade necessita estabelecer critérios para que a continuidade da vida humana seja profícua. O controle dos dados pessoais para que se tenha um controle econômico é fundamental, pois o destaque que estes assumem pode não satisfazer a álgebra matemática de forma simples, principalmente nas redes sociais, onde o compartilhamento de forma inteiramente gratuita constitui uma verdadeira armadilha.

Quando durante o cotidiano são utilizadas plataformas digitais, o risco de violação de direitos cresce de forma exponencial, uma vez que a quantidade de usuários destes ambientes informacionais é imensa e a informação disponibilizada por ser acessada em poucos segundos. As plataformas digitais podem ser definidas como “[...] produtos ou serviços através dos quais os usuários finais e uma grande variedade de produtos, serviços ou informações complementares (‘aplicações’) podem interagir.” (Shelanski, 2013, p. 1665, tradução nossa)<sup>1</sup>. Com a ampli-

---

<sup>1</sup> [...] define digital platforms as products or services through which end users and a wide variety of complementary products, services, or information (‘applications’) can

ação dos mercados e as consequentes facilidades e barreiras trazidas pela globalização pode haver mudança de paradigma no sistema capitalista.

Em relação à globalização, Fernando Aguillar destaca que:

A globalização significa o fenômeno econômico de busca de conquista de mercados sem restrições às fronteiras nacionais, o fenômeno político da crescente interdependência dos países, o fenômeno cultural de influências recíprocas entre habitantes de países diversos, o fenômeno social do frequente deslocamento e fixação de residência de habitantes de um país em outros, o fenômeno tecnológico da revolução informática e das telecomunicações, o fenômeno financeiro dos investimentos especulativos planetários, causando simultaneamente a reestruturação dos agentes econômicos, a transformação do papel do Estado e do direito em todos os países envolvidos. (Aguillar, 2019, p. 60-61).

Yuval Harari adverte que a globalização vem a beneficiar determinados segmentos da humanidade com a possibilidade do desenvolvimento de desigualdades entre e dentro das sociedades, uma vez que “alguns grupos monopolizam cada vez mais os frutos da globalização, enquanto bilhões são deixados para trás.” (Harari, 2018, p. 104). Esse cenário pode ter um *background* econômico, político ou meramente moral, necessitando de reflexões sobre os fatos que originam as políticas públicas. No entendimento de Jean Tirole “o que julgamos moral oscila no tempo, inclusive no domínio econômico” (Tirole, 2020, p. 45).

Para que a globalização possa ocorrer de maneira adequada e com benefícios superiores aos reveses, é essencial que os países estabeleçam diálogos proativos para abordar fenômenos que perpassam as fronteiras nacionais e sejam sensivelmente comuns a todos. Ainda, nesse mesmo sentido, Fernando Aguillar, ao tratar sobre o direito econômico e globalização, enfatiza que esta é apenas uma nova faceta do velho capitalismo, evidenciando que “é preciso distinguir o que são os efeitos da globali-

zação sobre as práticas de mercado, que poderão ser controladas pelos mecanismos tradicionais do Direito Econômico, daqueles efeitos que tornam ultrapassados ou ineficientes certos controles jurídicos existentes.” (Aguillar, 2019, p. 58).

Quando se considera a coleta e compartilhamento de dados a nível global, o estabelecimento de políticas públicas pode não ser trivial, sobretudo devido a consideração do capitalismo de vigilância, que nas palavras de Shoshana Zuboff:

O capitalismo de vigilância reivindica de maneira unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais. Embora alguns desses dados sejam aplicados para o aprimoramento de produtos e serviços, o restante é declarado como *superávit comportamental* do proprietário, alimentando avançados processos de fabricação conhecidos como ‘inteligência de máquina’ e manufaturado em produtos de *predição* que antecipam o que um determinado indivíduo faria agora, daqui a pouco e mais tarde. (Zuboff, 2019, p. 22, grifo do autor).

Nesse mesmo sentido, Gilberto Bercovici, ao falar sobre a revolução tecnológica e a economia da informação, acrescenta:

O fator disruptivo que efetivamente inaugura as bases de uma nova estrutura socioeconômica é a comunicação baseada na internet e a disseminação de equipamentos multifuncionais (*smartphones*, por exemplo) que conferem ubiquidade ao meio digital. Esta conectividade entre pessoas-empresas-governos, combinada com a circulação massiva de informações, não apenas modificam formas de organização de recursos e dados até então vigentes em setores tradicionais, mas também criam novos modelos de negócio que geram transformações de alta intensidade e duração [...] (Bercovici, 2022, p. 450).

A crescente utilização das plataformas digitais modifica a forma de interação entre as pessoas e consequentemente entre vendedores e compradores de maneiras que muitas vezes nem se pode imaginar. A atenção dedicada a economia mundial necessita ser ressaltada, conforme destaca Jean Tirole ao falar sobre o assunto:

Durante muito tempo, a ciência econômica procedeu como se o progresso econômico equivalesse a inventar novos produtos,

produzi-los a menor custo e negociá-los melhor. Para melhor negociá-los bastava fazer os custos da transação caírem sobretudo os custos de transporte e os direitos alfandegários que travam o comércio internacional [...] (Tirole, 2020, p. 396).

A consideração das atividades jurídicas, mesmo envolvendo as várias áreas do direito, nem sempre obtém sucesso para evitar as falhas de mercado, principalmente quando a geração ou circulação de bens e serviços ultrapassam as fronteiras nacionais, requerendo um controle que possua abrangência internacional. Para André Ramos, ao se considerar mais de uma comunidade humana, deve-se utilizar o Direito Internacional Privado, tanto de forma normativa, quanto para o julgamento e implementação das decisões. Com efeito, pode haver a necessidade dos acontecimentos serem regulados por mais de um ordenamento jurídico, evitando-se sobreposição ou mesmo omissão em relação a ausência de normas (Ramos, 2015, p. 2).

Para se ter uma compreensão geral sobre os efeitos da regulação, Paul Joskow e Nancy Rose, explicam que:

Os efeitos da regulação, seja ela ‘regulação econômica’ ou ‘regulação social’, provavelmente dependerão de uma variedade de fatores: a motivação para a regulação, a natureza dos instrumentos regulatórios e a estrutura do processo regulatório, as características econômicas do setor e o ambiente jurídico e político em que a regulação ocorre. (Joskow, Rose, 1987, p. 3, tradução nossa)<sup>2</sup>.

Othon Lopes, quando aborda a juridificação e paradigmas do estado, apresenta a “regulação como processo de produção artificial de normas por entidades autônomas incrustadas no Estado [e] deve sua existência a uma concepção moderna de direito e instituições políticas.” (Lopes, 2018, p. 69).

A discussão em torno da regulação e aspectos institucionais brasileiros realça que no “moderno capitalismo – em que as

---

<sup>2</sup> The effects of regulation, whether it is ‘economic regulation’ or ‘social regulation’, are likely to depend on a variety of factors: the motivation for regulation, the nature of regulatory instruments and structure of the regulatory process, the industry’s economic characteristics, and the legal and political environment in which regulation takes place. (Joskow; Rose, 1987, p. 3).

firmas são as responsáveis pela oferta de bens e serviços –, o Estado tem assumido crescentemente um papel mais expressivo na criação de processos normativos para a atuação das empresas: é a presença do chamado Estado regulador.” (Schymura, 2014, p. 261). Pois, de acordo com Othon Lopes, na regulação há a formação de “um aparato burocrático não para atuar ou competir, mas para supervisionar, direcionar e coordenar as forças de um mercado substancialmente privado”, sem que haja intervenção absoluta, mas uma interferência indireta (Lopes, 2018, p. 160). Contudo, a passagem no mercado da atuação direta para o realce regulatório pode apresentar pontos questionáveis, que conduziram, por exemplo, os Estados Unidos no final da década de 1970, a um processo de “desregulação”, com o intuito de reduzir a presença do Estado na economia, questionando-se a eficácia da intervenção estatal (Lopes, 2018, p. 159). Evidencie-se que no ano de 2008, houve falhas na regulação financeira a nível internacional, colocando em dúvida as limitações dos princípios básicos do sistema de regulação em vigor na época, como também pôs em revés a sobrevivência de um determinado perfil de instituições financeiras (Farhi; Prates; Freitas; Cintra, 2009, p. 135).

Nesse diapasão, é possível perceber que o equilíbrio entre a oferta e a procura de produtos e serviços podem não estar satisfatórios no mercado em determinado momento. A regulação pode ser uma alternativa factível, porém este vocábulo remete a uma relação entre sistema político-burocrático, economia, direito, ciência e técnica, sendo a atividade regulatória um ponto sensível entre na relação do direito com outras áreas. A conceitualização de regulação não apresenta simplicidade, por exemplo, para Othon Lopes, tem-se:

[...] uma tecnologia de intervenção do Estado na economia, desenvolvida no contexto norte-americano, em que as decisões econômicas ocorrem predominantemente no âmbito de mercado, carecendo a atuação da autoridade na economia não só de justificação, mas também de uma configuração técnica es-



pecial. [...]

A regulação refere-se ao mesmo tempo a estruturas de um sistema econômico regido pelo mercado e a um sistema-político burocrático, situados no âmbito de uma sociedade complexa. (Lopes, 2018, p. 161).

Já no pensamento de Calixto Salomão Filho (2021, p. 197), a regulação vislumbra substituir todas as variáveis concorrenciais, reestabelecendo as condições de mercado.

A economia capitalista precisa ter sua liberdade reconhecida, mas não poder ser tratada como ente superior, cabendo ao Estado intervir e regular quando houver necessidade no mercado de equilibrar as relações ou na iminente violação de direitos. Para que ocorra uma sintonia, se faz necessário o estabelecimento de políticas públicas, em que, juridicamente, seja definida “como fundamento a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado.” (Bercovici, 2022, p. 121).

Ao se abordar o desenvolvimento e as políticas públicas, se faz necessário “avaliar quais ações públicas e coletivas podem conduzir ao desenvolvimento traz questões diretamente relacionadas aos limites do conhecimento humano, assim como ao uso e difusão da informação e do conhecimento que existe disperso no meio social.” (Faraco, 2002, p. 89). Destaca-se, ainda que o “processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário.” (Faraco, 2002, p. 91).

A regulamentação das atividades deve estabelecer pressupostos coerentes com vistas ao desenvolvimento. Nesse sentido, Calixto Salomão Filho esclarece que:

É da regulamentação da empresa que deve partir a ideia de acesso e inclusão, exatamente para que não seja necessário – como foi no passado – que grupos prejudicados (trabalhadores, consumidores) pelo exercício de seu poder buscassem compensações em leis específicas. Essas regras compensatórias são fundamentais, mas não bastam. É preciso que soluções estru-

turais impeçam o contínuo produzir de desequilíbrios que não podem ser continuamente compensados. (Salomão Filho, 2012, p. 66).

Ao se ponderar a regulação das plataformas digitais, há de se considerar vários outros aspectos além dos desafios relativos a indevida coleta de dados no cenário do capitalismo de vigilância e a consequente necessidade de proteção dos dados pessoais. Outros fatores que podem ser pensados, mesmo que de forma incipiente, referem-se à regulação da utilização dos algoritmos, ou pelo menos a consideração ética de sua utilização, com a conseguinte sabedoria no uso da inteligência artificial. A regulação pode ser um mecanismo necessário no mercado globalizado, mas se deve atentar para que as limitações impostas não venham a obstar o desenvolvimento quando do relacionamento entre os diversos países.

### 3. A TRANSJURIDICIDADE

O tratamento jurídico pode ocorrer tanto no ambiente nacional quanto com características internacionais, envolvendo problemas econômicos, políticos, sociais, dentre outros. Para se tratar com uma ecologia global, se faz necessário considerar a transjuridicidade ou aspectos relacionados com a expansão da juridicidade ao ambiente internacional. Ressalte-se da necessidade de observância de que esta não se torne uma ameaça à soberania nacional ou mesmo aos direitos fundamentais estabelecidos para cada nação.

A perspectiva sob a lente da transjuridicidade evidencia que:

Os órgãos jurisdicionais nacionais e internacionais devem entender e aplicar as normas convencionais da forma mais idônea para facilitar a solução de conflitos e outorgar proteção judicial efetiva e garantias ao direito de jurisdição, o que inclui as abordagens comuns ao fenômeno da transjuridicidade. (Lima Sobrinho, 2017, p. 98).

Anne-Marie Slaughter, em seu artigo “*A Typology of*

*Transjudicial Communication*”, expõe a importância da comunicação entre tribunais de diferentes jurisdições. Apesar das diferenças culturais que possa haver, normalmente existem inúmeros pontos em comum, que podem constituir características integradoras. Essas características comuns não eliminam as diferenças relevantes, mas podem ser valiosas e auxiliar na localização dessas diferenças em um único escopo (Slaughter, 1994, p. 102). A referida autora, apresenta que:

A geometria da comunicação transjudicial varia de acordo com o status nacional ou supranacional dos tribunais que conversam entre si. Identifico três formas distintas dessa comunicação: horizontal, vertical e mista vertical-horizontal. Uma diferença relacionada decorre do status relativo dos tribunais em uma hierarquia nacional ou supranacional. As supremas cortes nacionais, por exemplo, podem estar mais propensas a levar em conta as sentenças umas das outras do que as sentenças de cortes estrangeiras inferiores. (Slaughter, 1994, p. 103, tradução nossa)<sup>3</sup>.

Slaughter (1994) esclarece que a comunicação horizontal ocorre entre tribunais com o mesmo nível, sejam nacionais ou supranacionais, para além das fronteiras; a comunicação vertical tem lugar entre as cortes nacionais e supranacionais, com possibilidade de um tribunal supranacional com jurisdição especializada se sobrepor à jurisdição de tribunais nacionais; e a mista vertical-horizontal ocorre quando há combinação das formas verticais e horizontais de maneira distinta. Assim, vislumbra-se a possibilidade da existência de comunicação entre tribunais de sistemas jurídicos distintos, com a consequente recepção de experiência de outras jurisdições.

Nessa mesma linha de pensamento, Maria Rosaria Fer-

---

<sup>3</sup> The geometry of transjudicial communication varies according to the national or supranational status of the courts talking to one another. I identify three distinct forms of such communication: horizontal, vertical, and mixed vertical-horizontal. A related difference flows from the relative status of courts in a national or supranational hierarchy. National supreme courts, for instance, may be more likely to take account of each other's judgments than of the judgments of lower foreign courts. (Slaughter, 1994, p. 103).

rarese, quando trata do diálogo transjudicial, expõe:

Seguindo essa noção de ambivalência entre a deslocalização e o cosmopolitismo/universalização, podemos encontrar uma prática institucional específica, comum nos dias atuais, conhecida como ‘diálogo constitucional’ ou ‘diálogo entre tribunais’. No debate jurídico, expressões como ‘diálogo constitucional’, ‘diálogo transjudicial’, ‘cortesia judicial’ e similares referem-se à prática atual de muitos juizes e tribunais de tomar suas decisões com base não apenas em seu direito constitucional nacional, mas também em opiniões, leis e formas de raciocínio de tribunais estrangeiros ou internacionais. Este é um dos fenômenos jurídicos mais notáveis de nossos tempos e uma importante maneira pela qual os atores judiciais, mesmo nacionais, podem atuar em um campo global, contribuindo para a criação de critérios jurídicos mais compartilhados e até mesmo para o início de um direito global. (Ferrarese, 2009, p. 2-3, tradução nossa)<sup>4</sup>.

Por sua vez, Boaventura de Sousa Santos (1998, p.89/90), corrobora com a ideia e ao abordar a regulação transacional do Estado-nação, explana sobre a possibilidade da existência de situações em que se possa estabelecer mudanças na legislação de determinado país devido a influência de outros Estados, agências internacionais ou outros atores transnacionais. O referido autor, acrescenta ainda que o processo de transnacionalização da regulação jurídica requer um ajuste estrutural que deve ser realizado em todo o mundo.

Na contextualização sobre a globalização da justiça e de direito cabe destacar que:

---

<sup>4</sup> Following this notion of ambivalence between de-localization and cosmopolitanism/universalization, we can find a institutional specific practice, common nowadays, known as ‘constitutional dialogue’ or ‘dialogue among courts’. In the legal debate, expressions such as ‘constitutional dialogue’, ‘transjudicial dialogue’, ‘judicial comity’, and similar ones refer to the current practice of many judges and courts of taking their decisions referring not only to their national constitutional law, but also to opinions, laws and ways of reasoning from foreign or international courts. This is one of the most remarkable legal phenomena of our times and an important way through which judicial actors, even national ones, can play on a global field, contributing to the creation of more shared legal criteria and even the beginnings of a global law. (Ferrarese, 2009, p. 2-3).

A necessidade de formas atualizadas e adaptadas de direito e de justiça parte justamente dos sintomas da crise da última modernidade e do Estado Constitucional como sua manifestação de organização político-jurídica. Buscam-se outras formas mais capazes de estabelecer normas de comportamento e outras formas de resolução de conflitos, mas capazes para atender às novas demandas transnacionais. (Cruz; Bodnar, 2010, p. 433).

Nesse sentido, os autores, ao abordarem a justiça e o novo paradigma do direito, enfatizam a necessidade de que “o desenvolvimento de uma nova base teórica para o direito e para a justiça é imprescindível para o novo ambiente global transnacional” (Cruz; Bodnar, 2010, p. 439).

Para contemplar a conjuntura constitucional, Marcelo Novelino, ao comentar sobre o transconstitucionalismo, destaca que tal conceito não se confunde com o transjuridicismo, proposto por Marcelo Neves em 2009, e que este encontra-se relacionado à existência de dilemas jurídico-constitucionais que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas (Novelino, 2023, p. 61). Acrescentando ainda que “um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução.” (Novelino, 2023, p. 61).

A transjuridicidade considera a interação entre sistemas jurídicos, distinguindo-se do transconstitucionalismo, que corresponde a um tipo específico de interação entre sistemas jurídicos, cujo foco é em sistemas constitucionais. Qualquer que seja a abordagem, é imprescindível que no contexto da globalização, haja o respeito a todas as culturas e consequentemente as diversas legislações existentes, com suas aberturas ou dogmas estabelecidos.

Ao introduzir o transconstitucionalismo, Marcelo Neves esclarece que este trata de problemas constitucionais no sentido moderno, ou seja, que envolvem questões de direitos fundamentais e de limitação e controle jurídico-positivo do poder e também “[...] não se trata de constitucionalismo internacional, trans-

nacional, supranacional, estatal ou local. O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas.” (Neves, 2014, p. 207).

Marcelo Neves, destaca que no caso do transconstitucionalismo,

[...] o problema consiste em delinear as formas de relação entre ordem jurídica diversas. Ou seja, dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade mundial moderna, o direito, proliferaram ordens jurídicas diferenciadas, subordinadas ao mesmo código binário, isto é, ‘lícito/ilícito’, mas com diversos programas e critérios. (Neves, 2009, p. 115).

[...]

Tampouco a questão se refere simplesmente a um ‘transjudicialismo’, como forma de referências recíprocas entre decisões de tribunais de Estados diversos (Neves, 2009, p. 167).

Para Leonel Rocha e Julia Scherbaum, com base em Marcelo Neves, enfatizam:

Ocorre que situações complexas apontam para um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, no qual se dá um transconstitucionalismo pluridimensional, que resulta da relevância simultânea de um mesmo problema jurídico-constitucional para uma diversidade de ordens jurídicas, como é o caso do meio ambiente. No sistema mundial de níveis múltiplos, a solução dos problemas jurídicos mais relevantes se resolve mediante entrelaçamentos transconstitucionais entre ordens jurídicas diversas, a fim de se chegar na resposta mais plausível, incluindo, em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a ordem internacional e a ordem de outros Estados: nesse sentido, aliam-se as possibilidades de conversação transnacional entre ordens públicas. (Rocha; Scherbaum, 2019, p. 20-21).

Ressalte-se também a necessidade de garantia da democracia, do Estado de direito e dos direitos fundamentais, pois sem essas garantias os princípios jurídicos que envolvem a legalidade e a igualdade podem vir a ser questionados. Para a regulação das plataformas digitais, há de se considerar a cooperação entre diferentes jurisdições, principalmente para assegurar direitos fundamentais relacionados a privacidade, liberdade de ex-

pressão e proteção de dados pessoais. A transjuridicidade é primordial para que os países possam compartilhar dados e informações, conciliando seus sistemas jurídicos e buscando a promoção da justiça e equidade.

#### 4. DESAFIOS DA REGULAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

Em uma economia cada vez mais interligada pelas plataformas digitais e consequentemente por dados, surgem perspectivas para a possibilidade de regulação, embora esta possa ser uma opção que merecer um estudo bastante cauteloso.

A partir do direcionamento para uma regulação, é preciso verificar o aparato legislativo que se tem à disposição para disciplinar o rápido avanço tecnológico que permeia as plataformas digitais. O número de usuários das plataformas normalmente é incrementado em todos os países, sendo de extrema dificuldade estabelecer a justiça social, sobretudo quando da ocorrência de ilícitos. Bertrand Wanderer (2023, p.23) desenvolve a ideia de que “o papel assumido pelas plataformas ao facilitar conexões e transações negociais se torna central em um mundo cada vez mais digital”.

Para Ricardo Campos, quando discute sobre o direito das plataformas, explicita a conceituação da palavra digital:

O ‘digital’ refere-se à mediatização material do social através de plataformas de comunicação eletrônica. Um dos pilares deste desenvolvimento atual é a ‘dataficação’, a partir da qual se consegue uma crescente incorporação de estruturas sociais em ‘ecologias de mediação e contagem’ baseadas em algoritmos, que depois dão forma ao novo modelo de negócios das plataformas digitais. (Campos, 2023, p. 276-277).

Nesse diapasão, os dados e informações representam um elemento de extrema valia, pois os usuários ao interagirem nas plataformas, podem realizar várias tarefas habituais, seja para atividades laborais ou mesmo para uma interação social, sendo a internet o artefato que representa papel primordial nesse con-

texto. Para Anamara Silva (2022, p. 57) “na seara dos direitos e justiça social, a internet é um espaço para promoção, proteção e cumprimento dos direitos humanos e para o avanço da justiça social”. Desta forma, são continuamente incrementados os desafios e reveses que afetam a proteção adequada dos denominados direitos fundamentais quando de sua consideração no ambiente digital. Nas palavras de Howard Shelanski, ao comentar sobre as características das plataformas digitais, ainda em 2013, é possível perceber a grande importância dos dados e informações:

Embora a informação sobre os clientes seja sempre valiosa para uma empresa, é ainda mais valiosa para as plataformas digitais. Há duas razões principais para isto: (1) as plataformas digitais geralmente têm um acesso muito maior do que as empresas convencionais a uma vasta gama de informações sobre seus consumidores, e (2) as empresas digitais podem estar mais aptas a processar e utilizar esses dados para uma variedade de propósitos. (Shelanski, 2013, p. 1678, tradução nossa)<sup>5</sup>.

Desta forma, os dados assumem um papel essencial no capitalismo de vigilância e os efeitos de uma regulação ou desregulação ganha destaque nas discussões sobre o tema relativo aos desafios da regulação. Shoshana Zuboff comenta que ao se disciplinar um mercado competitivo, as pessoas se voltariam para a sobrevivência e esclarece:

Como os velhos inimigos coletivistas haviam recuado, novos inimigos tomaram seu lugar: regulação e supervisão estatal, legislação social e políticas de bem-estar social, sindicatos e instituições de negociação coletiva, bem como os princípios da política democrática. De fato, tudo isso deveria ser substituído pela versão da verdade do mercado, e a competição seria a solução para haver crescimento. Os novos objetivos seriam alcançados através de reformas quanto à oferta, inclusive desregulação, privatização e redução de impostos. (Zuboff, 2019, p. 65).

---

<sup>5</sup> While customer information is perhaps always valuable for a business, it is even more so for digital platforms. There are two main reasons for this: (1) digital platforms generally have much greater access than conventional businesses to a broad range of information about their consumers, and (2) digital businesses may be better able to process and use that data for a variety of purposes. (Shelanski, 2013, p. 1678).



Os bens que outrora encontravam-se materializados, com o avanço tecnológico podem passar para um patamar completamente virtual, e a comercialização destes bens informacionais pode conduzir a inúmeras mudanças nos conceitos de propriedade. Os dados passam a representar uma nova espécie de “poder” e aqueles que realizarem uma análise adequada, provavelmente sairão na frente da concorrência, uma vez que conseguiram transformar os dados em informação útil. Bertrand Wanderer (2023, p.29), expõe o papel dos “gatekeepers” ao explicar que “trata-se de entidades capazes de controlar, limitar e moldar o fluxo informacional, decidindo o que passa ou não em suas estruturas”. O autor destaca ainda a importante informação de que “[...] no Relatório apresentado pelo *Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law* do governo dos EUA, em 15 de março de 2022, onde fora constatado que Amazon, Apple, Facebook e Google são plataformas que se comportam como *gatekeepers*.” (Wanderer, 2023, p. 32, grifo do autor). Neste cenário, devido ao poder econômico estabelecido mundialmente por estas empresas, além da possibilidade de se considerar várias outras, já demonstra por si só a amplitude dos impactos que o estabelecimento de uma regulação nesta área pode causar.

Por conseguinte, vários desafios podem ser elencados, tais como: a natureza transnacional das plataformas digitais, o que vem a dificultar a aplicação de leis e regulamentos nacionais, conduzindo a necessidade de uma legislação que possa operar a nível internacional, uma vez que a interação com a plataforma pode ocorrer em qualquer parte do mundo, podendo gerar alguma espécie de conflito quanto a jurisdição; a complexidade associada ao ecossistema relativo as plataformas digitais, uma vez que estas podem incluir artefatos de tecnologia e negócios, onde o estabelecimento de uma regulação eficaz sem a ocorrência de efeitos colaterais indesejáveis não apresenta simplicidade, sobretudo se houver conflito entre direitos fundamen-

tais, além da composição destes direitos quando perpassam por várias nações. É possível ainda imaginar os reflexos que põem ocorrer em uma sociedade completamente dependente destes ambientes informacionais, onde as restrições estabelecidas podem dificultar o desenvolvimento da economia, pensando-se em um ponto de equilíbrio entre maior proteção e menor desenvolvimento, ou menor proteção e maior desenvolvimento.

William Mitchell e Randy Simmons (2003, p.407) , apontam que “durante grande parte do século passado o governo dos Estados Unidos foi guiado pela convicção de que a melhor forma de governo é aquela com uma ampla margem de arbítrio, apoiada por bons conselhos. Nessa mesma linha de pensamento, Nobert Reich (2017, p.24) ao discutir sobre a crise regulatória, destaca que em determinados contextos os remédios regulatórios deixam de se direcionar as falhas de mercado e passam a focar as falhas da regulação, ficando estes sujeitos a aprovação do mercado. O referido autor, revela que:

A regulação em uma economia de mercado não é, na tradição norte-americana, considerada uma função governamental inerente, mas algo que precisa de explicação e justificação. Teorias da regulação têm sido sempre teorias do ‘interesse público’ que justificam a intervenção estatal em um ambiente de mercado que supostamente funciona melhor sem interferência. (Reich, 2017, p. 26).

Nesse sentido, em termos de regulamentação, cabe assinalar que, torna-se essencial em todos os níveis do governo e em todos os pontos do espectro, desde a individual até a corporativa ((Mitchell; Simmons, 2003, p. 419).

Não obstante, os dirigentes de alguns países podem ter comportamentos diversos, a exemplo da China, que desde 2021 busca regular a tecnologia digital. A Revista “*The Economist*” publicou a reportagem “*China has become a laboratory for the regulation of digital technology*”. Nessa reportagem é possível identificar:

[...] os legisladores chineses finalizaram pelo menos quatro novas leis e regulamentos que, à medida que entrarem em vigor

nos próximos três meses, terão o potencial de remodelar a internet chinesa. As regulamentações de tecnologia em outros países e regiões, como o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da Europa, exigem principalmente que as empresas obtenham o consentimento de seus clientes para o processamento específico de seus dados. As novas regras da China são muito mais rígidas e abrangentes. Espera-se que as empresas de tecnologia protejam a segurança nacional e a ordem pública [...] (THE ECONOMIST, 2021, *online*, tradução nossa)<sup>6</sup>.

Estas questões assumem um patamar de reflexões que necessita ser bem estabelecido para não gerar uma necessidade contínua de desregulação, o que pode desestimular o uso das plataformas, ou mesmo incrementar as ilicitudes advindas com as restrições estabelecidas. A consideração de aspectos que envolvam a transjuridicidade é praticamente inquestionável nesse cenário, podendo, contudo, surgir vários outros desafios relativos à implementação da regulação e as formas de fiscalização a serem implementadas.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na pesquisa em apreço, foi apresentado o tema relativo as plataformas digitais e a transjuridicidade da regulação, tendo sido este conceituado e discutido, a fim de confrontar com os desafios da regulação das plataformas. Nesse sentido, destacou-se a necessidade de cooperação entre os países para um adequado cumprimento da legislação nacional e transnacional. É importante que se considere os impactos pertinentes e desfavoráveis da possibilidade de regulação das plataformas digitais para que se possa considerar o equilíbrio da concorrência, con-

---

<sup>6</sup> [...] Chinese lawmakers have finalised at least four new laws and regulations which, as they go into effect over the next three months, will have the potential to reshape the Chinese internet. Technology regulations in other countries and regions, such as Europe's General Data Protection Regulation (GDPR), mostly require companies to obtain their customers' consent for the specific processing of their data. China's new rules are much stricter and more wide-ranging. Tech firms will be expected to protect national security and public order [...] (THE ECONOMIST, 2021, *online*).

siderando o mercado significativo que estas podem alcançar, bem como a proteção da privacidade e dos dados pessoais, devido a ocorrência de uma crescente coleta de dados durante a interação dos usuários. Várias outras faces podem ser consideradas por uma regulação, como o gerenciamento de *fake news*, com a inclusão de aspectos que desencorajem a publicação de conteúdos ilegítimos ou prejudicial a sua compreensão.

A partir da hipótese considerada, na qual a transjuridicidade, a partir da cooperação entre jurisdições, pode contribuir para a eficácia da regulação das plataformas digitais, é possível concluir que as consequências são verdadeiras, uma vez que há a necessidade de interação entre os países para que se tenha um efetivo controle do uso da informação em nível global, mesmo que as limitações sejam ínfimas. Dessa forma, a hipótese pôde ser comprovada, sendo suas disposições consistentes com a realidade em termos de regulação das plataformas digitais, mediante cooperação no âmbito internacional.

Em relação aos objetivos específicos, o primeiro deles, que envolveu a identificação dos elementos que norteiam a regulação de mercados em âmbito global foi alcançado nas considerações apresentadas na seção 2, enquanto os demais, que abordaram o exame dos aspectos relativos a transjuridiscidade e a avaliação da capacidade da transjuridicidade para promover a cooperação entre jurisdições foram alcançados nas discussões realizadas nas seções seguintes, e que a esta antecedem.

A partir das discussões expressas, principalmente na seção 4, percebe-se claramente a necessidade de se considerar não apenas com a legislação nacional, mas a de outros países, contudo, sem desconsiderar o respeito aos direitos fundamentais de cada nação. Como forma de promover a efetiva cooperação, é imprescindível que se considere a transjuridicidade. Apenas com a melhoria da interação entre os países é que será possível combater as ilegalidades que porventura aconteçam, preservando a confiança dos cidadãos no Estado, inclusive com a adoção de

intervenção estatal mediante ações incondicionadas, com o consequente respeito ao coletivo, em casos extremos que carecem de maior rigor. Deve-se também, vislumbrar a concepção de políticas públicas adequadas ao cenário que envolve as plataformas digitais, de forma que possa ser viabilizada igualdade não discriminação entre as pessoas, buscando-se ensinamentos para o alcance de uma cidadania global.

Por fim, o tema ora apresentado, pode inspirar inúmeras outras investigações futuras, considerando sua importância e interdisciplinaridade com diversas áreas do conhecimento, tanto jurídicas quanto tecnológicas, mas precipuamente no contexto jurídico que pode regular determinados comportamentos, com a promoção dos princípios basilares capazes de resguardar o Estado Democrático de Direito. Talvez não haja um caminho único para a regulação das plataformas digitais, mas é importante que o governo e a sociedade estejam juntos para desenvolver mecanismos que protejam os interesses de todos os envolvidos.



## REFERÊNCIAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2022.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 nov. 2023.
- CAMPOS, Ricardo. *Metamorfoses do direito global: sobre a in-*

- teração entre direito, tempo e tecnologia. São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A possibilidade da justiça transnacional na globalização democrática. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 3, p. 432-446, set-dez 2010. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/2767>. Acesso em: 28 nov. 2023.
- FARACO, Alexandre Ditzel. Difusão de conhecimento e desenvolvimento: a regulação do setor de radiodifusão. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002. cap. 5, p. 87-123.
- FARHI, Maryse; PRATES, Daniela Magalhães; FREITAS, Maria Cristina Penido de; CINTRA, Marcos Antonio Macedo. A crise financeira de 2008. *Revista de Economia Política*, v. 29, n. 1, p. 133-149, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rep/a/tHJCHqpqHjVP47Tyfqqs/gF/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 29 nov. 2023.
- FERRARESE, Maria Rosaria. When national actors become transnational: transjudicial dialogue between democracy and constitutionalism. *Global Jurist Frontiers*, v. 9, n.1, 2009, Disponível em: <https://gtls.openum.ca/resources/publications/when-national-actors-become-transnational-transjudicial-dialogue-between-democracy-and-constitutionalism/>. Acesso em: 22 nov. 2023.
- HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- JOSKOW, Paul L.; ROSE, Nancy L. *The effects of economic regulation*. Working paper, Massachusetts Institute of Technology, Dept. of Economics, n. 447, 1987.
- LIMA SOBRINHO, Luis Carlos dos Santos. *Controle de convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade no sistema interamericano de proteção dos direitos hu-*

- manos*. 2017. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas), Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2017. Disponível em: [https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/12940?locale=pt\\_BR](https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/12940?locale=pt_BR). Acesso em: 21 nov. 2023.
- LOPES, Othon de Azevedo. *Fundamentos da regulação*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- MITCHELL, William C.; SIMMONS, Randy T. *Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia*. Rio de Janeiro: Topbooks Editora e Distribuidora de Livros Ltda., 2003.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, v. 93, p. 201-232, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/MrhW55tXvNwHyZb4jWK6shB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 nov. 2023.
- NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.
- RAMOS, André de Carvalho. Direito internacional privado e seus aspectos processuais: a cooperação jurídica internacional. In: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagner (orgs.). *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Araraes Editores, 2015. cap 1, p. 2-16.
- REICH, Nobert. A crise regulatória: ela existe e pode ser resolvida? Análise comparativa sobre a situação da regulação social nos Estados Unidos e na Comunidade Econômica Europeia. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 23-54.

- ROCHA, Leonel Severo; SCHERBAUM, Julia Francieli Neves de. O manifesto do transconstitucionalidade para preservação do meio ambiente. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 14, n. 3, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31955>. Acesso em: 28 nov. 2023.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulamentação da atividade empresarial para o desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e desenvolvimento: novos temas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012. cap. 2, p. 60-72.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación*. Bogotá: Unibiblos ILSA, 1998.
- SCHYMURA, Luiz Guilherme. Regulação e aspectos institucionais brasileiros. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. cap 4, p. 111-142).
- SHELANSKI, Howard A. Information, innovation, and competition policy for the internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, p. 1663-1705, 2013. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol161/iss6/6/](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol161/iss6/6/). Acesso em: 28 nov. 2023.
- SILVA, Anamara Osório. *Jurisdição internacional e internet*. Belo Horizonte: Del Rey, 2022.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. *Law School Journals - University of Richmond Law Review*, v. 29, n. 1, p. 99-137, 1994. Disponível em: <https://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>. Acesso em: 28 nov. 2023.
- THE ECONOMIST. China has become a laboratory for the reg-



ulation of digital technology. *Revista The Economist*, sep. 2021. Disponível em: <https://www.economist.com/china/2021/09/11/china-has-become-a-laboratory-for-the-regulation-of-digital-technology>. Acesso em: 29 nov. 2023.

TIROLE, Jean. *Economia do bem comum*. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder*. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca Ltda., 2019. Edição do Kindle.



# OS *DISCLAIMERS* NA PUBLICIDADE DE MERCADO DE CAPITAIS: UMA ANÁLISE JURÍDICA-ECONÔMICA-COMPORTAMENTAL \*

Matheus Barbagallo Gomes de Souza

Resumo: O estudo analisa o papel dos *disclaimers* em materiais publicitários de mercado de capitais sob as perspectivas da Economia Comportamental e da Análise Econômica do Direito (AED). Embora esses avisos tenham a função de alertar os investidores sobre riscos, sua eficácia é questionável devido a fatores como assimetria informacional, viés cognitivo e sobrecarga de informações. A pesquisa explora, portanto, como os *disclaimers* influenciam a tomada de decisão dos investidores e discute se aqueles efetivamente protegem ou apenas cumprem um papel regulatório formal. Conclui-se que a formulação clara e acessível desses avisos é essencial para garantir que os investidores compreendam os riscos de forma eficiente, reduzindo o ruído informacional e promovendo um ambiente de maior transparência no mercado financeiro.

Palavras-Chave: *Disclaimers*, Economia Comportamental, Assimetria Informacional, Tomada de Decisão, Mercado de Capitais.

Abstract: This study analyzes the role of disclaimers in capital market advertising materials from the perspectives of Behavioral Economics and Law & Economics (L&E). Although these disclaimers aim to warn investors about potential risks, their effectiveness is questionable due to factors such as informational

---

\* Relatório apresentado como condição para a conclusão da disciplina de Análise Econômica do Direito, no Mestrado em Direito e Ciência Jurídica / Ciências Jurídico-Econômicas da FDUL.

asymmetry, cognitive bias, and information overload. The research explores how disclaimers influence investor decision-making and discusses whether they genuinely protect investors or merely fulfill a formal regulatory function. The study concludes that clear and accessible formulation of these warnings is essential to ensure investors properly understand risks, reducing informational noise and fostering greater transparency in the financial market.

**Keywords:** Disclaimers, Behavioral Economics, Information Asymmetry, Decision Making, Capital Markets.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Instrumentos para Alocar Riscos e Alinhar Incentivos. 2.1. Exemplos Típicos de *Disclaimers* em Materiais Publicitários. 2.2. Cláusulas Contratuais Gerais e Normas Supletivas *Contra Proferentem*. 2.3. Risco Moral ou Seleção Adversa? 3. Paternalismo Libertário e Comportamento. 3.1. A Relação entre Regulação e Cognição. 3.2. Eficiência Informacional. 4. Padrões Comportamentais e Tomada de Decisão. 4.1. Vieses Afetam a Interpretação de *Disclaimers* e a Avaliação de Riscos? 4.2. *Disclaimers* Afastam ou Protegem o Investidor? 4.3. *Disclaimers* e Racionalidade Limitada. 4.4. Arquitetura da Escolha e Estrutura da Informação. 5. Conclusões. 6. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar o papel econômico dos *disclaimers* presentes em materiais publicitários de investimento, à luz dos padrões comportamentais dos investidores, que avalia como vieses cognitivos afetam a interpretação das informações, e da necessidade de dados adequados para a tomada de decisão.

Quando inicia a leitura do material publicitário, o inves-

tidor se depara com *disclaimers*, que via de regra, iniciam-se com o seguinte alerta: “Esse Material Publicitário não se destina a ser considerado como aconselhamento para potenciais investidores em qualquer oferta de valores mobiliários futura e não constitui uma base para uma decisão de investimento informada. As informações contidas neste material não foram verificadas independentemente e não serão atualizadas.”

Tais *disclaimers*, que possuem introduções como a citada acima, têm como objetivo inicial alertar os investidores sobre eventuais riscos associados a produtos financeiros. No entanto, sua real eficácia na tomada de decisão é controversa. De um lado, há o argumento notório de que os *disclaimers* promovem transparência e alocação eficiente de riscos; e, de outro, evidencia-se que a complexidade e a assimetria informacional podem limitar seu impacto prático.

Neste sentido, há de observar que o comportamento dos investidores é um fator determinante para a dinâmica do mercado de capitais, influenciando preços, liquidez e volatilidade dos ativos financeiros.

Mesmo nos casos em que se busca menor risco, como os investimentos em valores mobiliários de renda fixa, aonde pressupõe-se maior atração de investidores que estão em busca de segurança e previsibilidade, a compreensão dos riscos associados a esses instrumentos de publicidade é essencial para tomadas de decisão eficientes.

Nesse contexto, os *disclaimers*, presentes em materiais publicitários desempenham um papel fundamental na transmissão de informações relevantes sobre os investimentos. Ou seja, a maneira na qual as informações são fornecidas aos investidores influenciam diretamente suas decisões, impactando percepções de risco e retorno<sup>1</sup>.

Diante desta abordagem, espera-se iluminar a seguinte

---

<sup>1</sup> KRAVET, Todd D. MUSLU, Volkan. “Textual Risk Disclosures and Investors’ Risk Perceptions.” *Review of Accounting Studies* 18, pp. 1088-1122, 2013. Página 31.

questão: os *disclaimers* possuem poder de afetação sobre o comportamento dos investidores?

Esta questão é crucial para entender se os aspectos contidos nos *disclaimers* auxiliam na tomada de decisão ou apenas cumprem um papel formal e regulatório ou mesmo se são interpretados erroneamente em razão da interferência de vieses cognitivos.

A Economia Comportamental oferece ferramentas relevantes para compreender os incentivos e impactos destes alertas sem partir da premissa regulatória da tutela do investidor. A análise dos *disclaimers* à luz dos vieses cognitivos e da eficiência informacional contribui para um debate mais equilibrado sobre a regulação do mercado de capitais.

A abordagem metodológica utilizada será teórica, com revisão bibliográfica para compreender a efetividade dos *disclaimers* na alocação de riscos e tomada de decisão dos investidores.

O relatório está dividido em quatro seções, além desta introdução. A segunda seção apresenta os *disclaimers* como instrumentos jurídicos e econômicos utilizados para alocar riscos e alinhar incentivos, discutindo sua estrutura contratual e os problemas decorrentes da assimetria de informações, como risco moral e seleção adversa. A terceira seção examina a relação entre regulação e cognição à luz do paternalismo libertário e da economia comportamental, enfocando a eficiência informacional e os limites da racionalidade dos investidores. Já a quarta seção analisa como os padrões comportamentais afetam a interpretação dos *disclaimers* e a tomada de decisão dos investidores, abordando vieses cognitivos, ruído decisório, racionalidade limitada e arquitetura da escolha. A quinta seção conclui o artigo com reflexões sobre a efetividade dos *disclaimers*, propondo diretrizes para sua reformulação a fim de melhorar a proteção do investidor sem gerar sobrecarga informacional.

## 2. INSTRUMENTOS PARA ALOCAR RISCOS E ALINHAR INCENTIVOS

### 2.1. EXEMPLOS TÍPICOS DE *DISCLAIMERS* EM MATERIAIS PUBLICITÁRIOS

Os *disclaimers* que acompanham os materiais publicitários geralmente estão consubstanciados em alertas aos investidores. De toda forma, visam uma exclusão de responsabilidade por parte dos coordenadores da oferta, apontando, entre outros, os seguintes aspectos:

- (i) Esse Material Publicitário não se destina a ser considerado como aconselhamento para potenciais investidores em qualquer oferta de valores mobiliários futura e não constitui uma base para uma decisão de investimento informada. As informações contidas neste material não foram verificadas independentemente e não serão atualizadas;
- (ii) Todas as opiniões e informações expressas neste Material Publicitário estão sujeitas a alterações e complementações sem aviso prévio;
- (iii) A leitura deste material publicitário não substitui a leitura cuidadosa dos documentos relativos à oferta;
- (iv) Este Material Publicitário apresenta informações resumidas, termos indicativos e sujeitos a alterações, não tendo intenção de ser completo, constituir um prospecto, um anúncio, uma oferta, um compromisso, um convite ou solicitação de oferta de subscrição, bem como não deve ser tratado como uma recomendação de investimento;
- (v) A decisão de investimento dos potenciais investidores é de sua exclusiva responsabilidade e demanda complexa e minuciosa avaliação de sua estrutura, bem como dos riscos inerentes ao investimento; e
- (vi) Ao iniciar a análise do presente Material Publicitário,

V.Sas. declaram ter concordado com todos os termos acima expostos.

O último *disclaimer* elencado acima reitera que aquele que lê o material possui a ciência e concordância acerca dos aspectos de exclusão de responsabilidade do coordenador da oferta pública de valores mobiliários. Em suma, consiste em uma declaração escrita cujo propósito é esclarecer ou delimitar a responsabilidade de uma empresa ou investidor quanto às informações ou produtos disponibilizados.

Frequentemente utilizados para mitigar riscos legais, esses avisos também cumprem a função de fornecer orientações relevantes a consumidores ou demais leitores. Sua importância reside na capacidade de estabelecer expectativas claras, bem como de resguardar a empresa ou investidor contra possíveis litígios. Além disso, os *disclaimers* contribuem para a proteção da privacidade dos usuários e asseguram a precisão e a veracidade das informações divulgadas.

Os *disclaimers* funcionam, neste íterim, como cláusulas de exclusão de responsabilidade, limitando riscos para as instituições emissoras e distribuindo a responsabilidade para os investidores.

Sob a ótica da teoria econômica dos contratos, as cláusulas ou disposições, se bem estruturadas, podem tornar os contratos ou a comunicação mais eficiente, estabelecendo claramente as obrigações e riscos de cada parte, bem como se houver assimetria de informação, os investidores podem ser prejudicados ao não compreenderem plenamente os riscos assumidos.

Neste sentido, vale apontar o pensamento de Fernando Araújo, que já alerta para as heterogeneidades envolvidas no que denomina “encontro de vontades”, apontando para eventual indução em erro em caso de assimetria informativa:

“O encontro de vontades defronta-se, ainda, com as dificuldades adicionais da heterogeneidade das partes, da assimetria informativa, da margem de retenção estratégica de informação “privada” – e até de indução em erro – que aquela assimetria



proporciona, tudo isto somado à extensão das contingências relevantes para a onerosidade, ou até para a sobrevivência, do contrato, e que serão tanto maiores quanto mais longa a duração prevista para ele.”<sup>2</sup>

A questão central é o equilíbrio entre a liberdade contratual e a necessidade de proteger os investidores de decisões mal embasadas ou de superficialidade informativa.

## 2.2. CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS E NORMAS SUPLETIVAS *CONTRA PROFERENTEM*

As cláusulas contratuais gerais se caracterizam por apresentarem cinco traços principais: unilateralidade, predeterminação, rigidez, generalidade e abstração. São disposições elaboradas previamente, destinadas a reger um número indeterminado de contratos no mercado.

Ainda que possam ser redigidas por terceiros, sua essência permanece unilateral, pois resultam da iniciativa exclusiva do predisponente e são formuladas antes de qualquer manifestação de aceitação pelo aderente.

Por serem aplicáveis a uma multiplicidade de relações contratuais futuras com partes indeterminadas no momento da redação, essas cláusulas possuem caráter abstrato e rígido, justamente para garantir uniformidade e previsibilidade.

Esses atributos são indispensáveis para que possam ser utilizadas de maneira padronizada, assegurando tratamento igualitário aos aderentes e conferindo segurança jurídica em um contexto de contratações massificadas. Ao padronizar termos e condições, contribuem também para a racionalização econômica das operações contratuais em mercados industrializados e altamente competitivos<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *Análise Econômica do Direito dos Contratos: Uma nova abordagem do direito contratual como redutor das falhas de mercado*. Londrina/Paraná. Thoth Editora. 2021. Prefácio.

<sup>3</sup> ARAUJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Livraria Almedina. Coimbra.

No campo do Direito Contratual, os *disclaimers* – considerada sua presença em materiais publicitários de investimento – podem ser identificados como expressões típicas das cláusulas contratuais gerais, caracterizadas por serem disposições previamente elaboradas de forma unilateral e aplicáveis a uma multiplicidade indeterminada de relações jurídicas.

Essa natureza predisposta suscita questões relevantes, sobretudo no que concerne à assimetria informacional e ao risco de abuso da posição dominante da parte redatora, uma vez que o destinatário, notadamente o investidor, em regra não dispõe de oportunidade real de negociar ou modificar seu conteúdo.

Em situações em que tais cláusulas apresentam redação ambígua, obscura ou potencialmente abusiva, podem incidir as normas supletivas *contra proferentem*, que atuam como instrumentos de correção e equilíbrio contratual ao determinar que eventuais dúvidas sejam interpretadas em desfavor de quem elaborou o texto.

Em síntese, essas normas têm por objetivo desencorajar práticas que explorem a assimetria existente entre o proponente e o aderente, impedindo a aplicação de cláusulas abusivas contra este último. Além disso, determinam que eventuais ambiguidades sejam interpretadas em benefício do aderente, obrigam o proponente a promover a adequada divulgação dos termos contratuais e estabelecem sanções caso se verifique abuso da posição de superioridade contratual.

Essa presunção protetiva, por sua vez, cumpre uma função essencial na regulação informacional, mitigando os riscos associados ao dolo, à indução em erro e à opacidade típica das cláusulas gerais.

Dessa forma, observa-se que as cláusulas contratuais gerais, enquanto predispostas a acentuar a assimetria de informação, assumem relevância significativa no Direito Civil contemporâneo, impondo ao ordenamento jurídico a necessidade de

mecanismos supletivos capazes de contrabalançar seus efeitos e assegurar maior equidade nas relações contratuais.

Paralelamente, há que se observar o que o ordenamento jurídico brasileiro já prevê, nomeadamente, quando refere-se à contratos de adesão, que cláusulas ambíguas ou contraditórias devem ser interpretadas de maneira mais favorável à parte que aderiu ao contrato, ou seja, em havendo dúvida acerca do significado de uma cláusula em um contrato de adesão, prevalecerá a interpretação que seja mais vantajosa para o aderente – nos termos do artigo 423 do Código Civil.

Assim, nota-se que estas cláusulas protegem a parte que detém a menor quantidade de informações, bem como a tentativa de exclusão de responsabilidade pelo detentor de mais informações figura como um ato, muitas vezes, inócuo.

### 2.3. RISCO MORAL OU SELEÇÃO ADVERSA?

Avalia-se a situação do investidor.

No momento da busca por produtos, títulos ou demais valores mobiliários para investir, ele realiza um “garimpo” relacionado à adequação de seu perfil de investimento – muitas vezes auxiliado por um assessor de investimentos – chamado *suitability*.

Portanto, depara-se com diversos materiais publicitários que, para além do anúncio, contém uma série de informações atinentes ao valor mobiliário em si, bem como contém diversos alertas, avisos e advertências – consubstanciados em um *disclaimer*.

De tal modo, observa-se que de um lado está o investidor – que ainda não efetuou a compra do valor mobiliário –, e, de outro lado está a empresa (fundo de investimento, que comercializa suas cotas; companhia que está emitindo um título de dívida corporativa; ou mesmo uma sociedade anônima que está pulverizando suas ações em mercado de bolsa).

Porém, no momento da oferta de um valor mobiliário, ou seja, no momento do anúncio, as empresas associam-se aos bancos (ou coordenadores da oferta), que possuem a função de intermediar a venda do valor mobiliário e de criarem os materiais publicitários.

Em suma, há a seguinte relação: o investidor, em busca de um produto de um investimento, de um lado; e, de outro, a empresa e os bancos.

Diante desta relação, nota-se que a empresa e os bancos (ora coordenadores da oferta) possuem o maior número de informações, bem como realizaram uma análise profunda dos aspectos jurídico-econômicos da empresa que está comercializando o valor mobiliário.

Por aspectos jurídico-econômicos da empresa, pode-se elencar, de modo geral, particularidades relacionadas ao nível de endividamento, natureza e quantidade de ações judiciais, parceiros e fornecedores, composição de diretoria e políticas de governança corporativa, fluxo de caixa e recebíveis, lucro e faturamento, perfil de crédito, planos de negócio, etc.

No âmbito da teoria econômica dos contratos e da análise econômica do direito, o aspecto mais valioso deste tópico chama-se informação. Quem detém a informação? Quem melhor avaliou as informações disponíveis? Quem pode realizar previsões acerca das informações? A resposta para essas perguntas é simples. É o pólo da empresa e dos bancos.

Muitos investidores leigos, por mais que estejam assessorados ou detenham algum conhecimento em valores mobiliários e mercado de capitais, figuram, naturalmente, em uma posição menos resguardada.

Veja, ao falar-se de investimento, cumpre ressaltar que se fala de riscos. Tratando-se de um investimento em renda fixa, observa-se, genericamente, um investimento de menor risco. Por outro lado, num investimento em ações (ou renda variável), o risco é maior e imprevisível – sendo mensurado, ainda, pelo va-

lor investido.

Considerados os aspectos relacionados às partes envolvidas neste negócio jurídico, deve-se avaliar, sob o prisma da assimetria informacional, se evidencia-se uma relação em que será vislumbrada a presença de risco moral ou de seleção adversa.

Para tanto, cumpre realizar alguns esclarecimentos acerca destes dois conceitos.

O risco moral (*moral hazard*) surge quando uma das partes assume riscos excessivos por não arcar diretamente com suas consequências. *Disclaimers* podem mitigar esse problema ao explicitar os riscos, mas também podem gerar efeito oposto caso os investidores os interpretem como salvaguardas excessivas.

Risco moral, genericamente, tende a revelar a presença de comportamento oportunista após a formalização do contrato. Nesse contexto, ocorre uma ação oculta: quando a conduta de uma das partes não pode ser observada nem pela contraparte nem pelo sistema judiciário, torna-se impossível elaborar um contrato que condicione suas cláusulas à realização dessa ação não verificável. Vide o que esclarece Fernando Araújo:

“É comum sublinhar-se que a expressão <<risco moral>> (<<*moral hazard*>>) não tem, ao contrário das aparências, qualquer conotação moral, e designa apenas o facto de as soluções de distribuição de risco entre as partes num contrato poderem afectar os incentivos de uma ou ambas – circunstância determinante quando o cumprimento do contrato dependa desse facto <<endógeno>> que é a conduta das partes. Sendo certo que a expressão não denota necessariamente qualquer perversão moral (embora abarque também abusos fraudulentos), contudo ela tem uma clara conotação negativa, ao menos porque ela sugere que há alguma <<miopia>> na gestão do recurso comum que é a confiança recíproca das partes no cumprimento pontual das suas obrigações e no acatamento estrito das estipulações contratuais.”<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Livraria Almedina. Coimbra. 2007. Páginas 287 e 288.

Esse fenômeno geralmente decorre da assimetria de informação entre as partes envolvidas em uma relação econômica ou contratual, abrindo espaço para tal comportamento oportunista.

Para fins de ilustração do risco moral, cumpre fornecer um exemplo clássico, que no caso, trata-se da contratação de seguros. Ao saber que será indenizado em caso de perda, o segurado pode agir de forma mais negligente em relação à proteção de seus bens.

Para mitigar esse tipo de risco, a AED propõe mecanismos baseados na estruturação de incentivos alinhados, como cláusulas contratuais que promovam um equilíbrio adequado na distribuição de riscos e benefícios.

Assim, entre as soluções aplicáveis, destacam-se bônus de desempenho e regras que aumentem a transparência, reduzindo a assimetria de informação. O direito pode atuar, portanto, como ferramenta para corrigir falhas de mercado e minimizar comportamentos ineficientes associados ao risco moral.

Por outro lado, o comportamento oportunista entre agentes que realizam transações pode ocorrer de forma antecipada, caracterizando o que a literatura econômica denomina de seleção adversa (*adverse selection*).

Esse fenômeno ocorre quando informações relevantes são ocultadas, permitindo que uma das partes, detentora de conhecimento privado e não verificável, saiba previamente que imporá custos adicionais à outra parte contratante, como também observa Fernando Araújo:

“No seio do contrato, a selecção adversa manifesta-se em múltiplas dimensões, que vão desde a escolha de parceiros contratuais até à compatibilização de incentivos entre as partes e à configuração concreta dos termos contratuais: aquele que procura uma solução contratual, ignorando as características dos potenciais parceiros e as intenções deles (que para ele são <<experience goods>>, insusceptíveis de revelarem as suas características senão *ex post*), oferece condições contratuais *medianas* que afastam os melhores parceiros potenciais – aqueles

que, conhecendo as suas próprias características e julgando-se acima da mediana, considerem desvantajosas as condições propostas - . Sucede que as condições iniciais já não são medianas para a <<metade pior>> que subsiste, e isso aconselhará uma degradação das condições contratuais oferecidas, e assim sucessivamente, até por fim as condições serem aceitáveis apenas pelo pior dos potenciais parceiros contratuais, o último com quem inicialmente haveria a intenção de contratar: rematando-se assim o processo de selecção adversa com um verdadeiro e próprio <<colapso da contratação>>.”<sup>5</sup>

Como resultado, agentes que geram custos mais elevados tendem a firmar contratos com maior frequência a um preço previamente estabelecido.

Em suma, a selecção adversa apresenta os seguintes problemas:

- (i) assimetria de informação antes da relação se iniciar;
- (ii) aceitação depende das oportunidades alternativas do agente; e
- (iii) assimetria de informação resultar da posse, pelo agente, de informação privada (ou privilegiada, em alguns cenários).

A selecção adversa pode ser ilustrada ao considerar dois perfis de vendedores de automóveis usados: (i) aqueles que mantiveram o veículo em boas condições com manutenção regular; e (ii) aqueles que foram negligentes. Ao olhar do comprador, ambos parecem idênticos, pois, como leigo, não consegue distinguir a qualidade real dos veículos. Essa assimetria informacional faz com que vendedores cuidadosos exijam preços mais altos, enquanto os negligentes aceitam valores menores.

Embora os consumidores saibam da existência desses dois perfis de vendedores, a incapacidade de identificar a qualidade individual dos automóveis os leva a oferecer um preço médio. Se esse valor for inferior à expectativa dos vendedores de veículos bem conservados, estes podem se retirar do mercado,

---

<sup>5</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Livraria Almedina. Coimbra. 2007. Página 285.

restando apenas os carros de pior qualidade.

Assim, a assimetria informacional compromete a eficiência do mercado e favorece a comercialização de bens inferiores.

Esse problema não se restringe ao mercado de bens de consumo, afetando também setores como o de trabalho e investimentos. A falta de informação confiável pode prejudicar a alocação eficiente de recursos, resultando em ineficiências e reduzindo a qualidade das transações econômicas e sociais.

Feita essa comparação e análise conceitual, há de ser avaliado qual destes dois aspectos apresenta-se na relação com o investidor e se faz presente nos materiais publicitários e, consequentemente, possui influência sobre os *disclaimers*.

Nas relações de investimento, o risco moral surge quando há uma separação entre quem assume os riscos e quem toma as decisões, permitindo ações oportunistas. Esse problema ocorre, por exemplo, quando gestores de fundos de investimento adotam estratégias excessivamente arriscadas para maximizar retornos no curto prazo, confiando que eventuais prejuízos serão absorvidos pelos investidores.

Da mesma forma, executivos podem priorizar ganhos imediatos em detrimento da sustentabilidade da empresa, e investidores institucionais podem assumir riscos elevados na expectativa de intervenção governamental caso enfrentem perdas significativas.

Diante desse cenário, é fundamental desenvolver mecanismos que alinhem interesses e reduzam incentivos ao comportamento oportunista, promovendo maior eficiência e estabilidade nos mercados financeiros.

Para mitigar esses riscos, contratos de investimento costumam incluir cláusulas como: (i) remuneração baseada em desempenho (exemplo: *hedge funds* que cobram taxa de performance); (ii) *lock-up periods* (restrições de resgate para evitar decisões impulsivas); e/ou (iii) regras de governança para evitar



abusos por parte dos gestores.

Materiais publicitários sobre investimentos podem induzir ao risco moral se forem elaborados de forma excessivamente otimista, omitindo riscos ou supervalorizando retornos.

Alguns exemplos de risco moral nessa área incluem: (i) uso de linguagem enganosa ou excessivamente otimista, sugerindo ganhos garantidos; ou (ii) foco em ganhos passados sem esclarecer que não garantem retornos futuros; e/ou falta de clareza sobre riscos reais, especialmente em produtos complexos como derivativos ou criptomoedas.

Os *disclaimers* em materiais de investimento são ferramentas jurídicas para mitigar o risco moral e proteger tanto investidores quanto empresas emissoras de produtos financeiros, possuindo a função de reduzir assimetria de informação, alertando investidores sobre os riscos reais, de modo a evitar alegações de indução ao erro, protegendo empresas contra litígios e incentivando a diligência por parte dos investidores.

Exemplos comuns de *disclaimers* em materiais publicitários de investimento seguem a linha da atenção e da advertência, como por exemplo: “Este material não constitui recomendação de investimento.”, “Os investimentos envolvem riscos e podem resultar em perdas do capital investido.” e “Retornos passados não garantem rentabilidade futura.”

O risco moral nos contratos de investimento, materiais publicitários e *disclaimers* está diretamente ligado à assimetria de informação e à separação entre quem toma as decisões e quem assume os riscos. O direito e a regulação buscam minimizar esses problemas por meio de cláusulas contratuais, exigências regulatórias sobre publicidade e *disclaimers* claros, criando um ambiente mais equilibrado e eficiente para os investimentos.

Logo, cumpre destacar que os *disclaimers* figuram com a importante função de redução da possibilidade de ocorrência do risco moral – aspecto considerado pelo regulador brasileiro no momento da elaboração da Resolução CVM nº 160 de 2022

(RCVM 160).

Porém, a relação jurídica existente prescinde a existência de seleção adversa.

Ou seja, mesmo com a presença de *disclaimers*, avalia-se a situação na qual uma das partes – bancos e empresa – detém não apenas a maior quantidade de informações, mas realizaram estudos aprofundados acerca do cenário da empresa que está comercializando o valor mobiliário.

A velha máxima de que “informação é poder” é bastante evidente.

A seleção adversa pressupõe a existência de informações no momento anterior à formalização da relação jurídica. Os *disclaimers*, neste caso, figuram como forte ferramenta de exclusão de responsabilidade do pólo “banco-empresa”.

As empresas emissoras e instituições financeiras intermediárias detêm informações privilegiadas sobre a real situação econômico-financeira dos ativos ofertados, incluindo riscos associados.

Os investidores, especialmente os menos experientes, têm acesso apenas às informações divulgadas nos materiais publicitários, que podem ser estruturados para destacar aspectos positivos e minimizar riscos.

Como resultado, investidores podem adquirir ativos sem conhecer plenamente sua qualidade, potencialmente levando à alocação ineficiente de capital e à retirada de investidores mais cautelosos do mercado.

Portanto, a relação entre investidores e empresas/bancos ilustra a seleção adversa, pois a assimetria informacional pode induzir decisões subótimas, impactando a eficiência do mercado e comprometendo a alocação ideal de recursos.

### 3. PATERNALISMO LIBERTÁRIO E COMPORTAMENTO

#### 3.1. A RELAÇÃO ENTRE REGULAÇÃO E COGNIÇÃO

O paternalismo libertário<sup>6</sup>, popularizado em 2008 com o livro *Nudge - Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, apresenta-se como uma abordagem normativa para a formulação de políticas públicas e privadas. A teoria parte do pressuposto de que os indivíduos frequentemente tomam decisões subótimas devido a falhas cognitivas inerentes ao processo decisório.

A cognição humana, responsável pelo processamento e armazenamento de informações, não opera de maneira perfeita, o que pode resultar em distorções no raciocínio e na tomada de decisões. Dessa forma, o paternalismo libertário propõe mecanismos que auxiliam os indivíduos a fazerem escolhas mais benéficas sem comprometer sua autonomia.

A teoria busca facilitar a tomada de decisão dos cidadãos por meio de influências sutis em seu comportamento. Embora tenha um viés paternalista, suas estratégias preservam o livre-arbítrio, garantindo que as pessoas continuem livres para escolher o que consideram melhor para si. Ou seja, possui cunho não intrusivo, de modo que não haja instituição de preceitos coercitivos sobre o processo de decisão.

Dado que as decisões já são influenciadas por fatores sociais e que os indivíduos enfrentam falhas cognitivas, por que não direcionar essa influência para melhorar suas vidas?

Logo, os autores fundamentam o viés paternalista na economia comportamental, que questiona a racionalidade das decisões humanas. Eles chamam os formuladores de políticas de "arquitetos de escolhas", responsáveis por estruturar influências no processo decisório.

No âmbito da regulação brasileira de mercado de capitais, que é de competência da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o material publicitário, se utilizado, deve, obrigatória-

---

<sup>6</sup> THALER, Richard H. SUSNTEIN, Cass. R. "Libertarian Paternalism". *The American Economic Review*, 93, Número 2. 2003. pp. 175-179.

mente, advertir que se trata de investimento de risco, nos termos do art. 12, §4º, III da RCV 160.

O inciso I deste mesmo parágrafo evidencia o alerta regulatório no qual observa que nas ofertas em que é obrigatória a divulgação de prospecto, deve-se afirmar que um prospecto preliminar ou definitivo foi divulgado, conforme o caso, e indicar onde ele pode ser obtido, além da advertência em destaque: *“Leia o prospecto antes de aceitar a oferta e em especial a seção dos fatores de risco”*<sup>7</sup>.

Para fins de maiores esclarecimentos acerca da elaboração e estrutura das ofertas públicas de valores mobiliários, a CVM no ano de 2021 emitiu o Ofício-Circular nº 1/2021-CVM/SRE, de 1º de março de 2021, cujo assunto é: “Orientações gerais sobre procedimentos a serem observados pelos emissores/ofertantes e intermediários em ofertas públicas de valores mobiliários”.

E para tanto, os materiais publicitários possuem caráter abrangente para fins de pulverização da informação, como demonstra o inciso XII do art. 2º da RCV 160:

“considera-se material publicitário: cartas, anúncios, avisos, mensagens e similares, especialmente por meio de comunicação de massa impresso, audiovisual, ou eletrônico, assim como qualquer outra forma de comunicação de ampla disseminação, com estratégia mercadológica e comercial dirigida ao público investidor em geral com o fim de promover a subscrição ou aquisição de valores mobiliários”.

Referido ofício, em seu tópico 2.1.18.1 prevê as recomendações para a elaboração de material publicitário, mais precisamente em materiais escritos (impressos, enviados por e-mail ou disponíveis em sites), contendo as seguintes orientações:

“Conforme o disposto no §2º do art. 50 da Instrução CVM nº 400/2003, que o material publicitário seja elaborado em linguagem serena e moderada. Neste sentido, que o material publi-

---

<sup>7</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS – CVM. Resolução nº 160, de 13 de julho de 2022. Disponível em: <https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol160.html>.

tário presente, por exemplo, os fatores de risco da Oferta em letra de tamanho equivalente ao da utilizada nas informações favoráveis à Oferta que dele constarem. Outro exemplo: se as informações favoráveis à Oferta ocupam sete páginas do material publicitário e a seção de fatores de risco ocupa sete páginas do prospecto, essa seção pode ser integralmente transcrita no material publicitário. No entanto, se o material publicitário tem apenas duas páginas, pode ser suficiente a inclusão dos títulos dos fatores de risco, se autoexplicativos, ou de um resumo dos fatores de risco. Busca-se, assim, um equilíbrio entre as informações “favoráveis” e “desfavoráveis” no material publicitário.

É importante salientar que a apresentação dos fatores de risco deve ser parte integrante do corpo do material publicitário, não podendo ser colocada em anexos ou de qualquer forma que possa transparecer que se encontra destacada do restante do material.

Quando o material publicitário adotar a forma de perguntas e respostas, que mantenha um equilíbrio entre as respostas favoráveis e desfavoráveis à oferta. Nesse sentido, que contenha perguntas acerca do risco da operação, tais como “posso perder todo o dinheiro investido?”, “como faço para saber todos os riscos desse investimento?” etc.”<sup>8</sup>

Sob a luz do conceito de paternalismo libertário, que propõe que as políticas públicas e regulações sejam desenhadas para influenciar o comportamento dos indivíduos em direção a decisões mais benéficas, sem restringir completamente sua liberdade de escolha, vale a análise do conteúdo do ofício supracitado.

De início, a exigência na qual o material publicitário deve apresentar as informações favoráveis e desfavoráveis de forma equilibrada é um exemplo do paternalismo libertário, uma vez que este ato infralegal reconhece que investidores podem não ser completamente racionais e podem ser influenciados por vieses cognitivos, como o excesso de otimismo ou a aversão à perda.

Portanto, ao exigir que os fatores de risco sejam destaca-

---

<sup>8</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Ofício-Circular nº 1/2021-CVM/SRE, de 1º de março de 2021.

dos de maneira equivalente às informações positivas, a CVM atua como arquiteto do ambiente de decisão do investidor, ajudando-o a tomar uma decisão mais informada, sem proibir a divulgação do material publicitário ou restringir diretamente a compra do ativo.

Além disso, a exigência de um formato de perguntas e respostas, incluindo questões sobre possíveis perdas, também segue a lógica do paternalismo libertário. Isso porque leva o investidor a considerar cenários negativos que ele poderia ignorar, "empurrando-o" para uma avaliação mais racional do investimento. Assim, a norma não impede que o indivíduo invista, mas melhora o ambiente de escolha para reduzir erros causados por falhas comportamentais.

Dessa forma, resta evidente a correlação entre as lições das ciências comportamentais e sua consequente aplicação em âmbito regulatório. Além disso, torna-se relevante examinar em que medida a percepção de segurança jurídica e a qualidade do ordenamento jurídico — e, em última instância, a solidez ou fragilidade do Estado de Direito — impactam a efetividade e a aceitação de abordagens baseadas no paternalismo libertário, fundamentadas nas percepções da economia comportamental.

### 3.2. EFICIÊNCIA INFORMACIONAL

Quando aplicada ao contexto das regulamentações financeiras, a AED oferece *insights* importantes sobre a relação entre a transparência das informações, a minimização de assimetrias informacionais e a eficiência das transações no mercado.

O conceito de assimetria de informação é central na AED e refere-se a situações em que uma das partes em uma transação possui mais ou melhores informações do que a outra, o que pode levar a decisões ineficientes e a um resultado subótimo para ambas as partes — como aponta Paulo Furquim de Azevedo:

“Se a informação é difícil de ser obtida, exigindo experimentação ou alguma forma de monitoramento do processo produtivo,

é de se esperar que as partes contratantes não disponham do mesmo conjunto de informações. Se uma parte conhece algo que a outra desconhece – ou seja, há alguma informação assimétrica –, dois tipos de problemas podem emergir na elaboração de contratos: a seleção adversa e o risco moral.”<sup>9</sup>

Em mercados financeiros, por exemplo, os investidores podem não ter acesso completo a informações relevantes sobre os investimentos e/ou títulos que estão adquirindo, o que pode levar a escolhas mal informadas e a um risco maior de perdas financeiras.

Uma regulação eficiente busca reduzir essas assimetrias, garantindo que todas as partes tenham acesso a informações claras e precisas, o que facilita a tomada de decisão e melhora a alocação de recursos no mercado.

No entanto, pode-se sugerir que a regulação não deve ser excessiva, pois pode, paradoxalmente, agravar a situação. *Disclaimers*, que são advertências e esclarecimentos sobre os riscos e características de um determinado instrumento financeiro, podem ser ferramentas eficazes para reduzir incertezas. Contudo, sua eficácia depende da forma como são estruturados.

*Disclaimers* extensos e excessivamente técnicos podem ter o efeito contrário ao desejado, dificultando a compreensão do público geral, especialmente de investidores leigos.

Ao invés de aumentar a transparência, podem obscurecer a clareza das informações, criando um ambiente de sobrecarga informacional, onde a quantidade de dados apresentados acaba confundindo o investidor em vez de ajudá-lo a tomar uma decisão mais informada.

A sobrecarga informacional é um fenômeno em que a quantidade de informações disponibilizadas excede a capacidade do indivíduo de processá-las de forma eficaz, o que pode resultar em um estado de paralisia decisória. No contexto finan-

---

<sup>9</sup> ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro. Editora Elsevier. 2005. Página 122.

ceiro, isso significa que, ao invés de facilitar a análise e a escolha de investimentos, uma regulação excessiva ou a proliferação de *disclaimers* pode tornar o processo decisório mais complexo e até contraproducente.

Para investidores não especializados, o volume de informações técnicas e avisos legais pode criar uma sensação de incerteza, dificultando a avaliação dos riscos reais envolvidos nas transações.

Esse fenômeno tem implicações práticas significativas. Ao invés de proteger os investidores, uma regulação excessiva pode criar um ambiente onde as decisões de investimento são mais difíceis de serem tomadas, não devido à falta de informações, mas pela dificuldade de interpretar um mar de dados que não necessariamente contribuem para obtenção de maior clareza.

Assim, a regulação deve encontrar um equilíbrio, fornecendo informações relevantes de forma clara e acessível, sem sobrecarregar os investidores com uma quantidade de dados que possa gerar confusão e atrasar a tomada de decisões.

As relações contratuais de longo prazo, como as que envolvem investimentos, podem ser vulneráveis à assimetria de informações, o que pode resultar em disfunções oportunistas<sup>10</sup>. Quando uma das partes possui informações relevantes que não compartilha, ela pode explorar a situação em seu benefício, agindo de forma a maximizar seus ganhos em detrimento dos interesses da contraparte. Neste sentido, Fernando Araújo argumenta:

“Por outras palavras, o inacabamento contratual pode tornar-se crítico se os investimentos – pela sua especificidade, pelo seu nível *ex ante* ou pelas titularidades que envolvem, pelo tipo de dependências estruturais de que emergem – geram uma espécie de <<efeito de *lock-in*>> que expõe o investidor ao oportunismo da contraparte, gerando-se o impasse do <<*holdup*>>.”

---

<sup>10</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Livraria Almedina. Coimbra. 2007. Página 633.



No caso de *disclaimers* extensivos, a dificuldade de entender os termos e condições pode levar o investidor a não perceber riscos importantes, ou até mesmo ser enganado pela complexidade das informações apresentadas.

Essa falta de incentivos para adotar práticas prudentes pode agravar a assimetria de informações e prejudicar a confiança do mercado.

Em suma, a Análise Econômica do Direito aplicada ao campo das regulamentações financeiras sublinha a necessidade de encontrar um equilíbrio entre proteção e eficiência. A regulação deve atuar para reduzir as assimetrias de informação sem criar sobrecarga informacional, que pode dificultar a tomada de decisões racionais pelos investidores.

A eficiência informacional depende da criação de um ambiente onde as informações sejam acessíveis, claras e relevantes, permitindo que os investidores tomem decisões informadas e que as instituições financeiras sejam incentivadas a atuar de forma diligente.

A regulação eficaz, portanto, deve promover a transparência, minimizar a assimetria de informações e evitar criar barreiras desnecessárias para uma tomada de decisão racional.

#### 4. PADRÕES COMPORTAMENTAIS E TOMADA DE DECISÃO

##### 4.1. VIESES AFETAM A INTERPRETAÇÃO DE *DISCLAIMERS* E A AVALIAÇÃO DE RISCOS?

A Economia Comportamental, identifica, entre outros vieses cognitivos, o excesso de confiança e aversão à perda, que podem impactar a maneira na qual investidores interpretam os *disclaimers*. Avisos de risco podem ser subestimados ou gerar reatância psicológica.

A economia comportamental demonstra que os investi-

dores frequentemente tomam decisões baseadas em atalhos mentais (ou heurísticas), influenciados por vieses como:

- (i) excesso de confiança – investidores podem ignorar *disclaimers* acreditando que têm conhecimento suficiente para avaliar riscos<sup>11</sup>;
- (ii) aversão à perda – pode levar os investidores a supervalorizar promessas de retorno e minimizar advertências<sup>12</sup>;
- e
- (iii) efeito enquadramento – a forma como as informações são apresentadas influencia a percepção e interpretação<sup>13</sup>.

O viés é uma causa ou consequência de um ruído?

Os indivíduos têm vieses. Então, por exemplo, no âmbito do poder judiciário, alguns juízes são mais severos do que outros. Por vezes, quando há casos que envolvem uma vítima idosa, possivelmente haverá impacto sentimental no julgador.

Ou seja, os juízes têm vieses, cada juiz tem seus próprios vieses, os vieses não são os mesmos e a variabilidade dos vieses causa o ruído.

Se todos tivessem o mesmo viés, então seria viés e somente viés, mas quando eles têm diferentes vieses, isso é ruído. Ruído, portanto, é outra coisa, é como a ocorrência inesperada de uma tempestade num dia ensolarado ou mesmo se um juiz teve tempo suficiente para almoçar antes de proferir uma importante sentença.

O sentimento pode ser um ruído que afeta a sua capacidade e forma de decisão.

Um dos tipos de ruído é aquele que considera a individualidade. Ou seja, dentro do indivíduo. Quando é apresentado um

---

<sup>11</sup> ÁVILA, Flávia. BIANCHI, Maria Ana. *Guia de Economia Comportamental e Experimental*. 1ª Edição. São Paulo: EconomiaComportamental.org. 2015. Página 367.

<sup>12</sup> ÁVILA, Flávia. BIANCHI, Maria Ana. *Guia de Economia Comportamental e Experimental*. 1ª Edição. São Paulo: EconomiaComportamental.org. 2015. Página 363.

<sup>13</sup> ÁVILA, Flávia. BIANCHI, Maria Ana. *Guia de Economia Comportamental e Experimental*. 1ª Edição. São Paulo: EconomiaComportamental.org. 2015. Página 367.

mesmo problema, para um mesmo indivíduo, porém, em diferentes ocasiões o resultado ou a conclusão será diferente a depender da ocasião. Em suma, a ocasião é a variável. Exemplos como alimentar-se bem, estar ou não doente, estar ou não de bom humor, etc.

Alguns, inclusive, tomam como base decisória algumas decisões anteriores. Ou seja, tomar a mesma decisão que tomada antes para o mesmo caso. Ainda utilizando o exemplo dos juízes, se ele foi severo em um caso anterior, dificilmente será benevolente num caso futuro que trate do mesmo assunto ou matéria.

Há, portanto, diversos aspectos internos que causam variabilidade na pessoa tomadora da decisão.

A teoria do ruído, conforme apresentada por Daniel Kahneman, diferencia ruído e viés como componentes distintos que afetam a tomada de decisão humana. O viés é sistemático e previsível, enquanto o ruído representa variabilidades aleatórias e indesejadas nas decisões<sup>14</sup>.

No contexto dos investimentos, percebe-se que os investidores apresentam diferentes graus de aversão ao risco ou otimismo, que variam não apenas entre si, mas também dentro do próprio indivíduo ao longo do tempo. Se todos os investidores apresentassem o mesmo viés, a previsibilidade seria maior e o erro resultante seria unicamente um viés sistemático. Entretanto, como cada investidor possui vieses distintos e estes se manifestam de formas variadas conforme a situação, surge o ruído decisório.

Avaliado sob o prisma deste relatório, há quatro diferentes perspectivas de ruído:

- (i) Entre investidores: Cada investidor tem sua própria inclinação para o risco ou a prudência, criando disparidades na escolha de ativos para perfis semelhantes;

---

<sup>14</sup> KAHNEMAN, Daniel. SIBONY, Olivier. SUNSTEIN, Cass R. *Ruído: Uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Objetiva. 2021. Página 349.

- (ii) Dentro do próprio investidor: O mesmo investidor pode tomar decisões distintas para oportunidades idênticas dependendo de fatores como humor, estado físico ou mesmo o horário do dia;
- (iii) Circunstancial: Elementos externos, como a forma de apresentação dos *disclaimers* em materiais publicitários ou eventos econômicos recentes, podem influenciar as decisões de forma imprevisível; e
- (iv) Gerado pelos *disclaimers*: Os *disclaimers* em materiais publicitários de investimento, especialmente aqueles que destacam riscos de forma enfática, podem atuar como fontes de ruído na decisão do investidor. Dependendo da forma como são redigidos e apresentados, esses avisos podem gerar incerteza excessiva ou até mesmo medo desproporcional, levando a decisões que não necessariamente refletem uma análise racional e fundamentada do investimento. Dessa forma, em vez de apenas informar, esses *disclaimers* podem contribuir para a variabilidade nas escolhas e afetar a consistência das decisões tomadas.

Essa variabilidade demonstra como o ruído pode comprometer a consistência e a racionalidade no ato de decidir. Se um investidor decide de forma diferente para ativos semelhantes apenas porque estava mais confiante ou ansioso em determinado dia, isso caracteriza um ruído prejudicial ao processo de tomada de decisão.

Uma das soluções sugeridas por Kahneman para mitigar o ruído é a implementação de protocolos padronizados que guiem as decisões e reduzam a interferência de fatores subjetivos. No mercado financeiro, isso pode significar diretrizes mais claras para análise de investimentos ou o uso de algoritmos para auxiliar na uniformização das escolhas<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> KAHNEMAN, Daniel. SIBONY, Olivier. SUNSTEIN, Cass R. *Ruído: Uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Ed-

Em suma, o ruído é um problema inerente à tomada de decisão humana, gerado por diferenças individuais, circunstanciais e momentâneas. Sua redução é essencial para aumentar a previsibilidade e a qualidade das decisões, especialmente em áreas críticas como o mercado de investimentos.

#### 4.2. *DISCLAIMERS* AFASTAM OU PROTEGEM O INVESTIDOR?

Os *disclaimers* inseridos em materiais publicitários de investimentos desempenham um papel crucial na comunicação de riscos ao investidor, devendo, idealmente, ser formulados de maneira clara, direta e objetiva. A principal finalidade dessas advertências é assegurar que os investidores compreendam as incertezas inerentes aos produtos financeiros, permitindo-lhes tomar decisões informadas.

No entanto, a eficácia desses avisos não se resume apenas à sua presença nos materiais promocionais, mas depende significativamente de sua formulação e apresentação.

Quando bem estruturados, os *disclaimers* podem contribuir para uma maior transparência no mercado financeiro, mitigando a assimetria informacional entre emissores e investidores. Contudo, quando redigidos de maneira excessivamente técnica ou jurídica, podem resultar no efeito oposto, tornando-se uma barreira à compreensão dos riscos envolvidos.

Em muitos casos, os *disclaimers* são extensos e formulados com terminologia altamente técnica e jurídica, o que pode dificultar a assimilação das informações por investidores leigos. Essa complexidade pode levar à desconsideração do aviso por parte do público-alvo, prejudicando a efetividade do próprio mecanismo de proteção que se pretende instituir.

A literatura econômica sobre comportamento do investidor sugere que a sobrecarga informacional reduz a capacidade

de processamento e análise de dados<sup>16</sup>, podendo, inclusive, gerar uma falsa sensação de segurança nos investidores, que passam a ignorar informações essenciais sobre riscos.

Além disso, os *disclaimers* também operam como salvaguardas legais para os emissores e coordenadores das ofertas de investimento. Ao incluir aspectos relativos à exoneração de responsabilidade, essas entidades buscam reduzir riscos jurídicos e minimizar eventuais litígios decorrentes de perdas financeiras sofridas pelos investidores.

No entanto, em contratos de adesão, como aqueles firmados em investimentos financeiros, possuem cláusulas podem ser interpretadas como desproporcionais, uma vez que os investidores, especialmente os de varejo, possuem pouca ou nenhuma margem de negociação sobre seus termos.

Nesse sentido, a transparência e a simetria informacional tornam-se fatores essenciais para equilibrar a relação entre emissores e investidores, evitando abusos que possam comprometer a confiança no mercado financeiro.

Um problema adicional observado na prática do mercado é a banalização dos *disclaimers*. Muitas instituições financeiras adotam textos padronizados e genéricos, que não abordam de forma específica os riscos associados ao investimento promovido.

Esse fenômeno compromete a utilidade dos avisos, pois faz com que os investidores os enxerguem como meros protocolos burocráticos, sem relevância prática para sua tomada de decisão.

A inclusão excessiva de *disclaimers* também pode dificultar a identificação dos aspectos realmente críticos para o investidor, uma vez que a grande quantidade de informações, muitas vezes, é irrelevante ou redundante.

---

<sup>16</sup> EPPLER, Martin J. MENGIS, Jeanne. “The Concept of Information Overload: A Review of Literature from Organization Science, Accounting, Marketing, MIS, and Related Disciplines”. *The Information Society*, 20:5, pp. 325 — 344. Página 331.

A regulamentação sobre a comunicação de riscos nos materiais publicitários de investimentos representa um desafio constante para as autoridades competentes. Órgãos reguladores, como a CVM no Brasil, precisam equilibrar a necessidade de fornecer informações detalhadas ao investidor sem comprometer sua capacidade de assimilação.

A evolução das diretrizes regulatórias deve levar em conta estudos sobre comportamento do investidor e cognição, de modo a favorecer a implementação de *disclaimers* mais eficazes, que realmente promovam a proteção do investidor, sem gerar sobrecarga informacional ou contribuir para a ilusão de segurança.

Portanto, para que os *disclaimers* cumpram seu papel de forma eficiente, é fundamental que sejam estruturados de maneira clara e concisa, abordando os riscos específicos do investimento em questão, sem recorrer a jargões jurídicos excessivos.

A simplificação da linguagem e a personalização dos avisos de risco podem aumentar sua eficácia e garantir que o investidor tenha plena consciência das incertezas envolvidas.

Em última instância, a reformulação das estratégias de comunicação de riscos no mercado financeiro deve caminhar no sentido de assegurar maior transparência e equidade na relação entre emissores e investidores, promovendo um ambiente mais seguro e confiável para o investimento de capitais.

Um ponto adicional a ser considerado refere-se à dimensão do dolo consentido e do *dolus bonus* na formulação de *disclaimers*. O dolo consentido consiste na aceitação consciente de determinados riscos informacionais pelo investidor, que, mesmo ciente da possibilidade de prejuízos, opta por celebrar a transação.

Já o *dolus bonus* corresponde à prática comercial admissível que, ainda que explore expectativas ou apresente o produto de forma otimista, não se confunde com fraude ou indução maliciosa.

Portanto, embora *disclaimers* desempenhem função de esclarecimento, também podem servir como instrumentos de legitimação social e jurídica das transações, reforçando a percepção de regularidade do produto financeiro. O excesso de formalismos, todavia, pode comprometer o equilíbrio entre informação e autonomia contratual.

Neste sentido, o excesso de advertências pode, paradoxalmente, comprometer a própria existência do mercado, ao impor barreiras informacionais ou reputacionais que inviabilizam a oferta regular de determinados produtos.

Por essa razão, a análise crítica do *dolus bonus* e do equilíbrio entre transparência e viabilidade econômica deve integrar a reflexão sobre a função dos *disclaimers*, a fim de evitar que se tornem instrumentos de punição desproporcional e prejudiquem o funcionamento legítimo das relações contratuais, nas quais os riscos são, por definição, compartilhados por todas as partes envolvidas.

A utilização de *disclaimers* deve ser criteriosamente ponderada em conjunto com o conceito de *dolus bonus*, sob pena de se incorrer em um paternalismo excessivo que limita a autonomia contratual. Embora seja legítimo reconhecer uma função protetiva dessas advertências, seu uso indiscriminado pode gerar efeitos contraproducentes, dificultando a dinâmica dos negócios e prejudicando a circulação regular de produtos e serviços.

Além disso, é relevante observar que a regulação, em muitas ocasiões, surge como um sucedâneo da inexistência de mercados suficientemente organizados, funcionando como substituto de mecanismos espontâneos de controle e disciplina. Por fim, cumpre destacar que determinadas formas de retenção estratégica de informação, ainda que causem assimetria, podem ter efeitos benéficos para todas as partes envolvidas, na medida em que preservam incentivos e eficiência nas relações contratuais.



### 4.3. *DISCLAIMERS* E RACIONALIDADE LIMITADA

Neste tópico traz-se à baila um possível e hipotético critério de enfraquecimento dos *disclaimers*, uma vez que pode-se pressupor que estes constituem apenas ruído, desprovidos de qualquer propósito além de formalizar a existência do produto financeiro, já que se assume que os possíveis investidores não o lerão.

Quando o *disclaimer* é tratado como um padrão inevitável, mas opaco, ele se assemelha a um simples “embrulho”, cuja função principal é conferir legitimidade e uma aparência de sofisticação ao produto.

Um paralelo pode ser traçado com os relógios de luxo: não basta que sejam objetos de alto valor; espera-se que venham acompanhados de uma embalagem requintada, pois, se fossem entregues, por exemplo, em um saco plástico, sua percepção de prestígio seria comprometida.

Analogamente, um produto financeiro desprovido de *disclaimers* poderia ser visto como menos idôneo ou menos confiável, ainda que, na prática, tais advertências não impeçam eventuais questionamentos judiciais em caso de fraude.

O investidor, em regra, não se interessa pelo conteúdo do *disclaimer* e tampouco o consulta de forma substancial. Contudo, sua presença tem relevância reputacional e simbólica: o *disclaimer* cumpre o papel de identificar o produto e conferir a ele uma aura de conformidade regulatória, sem necessariamente limitar o direito de defesa do investidor.

Nessa linha, faz sentido considerar uma abordagem comportamental baseada na racionalidade limitada.

Muitas vezes, em vez de ler efetivamente os termos, o investidor recorre a heurísticas simples, como o tamanho do *disclaimer*, para formar juízos de valor: se um documento tem 40 páginas, pode parecer que o produto é mais sofisticado e, portanto, mais seguro do que outro com apenas 20 páginas. Assim,

o volume de informações atua como um sinal percebido de qualidade, ainda que seja apenas um atalho cognitivo.

Do ponto de vista da teoria de Kahneman, isso corresponde ao acionamento do sistema 2 – o pensamento reflexivo –, mas baseado em parâmetros superficiais, como a dimensão do documento.

Enquanto não ocorre um evento adverso que exponha o conteúdo do *disclaimer* como irrelevante para a proteção do investidor, essa estratégia de não leitura pode até ser funcional. Contudo, essa prática só se revela prejudicial no momento em que algum problema efetivamente se materializa, demonstrando que a ausência de atenção prévia ao *disclaimer* era, em última instância, ilusória.

Diante deste contexto, pode-se recorrer, ainda, à Análise Econômica do Direito para melhor compreensão sobre processo decisório e sobre como as pessoas interagem, destacando a importância de comunicarem seus objetivos e avaliarem custos e benefícios com base em suas preferências individuais, sempre em busca de trocas mais eficientes num contexto naturalmente imperfeito.

Vale ressaltar que o uso da Teoria dos Jogos não depende de reproduzir fielmente como cada decisão é tomada, pois as ações seguem princípios básicos que sustentam o modelo.

Três ideias principais explicam o comportamento econômico: maximização, equilíbrio e eficiência. Diante da escassez de recursos e das várias opções disponíveis, agentes racionais tendem a escolher alternativas que maximizem seu bem-estar e sejam eficientes, mesmo que, às vezes, considerem aspectos de justiça, buscando também reduzir custos de transação.

Contudo, essa racionalidade pode ser limitada por fatores como a racionalidade restrita ou a ignorância racional, o que leva a erros recorrentes nas decisões e no processamento das informações.

Desta feita, pode-se associar, no âmbito da racionalidade

limitada, aspectos como falta de tempo e ausência de informações completas ou confiáveis. Fernando Araújo, por exemplo, defende que é preciso aprofundar o estudo da “economia da conduta” para identificar elementos comuns e previsíveis quando ocorrem falhas de racionalidade, as quais podem gerar erros sistêmicos ou desvios que acabam se tornando padrões médios de comportamento, como demonstra:

“Essa ideia de ‘racionalidade limitada’ assenta na já referida constatação de que o tempo é limitado, é um bem escasso e custoso, seja quando se pretende adquirir informação completa, seja quando se visa prestar atenção adequada à informação de que se dispõe, seja ainda quando se trata de desenvolver um plano de otimização com base na informação disponível – pois o tempo que se dedicaria a esses esforços otimizadores seria, de modo muito pouco eficiente, sonogado à resolução de problemas não menos urgentes, deixando-nos marginalmente desequilibrados na satisfação de todos os nossos interesses.”<sup>17</sup>

Araújo também destaca que há uma tendência crescente de abandonar a ideia de racionalidade ilimitada nos modelos econômicos. Isso reflete a vasta produção acadêmica que mostra como erros, distorções e atalhos mentais (heurísticas) influenciam as escolhas, revelando cada vez mais evidências de que o raciocínio humano sofre restrições significativas, inclusive pelo impacto das emoções.

Tal contexto nos leva à Teoria dos Custos de Transação, que visa, entre outros aspectos, compreender as dificuldades que as partes enfrentam ao negociar e cumprir contratos. Com racionalidade limitada e informações incompletas e desiguais, as pessoas lidam com um suporte institucional muitas vezes frágil e insuficiente para proteger adequadamente quem se encontra em situação de maior vulnerabilidade – comum no âmbito do mercado de capitais e na relação com investidores.

Essa teoria valoriza a crescente capacidade das próprias partes de criarem regras e controles em seus contratos (autodis-

---

<sup>17</sup> ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. Livraria Almedina. 3ª Edição. Coimbra. 2005. Página 32

ciplina), em vez de dependerem apenas de imposições externas e litígios, sem focar-se tanto em regras formais, porém atendo-se ao desenho de arranjos institucionais que fortaleçam a confiança e evitem comportamentos oportunistas. De tal modo, advoga em favor da criação de salvaguardas contratuais e institucionais eficazes, como sanções claras, que desestimulem abusos.

O controle do oportunismo exige mecanismos capazes de alterar os incentivos do jogo, seja pelo direito, seja por instrumentos econômicos que funcionem mesmo sem o apoio direto do sistema jurídico. Assim, os contratos passam a ser analisados de modo mais realista, levando em conta fatores comportamentais e racionais que influenciam a motivação e a conduta das partes, com atenção ao valor da confiança, ao cumprimento dos compromissos e aos riscos de estratégias oportunistas.

Neste sentido, observa-se que o direito contratual, entre outros objetivos, preza pela promoção de um nível ótimo de confiança, reduzindo custos de transação, oferecendo regras supletivas eficientes.

#### 4.4. ARQUITETURA DA ESCOLHA E ESTRUTURA DA INFORMAÇÃO

A arquitetura da escolha é um modelo que orienta os indivíduos a tomarem decisões mais alinhadas aos seus objetivos, indo além da simples arquitetura física. Ela inclui aspectos como a apresentação de informações, a ordem das perguntas ou o tamanho da fonte, e busca reduzir erros e aumentar acertos ao auxiliar no processo decisório.

Desenvolvido pelos especialistas Richard Thaler e Cass Sunstein, esse conceito reflete a ideia de que detalhes aparentemente pequenos, como o ambiente, o estado emocional e físico da pessoa, influenciam decisivamente nas escolhas, desafiando a noção de que somos seres totalmente racionais ao tomar deci-

sões, e, deste modo, ilustram quem seria o arquiteto da escolha:

*“A choice architect has the responsibility for organizing the context in which people make decisions. If you design the ballot voters use to choose candidates, you are a choice architect. If you are a doctor and must describe the alternative treatments available to a patient, you are a choice architect. If you design the form that new employees fill out to enroll in the company health care plan, you are a choice architect. If you are a parent, describing possible educational options to your son or daughter, you are a choice architect. If you are a salesperson, you are a choice architect (but you already knew that).”*<sup>18</sup>

No contexto dos materiais publicitários de investimento, os *disclaimers* desempenham um papel crucial, pois sua disposição pode afetar significativamente a decisão dos investidores.

Se relacionada com a teoria da arquitetura da escolha, a maneira na qual as informações de risco são apresentadas pode influenciar as escolhas de forma sutil, mas significativa:

- (i) informações claras e destacadas aumentam a conscientização dos riscos;
- (ii) *disclaimers* em letras pequenas ou em linguagem técnica podem ser ignorados, reduzindo sua eficácia; e
- (iii) a formatação e visualização das informações podem ser ajustadas para facilitar o entendimento sem comprometer a liberdade de escolha.

Dessa forma, os *disclaimers* não apenas alertam sobre os riscos, mas também influenciam as decisões, especialmente quando são apresentados de maneira estratégica.

A arquitetura da escolha no campo da economia comportamental foca no desenho de contextos de decisão que favoreçam escolhas mais vantajosas para os indivíduos e para a sociedade, sem restringir sua liberdade de escolha.

Inspirada no conceito de paternalismo libertário, a arquitetura da escolha busca influenciar o comportamento humano através de *nudges* — pequenos estímulos que guiam as pessoas

---

<sup>18</sup> THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Yale University Press. 2008. Página 3.

para opções mais benéficas sem coação ou alteração direta nos incentivos econômicos – aponta Ana Cordeiro Santos:

“(...) as políticas públicas devem ser baseadas no comportamento de seres humanos (que designam de Humanos) e não no comportamento do *homo economicus* (os Econos), desafiando o pressuposto segundo o qual “a maioria das pessoas, na maior parte dos casos, efetua escolhas que melhor servem o seu interesse ou que pelo menos são melhores do que as escolhas que poderiam ser realizadas por outros”. Propõem a política do “pequeno empurrão” (*nudge*) para ajudar as pessoas a fazerem melhores escolhas, e em áreas tão diversas como a saúde, as finanças ou o ambiente. Apesar de ter pouco mais do que uma década, a AE foi bem acolhida em todo o mundo.”<sup>19</sup>

Esse conceito se alinha ao uso de *disclaimers* em materiais publicitários de investimento, pois, ao invés de impor um comportamento, orienta os investidores a considerarem mais profundamente os riscos envolvidos nas decisões financeiras.

A relação entre a arquitetura da escolha e a disposição dos *disclaimers* em materiais publicitários reflete uma tentativa de alinhar as escolhas dos investidores com suas melhores opções, levando em consideração as limitações cognitivas e a racionalidade imperfeita.

As decisões de investimento nem sempre são racionais e, frequentemente, são afetadas por heurísticas e vieses cognitivos. A teoria do contrato e o comportamentalismo, portanto, se mostram essenciais para entender como agentes imperfeitos interagem com um mundo igualmente imperfeito.

O uso de *disclaimers*, embora seja uma ferramenta de proteção, também pode atuar como um *nudge*, direcionando as escolhas dos investidores para um entendimento mais claro dos riscos, sem restringir sua liberdade de escolha.

Além disso, a maneira na qual as alternativas de escolha são estruturadas pode gerar um impacto significativo nos resul-

---

<sup>19</sup> SANTOS, Ana Cordeiro. “A Arquitetura da Escolha: Uma Análise de Economia Política.” *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 3. 2017, nº 6. pp. 253-277. Página 259.

tados. A disposição estratégica de informações e riscos pode aumentar ou diminuir a percepção do investidor sobre a complexidade do investimento, influenciando diretamente seu comportamento. Por exemplo, quando os *disclaimers* são destacados ou apresentados de maneira simples e clara, isso pode diminuir a incerteza e aumentar a confiança, levando o investidor a tomar decisões mais informadas e alinhadas com seu perfil de risco.

Em suma, a arquitetura da escolha no contexto de investimentos reflete o uso de técnicas comportamentais para influenciar as decisões dos investidores, sem coação, mas por meio de uma estrutura que favorece escolhas mais racionais. A introdução de *disclaimers* bem posicionados, claros e compreensíveis, é uma ferramenta essencial nesse processo, contribuindo para escolhas mais informadas e reduzindo os erros decisórios.

Cumprir destacar que a promoção da literacia financeira constitui estratégia de esclarecimento que não se confunde com o paternalismo regulatório. Trata-se de medida de caráter educativo que visa estabelecer uma base mínima de licitude e simetria informacional, preservando a liberdade de escolha dos investidores. Diferentemente dos mecanismos de indução comportamental, a literacia financeira não implica restrição de autonomia, mas sim ampliação das capacidades decisórias.

Esse processo, em última instância, está alinhado com o conceito de que a natureza humana é perfectível, ou seja, pode evoluir de forma contínua, buscando maior racionalidade nas interações sociais e, conseqüentemente, nas decisões financeiras. Contudo, é fundamental reconhecer que nossas limitações cognitivas não devem ser vistas como um obstáculo, mas como um fator motivador para a evolução e superação, garantindo decisões mais equilibradas e justas.

## 5. CONCLUSÕES

Este estudo explorou a interação entre a Análise Econô-

mica do Direito (AED) e a Economia Comportamental no contexto dos *disclaimers* presentes em materiais publicitários de investimentos. Por meio dessa abordagem, foi possível identificar como os *disclaimers*, embora essenciais para garantir a transparência e proteger os investidores, podem ser ineficazes na prática se não forem formulados de maneira clara e acessível.

A análise das implicações cognitivas desses avisos revelou que sua eficácia pode ser comprometida pela sobrecarga informacional e pela interpretação equivocada dos riscos, fenômenos que emergem, em grande parte, devido a vieses comportamentais como excesso de confiança, aversão à perda e efeito de enquadramento.

Embora os *disclaimers* desempenhem um papel relevante ao informar os investidores sobre os riscos envolvidos, sua eficácia é limitada quando barreiras cognitivas e informacionais dificultam a compreensão do conteúdo. Nesse sentido, a sobrecarga informacional e a complexidade excessiva das informações apresentadas podem gerar confusão e, ao invés de esclarecer, obscurecem os riscos, resultando em decisões subótimas.

Mesmo investimentos, como os de renda fixa, que visam maior previsibilidade e segurança – porém, com menor retorno – ficam sujeitos ao impacto de variáveis externas como taxas de juros, câmbio, inflação e crises econômicas, essas distorções informacionais podem se agravar, impactando a tomada de decisão dos investidores.

O comportamento do investidor, frequentemente influenciado por vieses e emoções, contribui para a variabilidade e imprevisibilidade das escolhas, fenômeno identificado como ruído decisório. Adicionalmente, a análise do funcionamento dos mercados dentro de um contexto globalizado revelou que os resultados dos investimentos não são apenas dependentes da transparência das escolhas, mas também do ambiente dinâmico e volátil do mercado.

O viés dos investidores em relação ao risco, particular-



mente aqueles com perfil conservador ou avesso ao risco, pode ser influenciado pela forma como os *disclaimers* são apresentados, atuando como ferramenta de persuasão, mas também como fonte de distorções nas decisões, caso não sejam bem estruturados.

A partir disso, conclui-se que – observada a questão colocada na introdução -, para que os *disclaimers* cumpram seu papel de forma eficaz, é crucial que sejam reformulados de maneira a apresentar as informações de forma acessível e clara, minimizando a sobrecarga cognitiva. A regulação deve visar equilibrar a proteção do investidor e a liberdade de mercado, incentivando, ainda, a adoção de práticas mais diligentes.

Para tanto, a evolução das bases e diretrizes regulatórias deve se basear em estudos sobre comportamento do investidor e cognição, garantindo a implementação de *disclaimers* mais eficazes. Dessa forma, é possível fortalecer a proteção do investidor sem gerar sobrecarga informacional ou reforçar uma falsa sensação de segurança.

Além disso, a redução dos vieses cognitivos e do ruído informacional, seja por meio de uma comunicação mais simples ou pelo uso de ferramentas tecnológicas, como algoritmos de recomendação, pode contribuir para a tomada de decisões mais informadas e racionais, com embasamento mais profundo.

Em última análise, a criação de um ambiente mais transparente, eficiente e equitativo depende de regulamentações que considerem a natureza humana dos investidores, seus comportamentos e limitações cognitivas, para garantir que os *disclaimers* realmente sirvam como instrumentos de proteção, e não como barreiras ao entendimento.



## 6. BIBLIOGRAFIA

## A) OBRAS

- ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. Livraria Almedina. 3ª Edição. Coimbra. 2005.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Livraria Almedina. Coimbra. 2007.
- ARIELY, Dan. *Predictably Irrational*. HarperCollins Publishers. New York. 2008.
- CAMERER, Colin F. LOEWENSTEIN, George. RABIN, Matthew. *Advances in Behavioral Economics*. Princeton University Press. New Jersey. 2004.
- KAHNEMAN, Daniel. SIBONY, Olivier. SUNSTEIN, Cass R. *Ruído: Uma falha no julgamento humano*. Trad. Cássio de Arantes Leite. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Objetiva. 2021.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro. Editora Objetiva. 2012.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Ninth Edition. Wolters Kluwer Law & Business. New York. 2014.
- THALER, Richard H., SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. Yale University Press. 2008.
- TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *Análise Econômica do Direito dos Contratos: Uma nova abordagem do direito contratual como redutor das falhas de mercado*. Londrina/Paraná. Thoth Editora. 2021.
- ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro. Editora Elsevier. 2005.
- ÁVILA, Flávia. BIANCHI, Maria Ana. *Guia de Economia Comportamental e Experimental*. 1ª Edição. São Paulo: EconomiaComportamental.org. 2015.

## B) ARTIGOS

- ADAMS, Paul. SMART, Laura. “From advert to action: behavioural insights into the advertising of financial products.” *Occasional Paper n. 26. Financial Conduct Authority*. 2017. Link: << <https://www.fca.org.uk/publication/occasional-papers/op17-26.pdf>>>
- ALMEIDA, Rui Jorge Simões. “A Análise Económica dos Contratos.” *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 9. 2023, nº 3. pp. 317-343
- BANERJEE, Sanchayan. JOHN, Peter. “Nudge plus: incorporating reflection into behavioral public policy.” *Behavioural Public Policy*. Cambridge University Press. Volume 8. Issue 1. 2021. pp. 69-84. doi:10.1017/bpp.2021.6. Link: <<<https://www.cambridge.org/core/journals/behavioural-public-policy/article/nudge-plus-incorporating-reflection-into-behavioral-public-policy/8604B908E761D223C3DF4E34AA471BC7>>>
- BARBOSA, André Garcia. “A Assimetria Informativa como Espécie de Custo de Transação. Uma Abordagem do Risco Moral nos Contratos D&O.” *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 9. 2023, nº 5. pp. 265-336.
- BEZERRA, Philippe Magalhães. “Economia Digital, Concorrência e Vieses Cognitivos dos Consumidores.” *Revista de Concorrência e Regulação*. Ano XIV. Número 51. 2023. pp. 95-133.
- DARBELLAY, Aline. “A behavioural law and economics approach to sustainability information.” *Law and Financial Markets Review*. Vol. 17. Issue 1. pp. 4-15. 2023. Link: <<<https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/17521440.2024.2308263?needAccess=true>>>
- DIACON, Stephen. HASSELDINE, John. “Framing effects and risk perception: The effect of prior performance presen-

- tation format on investment fund choice.” *Journal of Economic Psychology*. Volume 28, Issue 1, January 2007, Pages 31-52. Link: << <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0167487006000067?via%3Dihub>>>
- EPPLER, Martin J. MENGIS, Jeanne. “The Concept of Information Overload: A Review of Literature from Organization Science, Accounting, Marketing, MIS, and Related Disciplines”. *The Information Society*, 20:5, pp. 325 — 344. URL: <http://dx.doi.org/10.1080/01972240490507974>
- ERTA, Kristine. HUNT, Stefan. ISCENKO, Zanna. BRAMBLEY, Will. “Applying behavioural economics at the Financial Conduct Authority.” *Occasional Paper n. 1. Financial Conduct Authority*. 2013. Link: <<<https://www.fca.org.uk/publication/occasional-papers/occasional-paper-1.pdf>>>
- FRANCO, Raquel. “Legislar como meio para um fim: *How Much Is Too Much, How Little Is Too Little?*” *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 3. 2017, nº 6. pp. 321-345.
- GUPTA, A. GOSWAMI, S. "Behavioral perspective on sustainable finance: nudging investors toward SRI", *Asian Journal of Economics and Banking*. 2024. Vol. 8 No. 3, pp. 366-390. <https://doi.org/10.1108/AJEB-05-2023-0043>
- KHAN, Ashraf. “A Behavioral Approach to Financial Supervision, Regulation, and Central Banking”. *International Monetary Fund Working Papers*. Working Paper No. 2018/178. 2018. Link: <<<https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2018/08/02/A-Behavioral-Approach-to-Financial-Supervision-Regulation-and-Central-Banking-46146>>>
- KRAVET, Todd D. MUSLU, Volkan. “Textual Risk Disclosures and Investors’ Risk Perceptions.” *Review of Accounting Studies* 18, pp. 1088-1122, 2013, Available at

- SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1736228> or  
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1736228>
- MELO, Juliana Gonçalves. “Análise Econômica dos Contratos Públicos de Concessão sob a Perspectiva dos Contratos Incompletos e dos Custos de Transação.” *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 10. 2024, nº 4. pp. 431-461.
- MONTEIRO, Beatriz Azevedo. BRESSAN, Aureliano Angel. “Efeito de enquadramento da informação na percepção de risco em investimentos.” *Revista de Contabilidade e Finanças*. Volume 32. Número 86. 2021. pp. 285-300.
- OLIVER, Adam. “From Nudging to Budging: Using Behavioural Economics to Inform Public Sector Policy.” *Journal of Social Policy*. Cambridge University Press. Volume 42. Issue 4. 2013. pp. 685-700. doi:10.1017/S0047279413000299. Link: <<<https://www.cambridge.org/core/journals/journal-of-social-policy/article/from-nudging-to-budging-using-behavioural-economics-to-inform-public-sector-policy/D98361CED793BE761AA22BF49299BF43>>>
- PATRÍCIO, Miguel. “Racionalidade Económica e Virtude: Conciliação ou Divergência?” *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 3. 2017, nº 6. pp. 303-320.
- SANTOS, Ana Cordeiro. “A Arquitetura da Escolha: Uma Análise de Economia Política.” *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 3. 2017, nº 6. pp. 253-277.
- SANTOLIM, Cesar. “<<Behavioral Law and Economics >> E a Teoria dos Contratos.” *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 1. 2015, nº 3. pp. 407-430.
- SARAIVA, Rute. “A Regulação Pública das Entidades de Economia Social.” *Revistas Universidad de Vigo. CES - CO-OPERATIVISMO E ECONOMÍA SOCIAL*. Número 39 (2016-2017), pp. 55-88. ISSN: 1130-2682.
- THALER, Richard H. "Behavioral Economics: Past, Present, and Future." *American Economic Review*. Volume 106.

Número 7. pp. 1577–1600. 2016.

THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. BALZ, John P., “Choice Architecture” (December 10, 2014). “*The Behavioral Foundations of Public Policy*”, Ch. 25, Eldar Shafir, ed. (2012)., Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2536504> or <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2536504>

THALER, Richard H. SUSNTEIN, Cass. R. “Libertarian Paternalism”. *The American Economic Review*. 93, Número 2. 2003. pp. 175-179.

### C) REGULATÓRIO

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Resolução nº 160, de 13 de julho de 2022. Link: <<<https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/resolucoes/resol160.html>>>

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Ofício-Circular nº 1/2021-CVM/SRE, de 1º de março de 2021. Link: << [https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sre/anexos/OFCIO\\_CIRCULAR\\_2021\\_\\_em\\_elaboracao\\_26FEV\\_para\\_publicacao.pdf](https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sre/anexos/OFCIO_CIRCULAR_2021__em_elaboracao_26FEV_para_publicacao.pdf)>>

# O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA UNICIDADE SINDICAL E A INOBSERVÂNCIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE ASSOCIAÇÃO

Fabício Trindade

Sumário: Introdução; 1. Da Unicidade Sindical; 2.O Direito Fundamental à Livre Associação; 3. A Unicidade Sindical e a inobservância ao Direito Fundamental à Livre Associação. Efeitos. Conclusão; Referências.

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar os efeitos da limitação ao exercício do direito fundamental à livre associação, imposta pela restrição constitucional inerente à unicidade sindical, no âmbito das relações trabalhistas privadas.

Palavras-Chave: Unicidade Sindical – Direito fundamental à Livre Associação – Liberdade Sindical – Relações Trabalhistas Privadas.

Abstract: This article aims to analyze the effects of limiting the exercise of the fundamental right to free association, imposed by the constitutional restriction inherent to union unity, within the scope of private labor relations.

Keywords: Union Labor Unity - Fundamental Right to Free Association - Freedom of Union Labor Association – Private Labor Relations.

## INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira, em seu artigo 5º, XVII<sup>1</sup>, disciplina ser *plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar*, assegurando aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o exercício do direito fundamental à livre associação.

Entretanto, não obstante a atividade sindical, representativa dos interesses comuns de empregados e empregadores, seja lícita, o artigo 8º<sup>2</sup>, do mesmo texto constitucional impõe regra restritiva, consubstanciada na vedação da *criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município*. Relevante destacar, ainda que manifestamente paradoxal, que o *caput* do referido preceito constitucional reafirma ser *livre a associação profissional ou sindical*.

Em novembro de 2017 foi editada a Lei n.º 13.467, denominada reforma trabalhista, que no ponto de interesse da presente reflexão, extinguiu o imposto sindical (art. 580 da CLT)<sup>3</sup>,

---

<sup>1</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

<sup>2</sup> Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

[...]

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

<sup>3</sup> Art 580. O imposto sindical será pago de uma só vez, anualmente e consistirá :

a) na importância correspondente à remuneração de um dia de trabalho, para os empregados, qualquer que seja a forma da referida remuneração;

[...]

c) para os empregadores, numa importância, fixa, proporcional ao capital registrado da respectiva firma ou empresa, conforme a seguinte tabela;



contribuição compulsória equivalente a um dia de trabalho dos empregados formalmente registrados (vínculo empregatício mediante assinatura de CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social), fonte de receita das entidades sindicais representativas de empregados e, para os empregadores, contribuição em valor proporcional ao capital social.

Corolário de tal iniciativa legislativa, foi gerada expectativa sobre a proposição de Emenda Constitucional extinguindo a unicidade sindical, permitindo que os trabalhadores e empregadores se organizassem conforme efetivo e real interesse, mormente considerando o provável cenário de inércia dos sindicatos ativos, face a escassez de recursos financeiros que permitissem o seu regular funcionamento, mormente considerando o baixo número de trabalhadores sindicalizados.

Todavia, quase três anos após a extinção do imposto sindical, não há por parte do Congresso Nacional demonstração de interesse pela matéria. Salvo vício de pesquisa, subsiste tramitação, a passos lentos, da PEC 369/2005, de autoria do Poder Executivo.

Em contrapartida, sindicatos laborais e patronais, na busca por alternativas para enfrentar a queda de arrecadação, negociaram instrumentos coletivos com a fixação de taxas ou contribuições de caráter compulsório, abrangendo empresas e empregadores independente da condição de sindicalizados, não obstante a expressa vedação de tal ajuste no artigo 611-B, XXVI, da CLT, motivando a submissão da controvérsia ao Poder Judiciário e a conclusão, pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade da ausência de obrigatoriedade de contribuição sindical (vide ADI n.º 5794).

No julgamento, a Ministra Rosa Weber ponderou que a Constituição Federal, sem materializar em sua completude o princípio da liberdade sindical, afasta de forma expressa o pluralismo e impõe a unicidade sindical para a legitimidade da representação da atuação sindical. De acordo com ela, é nessa

perspectiva que se insere a contribuição compulsória, receita fundamental para o fortalecimento e manutenção dos sindicatos<sup>4</sup>.

A fala da Ministra reforça a aparente distorção do modelo sindical brasileiro, que ao mesmo tempo que só permite a existência de um sindicato por base territorial, impedindo que os trabalhadores se associem livremente, conforme seus interesses, não autoriza que tais sindicatos implementam um modelo de financiamento, deixando à deriva o bem a ser tutelado, consubstanciado na representação coletiva dos trabalhadores e empregadores para negociação dos pontos controvertidos das respectivas relações de trabalho.

O presente artigo pretende fomentar o debate, sem qualquer pretensão de exauri-lo, inerente aos efeitos da limitação ao exercício do direito fundamental à livre associação imposta pela restrição constitucional inerente à unicidade sindical, no âmbito das relações trabalhistas privadas.

## 1. DA UNICIDADE SINDICAL.

No Brasil, os sindicatos ganharam a atenção do Constituinte, preliminarmente, na Carta de 1934, ao disciplinar, em seu artigo 120, que *os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei*.

No texto constitucional de 1937, a intervenção estatal nos sindicatos ganhou força, subordinando tais associações ao denominado Conselho da Economia Nacional, que entre outras atribuições, estabelecia normas relativas à assistência prestada pelas associações, sindicatos ou institutos, editava normas reguladoras dos contratos coletivos de trabalho entre os sindicatos da mesma categoria da produção ou entre associações representati-

---

<sup>4</sup><http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382819#:~:text=Por%206%20votos%20a%203,a%20obrigatoriedade%20da%20contribui%C3%A7%C3%A3o%20sindical>. – acesso em 18/08/2020.

vas de duas ou mais categorias e emitia pareceres sobre todas as questões relativas à organização e ao reconhecimento de sindicatos ou associações profissionais.

O artigo 138, suspenso pelo Decreto n.º 10.358/42 (declaração de estado de guerra), consagrava a liberdade de associação profissional ou sindical, entretanto, ressalvava que somente o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público.

Qualquer semelhança com a o atual texto constitucional não é mera coincidência. Já é possível vislumbrar raízes do vigente princípio da unicidade sindical, ainda que inexistente, ao menos de forma expressa, a proibição de reconhecimento pelo Estado de sindicatos na mesma base territorial. Não obstante tal omissão no texto legal, forçoso concluir que não interessava ao Estado pulverizar a representação sindical, sob pena de perda do controle sobre tais entidades, foco do constituinte à época.

A Lei Magna de 1946 ratificou a liberdade de associação (entre elas a de natureza sindical), observadas as limitações legais<sup>5</sup>.

Em que pese já editada no regime militar, a Constituição de 1967 praticamente replicou o texto da edição anterior, agregando dois parágrafos, um inerente à função delegada do Poder Público, consubstanciada na arrecadação de contribuições para custeio da atividade sindical, e outro tornando obrigatório o voto nas eleições sindicais.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a autonomia

---

<sup>5</sup> Art. 159 - É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público.

sindical, revelando aparente ruptura com o modelo de intervenção estatal nos sindicatos, desfigurada pela manutenção da necessidade de registro sindical perante o órgão estatal competente e a observância unicidade sindical.

Entre os motivos da não implementação da liberdade sindical plena, não seria exagero destacar que antes do advento do atual texto constitucional, a organização sindical vigente, sob forte intervenção estatal e, por conseguinte, baixa atratividade aos trabalhadores, motivou a formação de feudos, sendo tal cenário interessante aos dirigentes sindicais (perpetuação de poder, conforto financeiro, etc) e ao Estado, que assim mantinham rígido controle sobre os trabalhadores.

Fruto de tal realidade, não são raros os casos em membros da mesma família ou da mesma ideologia política se perpetuam na direção dos sindicatos por vários anos<sup>6</sup>. Não seria exagero presumir, como fez Octávio Bueno Magano, citado por Alice Monteiro de Barros, que a regra da unicidade “foi adotada com base no argumento de que seria necessário evitar a atomização das entidades sindicais. É possível que estivesse encoberto o interesse das cúpulas sindicais dominantes de conservarem o monopólio do poder, nas fortalezas em que muitas delas se encastelaram” (BARROS, 2006: 1183). Crítica que reverbera as palavras atribuídas a Bocage, poeta português, “*Ah! Se a vossa liberdade / Zelosamente guardais, / Como sois usurpadores / Da liberdade dos mais? ”*

Sem aprofundar em tais especulações, não obstante pertinentes ao entendimento do cenário atual, relevante analisar os pontos centrais dos defensores e críticos da unicidade sindical.

Os críticos da barreira da unicidade sindical concentram seus argumentos na inobservância da liberdade sindical, exigindo dos trabalhadores subordinação à uma associação que

---

<sup>6</sup> <https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2014/10/dominado-ha-30-anos-por-familia-sindicato-dos-comerciantes-do-rj-sofre-intervencao-3608/> - acesso em 26/08/2020.

eventualmente não se sintam representados, bem como pela salutar competição entre os sindicatos, com reflexos positivos aos trabalhadores, que terão, ao menos em tese, lideranças sindicais atentas aos seus anseios, interessadas no crescimento e/ou fortalecimento do respectivo sindicato (BARROS, 2006: 1184)

Neste particular, Pedro Paulo Teixeira Manus afirma que *manteve o legislador constitucional o princípio da unicidade sindical, por que necessário à manutenção de já mencionada contribuição sindical, nova denominação do antigo imposto sindical. Como referido, trata-se de valor cobrado compulsoriamente de empregados e empregadores sócios ou não do sindicato beneficiário, o que torna desnecessária à sobrevivência do sindicato a existência de sócios* (MANUS, 2001: 107)

Por sua vez, os defensores da unicidade sindical sustentam que o sindicato, ao fim e ao cabo, não representa apenas seus associados, mas a coletividade profissional, que comunga dos mesmos objetivos e possuem interesses semelhantes, impondo-se a unidade de representação (BARROS, 2006: 1183/1184).

No âmbito da Justiça do Trabalho tal argumento é acolhido de forma ampla e irrestrita, sendo que todos os integrantes da categoria profissional da base territorial de determinado sindicato são legítimos beneficiários dos direitos negociados em norma coletiva, conforme precedente TST RO-772.57.2016.5.08.0000, não obstante o entendimento contrário do Ministro Maurício Godinho Delgado, destacando-se os seguintes trechos da ementa:

RECURSO ORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. PROCESSO ANTERIOR À LEI 13.467/2017. AÇÃO ANULATÓRIA. 1. CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA: BENEFÍCIO SOCIAL AUXÍLIO CESTA BÁSICA. A cláusula em análise (Cláusula Décima Sétima) criou o benefício “auxílio cesta básica”, *que deveria ser pago, nos termos de sua redação, apenas para os empregados associados ao Sindicato Réu. A maioria dos membros desta Seção Especializada votou no sentido de que a cláusula é nula e extrapola os limites da negociação coletiva, na medida em que, ao restringir o seu al-*

*cance aos filiados do sindicato, gera discriminação nas relações de trabalho e representa uma tentativa de obrigar a filiação compulsória dos trabalhadores ao sindicato, também vedada pela ordem jurídica.* Este Relator ficou vencido e proferiu voto no sentido de que a norma coletiva não desrespeita o ordenamento jurídico, notadamente os princípios da isonomia e da liberdade sindical, em face das seguintes razões, em suma: *primeiro, porque a situação diferenciada do empregado associado, que tem um custo mensal de manutenção do ente sindical, possibilita à negociação coletiva, benéfica de toda a categoria com a criação de outras cláusulas, fazer essa pequena diferenciação, não detendo ela mais cunho discriminatório; segundo, porque não há a obrigação de filiação ao sindicato, sendo resguardados ao empregado não filiado todos os demais benefícios convencionais, bem como sendo tal opção irrelevante para a manutenção do seu emprego; terceiro, porque a finalidade da norma é justamente o fortalecimento do sindicato e o desenvolvimento da liberdade sindical plena, apurada sob uma ótica eminentemente coletiva. Contudo, conforme já mencionado, o entendimento majoritário dos membros desta Seção Especializada foi de que a cláusula em análise deve ser anulada.* Recurso ordinário provido para declarar a nulidade da cláusula em exame.

Digno de nota que não obstante a ressalva, constante da Ementa, no sentido da cláusula (objeto da controvérsia) ter sido redigida antes da Reforma Trabalhista (Lei n.º 13.467/17), é certo que o Ministro Relator, vencido, já ofertou fundamentação com base na realidade financeira decorrente da revogação do imposto sindical, mormente quando afirma *a situação diferenciada do empregado associado, que tem um custo mensal de manutenção do ente sindical*. Ocorre que tal realidade não encontrava amparo à época dos fatos, uma vez que ainda vigente o imposto sindical, cobrado, indiscriminadamente, de todos os trabalhadores.

No mesmo diapasão, permanece o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de ser defeso aos sindicatos exigirem taxas e/ou contribuições de trabalhadores não

sindicalizados<sup>7</sup>.

Tal cenário jurisprudencial reforça a nocividade da unicidade sindical, para os sindicatos e para os seus representados. Isso porque, para os sindicatos, a outrora “zona de conforto” materializada na ausência de concorrência com outros sindicatos foi dissipada com o fim da obrigatoriedade do imposto sindical, afastando a atratividade financeira. Em adição, permaneceram com a obrigação de representar toda a categoria, sem qualquer fonte de receita que não a expressamente autorizada pelos empregados sindicalizados. Para se ter noção do déficit de arrecadação dos sindicatos, em 2019, o percentual de trabalhadores sindicalizados foi a mais baixa da história, na ordem de 11,2%<sup>8</sup>.

Por outro lado, os trabalhadores não sindicalizados (presumidamente insatisfeitos com os sindicatos vigentes), não possuem alternativa de representação sindical. É fato que são beneficiários de direitos previstos em normas coletivas, sem serem sindicalizados. Entretanto, o eventual benefício é mitigado pelo prejuízo da impossibilidade de negociarem direitos e deveres em consonância com os seus reais interesses.

Cibele Santos defende a eficácia da unicidade sindical, ponderando que enquanto o Comitê de Liberdade Sindical da OIT reconhece que admitir a intervenção do Estado para delimitar a base de atuação do sindicato ofende a liberdade sindical,

---

<sup>7</sup> Precedente Normativo do Tribunal Superior do Trabalho - Nº 119 CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS – (mantido) - DEJT divulgado em 25.08.2014

"A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados."

<sup>8</sup> <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/08/26/brasil-perdeu-217percent-dos-trabalhadores-sindicalizados-apos-a-reforma-trabalhista-diz-ibge.ghtml> - acesso em 26/08/2020.

essa não deve ser vista em abstrato, mas à partir de um critério funcional, consubstanciado na defesa dos interesses dos trabalhadores, de modo que a ausência de unicidade pode redundar em perda de poder dos sindicatos (SANTOS: 2014:412).

Invocando a máxima de que “contra números não há argumentos”, o modelo vigente, baseado na unicidade sindical, tem-se mostrado ineficaz, uma vez que a quantidade de trabalhadores sindicalizados cai ano após ano, conforme mencionado linhas acima. Para se reverter tal cenário, não obstante o necessário exame de aspectos culturais e outras variáveis que perpassam pela análise comportamental do trabalhador brasileiro, forçoso concluir que a unicidade sindical, enquanto barreira ao movimento natural da formação de uma associação para defesa de interesses comuns, precisa ser revogada.

E a experiência internacional revela que países como França, Estados Unidos, Alemanha e Inglaterra, que adotaram a liberdade total de associação sindical, garantem aos seus trabalhadores uma representatividade mais efetiva, em que pese o número reduzido de sindicatos. Tal fenômeno é reflexo da busca espontânea de uma unidade de representação ou unidade sindical, em detrimento da imposição legal da unicidade sindical, que resulta em efetiva loteria para o trabalhador. Com sorte, terá um sindicato representativo de seus interesses. Com azar, ficara excluído do processo de negociação coletiva de direitos e obrigações trabalhistas (MEIRELLES, 2018: 31/32).

## 2. DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE ASSOCIAÇÃO

O Ministro Celso de Melo, em voto proferido na ADI 3.045/DF, trouxe diversos elementos, inerentes ao direito fundamental da liberdade de associação, pertinentes à presente reflexão. Destaco, inicialmente, trecho que conceitua o instituto, ponderando que o *direito de associação constitui* uma liberdade de ação coletiva. *Embora atribuído a cada pessoa, que é o seu titu-*



*lar, só pode ser exercido em conjunto com outras pessoas. É pelo exercício concreto dessa liberdade pública que se instituem as associações, gênero a que pertencem as sociedades (que podem ser simples ou empresárias), de um lado, e as associações em sentido estrito do outro. O direito de associação, bem por isso, se erige em instrumento de ação multiforme, podendo revestir-se de caráter empresarial, cultural, filantrópico, sindical ou político (destaques no original).*

A Carta Magna é expressa, sem espaço para dúvidas interpretativas, consagrando o direito fundamental do cidadão de se reunir, em comunhão de interesses, com outros cidadãos, para a consecução de fins lícitos.

Não obstante tal obviedade, o mesmo texto constitucional, no âmbito da liberdade sindical, criou obstáculos que impedem *o exercício concreto dessa liberdade pública*.

Prossegue o voto em análise afirmando que cabe enfatizar, neste ponto, *que as normas inscritas no art. 5º, incisos XVII a XXI da atual Constituição Federal protegem as associações, inclusive as sociedades, da atuação eventualmente arbitrária do legislador e do administrador, eis que somente o Poder Judiciário, por meio de processo regular, poderá decretar a suspensão ou a dissolução compulsória das associações. Mesmo a atuação judicial encontra uma limitação constitucional: apenas as associações que persigam fins ilícitos poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou suspensas. Atos emanados do Executivo ou do Legislativo, que provoquem a compulsória suspensão ou dissolução de associações, mesmo as que possuam fins ilícitos, serão inconstitucionais. (destaques no original).*

Conclusão imediata redundaria na legitimidade constitucional para irrestrita liberdade sindical. A atividade é lícita e eventual indeferimento de registro pelo então Ministério do Trabalho, hoje Secretaria de Trabalho, seria declarada inconstitucional, mormente diante do seguinte trecho decisório: *Diria, até, que, sob a égide da vigente Carta Política, intensificou-se o grau*

*de proteção jurídica em torno da liberdade de associação, na medida em que, ao contrário do que dispunha a Carta anterior, nem mesmo durante a vigência do estado de sítio se torna lícito suspender o exercício concreto dessa prerrogativa. O regime constitucional anterior, considerados os mecanismos extraordinários de defesa do Estado, tornava lícito, ao Poder Público, na vigência das medidas de emergência e do estado de sítio, suspender, temporariamente, o exercício da liberdade de reunião e da liberdade de associação; hoje, porém, tal não mais se revela possível, pois, quer sob a égide do estado de defesa, quer sob a égide do estado de sítio, a liberdade de associação mantém-se íntegra e inatingível (CF/88, art. 136, §1º, e art. 139). (destaques no original).*

Entretanto, paradoxalmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ratifica a constitucionalidade do óbice da unicidade sindical<sup>9</sup>, tendo editado a Súmula n.º 677 (DJ 09/10/2003):

*Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade.*

O Tribunal Superior do Trabalho também não adentra tal discussão, limitando-se a interpretar os seus efeitos de modo que resulte em menor prejuízo ao trabalhador e/ou atividade sindical, conforme se afere do seguinte precedente (TST – RR 1000464-24.2018.5.02.0445 – DEJT: 26/06/2020)<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Vide fundamentação do acórdão proferido na ADI 5034 AgR/DF

<sup>10</sup> RECURSO DE REVISTA. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. ART. 8º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ALCANCE. REVISÃO DA SÚMULA Nº 310/TST - EFEITO. PRECEDENTES DO PLENÁRIO DO STF. O art. 8º da Constituição Federal, textualmente, pontua, no "caput", que "é livre a associação profissional ou sindical", esclarecendo, no inciso III, que "ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas". Não se pode deixar de notar que o legislador constituinte, buscando, justamente, preservar a liberdade de associação sindical, enquanto intentava o fortalecimento do sistema, não restringiu aos associados a função representativa do sindicato. Antes, elasteceu-a, expressamente, de forma a abranger toda a categoria, em todos os seus direitos e interesses individuais

Forçoso concluir, portanto, inexistir no ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito da associação de natureza sindical, liberdade efetiva, garantidora da busca pela representatividade para negociação de direitos e obrigações trabalhistas, sendo pleno, apenas, o direito de não associação.

### 3. A UNICIDADE SINDICAL e A INOBSERVÂNCIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE ASSOCIAÇÃO. EFEITOS.

Alexandre Agra Belmonte, mesmo reconhecendo que o arcabouço legal brasileiro incentiva a negociação como ferramenta de solução de conflitos, visando a produção de normas que atendem aos interesses coletivos, questiona a eficácia do modelo negociado em face da ótica dos direitos fundamentais, ofertando duas reflexões: a) é possível garantir a dignidade da pessoa humana e a prevalência do valor social do trabalho sem a atribuição de real representatividade dos sindicatos e sem comprometer o processo de negociação? b) há, nesse ambiente de limitações, legitimidade para o desenvolvimento de uma atividade sindical eficaz? (BELMONTE, 2013 : 211).

O incentivo a negociação coletiva é cancelado internacionalmente. A Organização Internacional do Trabalho – OIT consagra e estimula a negociação coletiva como ferramenta de

---

e coletivos. *Ao manter-se o regramento sindical atrelado à unicidade, à liberdade de associação e à contribuição compulsoriamente exigível à categoria, na Constituição de 1988, não se pode conceber que a atuação sindical, em Juízo, esteja restrita, sob qualquer nível, de um lado, aos associados e, de outro, a determinados direitos.* De outro norte, a natureza social do Direito do Trabalho faz necessária tal prerrogativa, em face da qualidade de interesses representados, viabilizando a reunião de pretensões individuais em um único processo, de forma a favorecer o acesso ao Judiciário e a economia e celeridade processuais. O Pretório Excelso, em controle difuso de constitucionalidade, tem adotado o mesmo entendimento. Na busca de interpretação do art. 8º, III, da Carta Magna, chega-se à conclusão de que, para postular qualquer direito relacionado ao vínculo empregatício, o sindicato profissional tem legitimação extraordinária plena para agir no interesse de toda a categoria. Recurso de revista conhecido e provido.

regulação das condições de emprego. Neste particular, Kátia Magalhães Arruda, ao tratar do tema, destaca as ementas de n.º 880 e 881 do Comitê de Liberdade Sindical (ARRUDA, 2014: 207).

Denota-se, portanto, que tanto no âmbito interno (art. 7º, XXVI da Constituição Federal), quanto na esfera internacional, a negociação coletiva é exaltada e celebrada como ferramenta útil e própria para o regramento das relações de emprego no âmbito das mais diversas categorias profissionais.

José D'Assunção Barrosmpontua o “fenômeno da hiperespecialização”, destacando: *O primeiro fator que contribuiu para incrementar a multiplicação de campos e subcampos de saber foi certamente o fenômeno da ‘especialização’. Ao antigo modelo do homem de letras ou do filósofo que, à época do Iluminismo, frequentava vários campos de saber com igual desenvoltura, a contemporaneidade parece ter oposto não apenas a figura do intelectual especializado em um único campo da atuação, como também a figura do especialista em uma modalidade específica dentro de cada campo do saber, ou mesmo em uma temática única. A figura do especialista – por oposição às figuras do generalista ou à do pensador polivalente – parece ter se afirmado com especial vigor ao receber um significativo estímulo das instituições e do mercado cultural no mundo contemporâneo.*” (BARROS, 2013)

A especialização de atividades, profissões e/ou tarefas é notória. Trata-se de fenômeno irreversível e salutar para o convívio social. No campo do Direito, carrega em si a necessidade de uma legislação também especializada, atenta às particularidades e especificidades distintivas de cada profissão, sob pena de ser ignorada pelas relações sociais vigentes, uma vez que uma ordem normativa perde sua validade quando a realidade não mais corresponde a ela (KELSEN, 1998: 176).

A constante e exponencialmente crescente especialização das mais diversas atividades laborais é campo fértil para a

denominada autonomia privada coletiva, *poder social que fundamenta a liberdade sindical e o processo negocial, cuja dimensão importa no reconhecimento de importante fonte de produção normativa não estatal e cujo valor constitui base da reconstrução democrática das relações de trabalho, em oposição aos modelos corporativistas e socialistas*.(GONÇALVES, 1998 : 124/125).

Corroborando o cenário de exaltação da negociação coletiva, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria, Tema n.º 1.046: *Validade de norma coletiva de trabalho que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente*.

Daí porque injustas as críticas à alteração do artigo 8º e criação do artigo 611-A, ambos da CLT, por força da Lei 13.467/17, ao preceituar que no exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Portanto, por qualquer ângulo que se examine a controvérsia, outra não pode ser a conclusão senão da consagração da autonomia da vontade coletiva, cabendo ao Poder Judiciário apenas e tão somente intervir quando ausentes os pressupostos de validade do negócio jurídico, mormente no que tange à manifestação de vontade e à observância do Princípio da boa-fé, que deve balizar a negociação coletiva para elaboração formal e a efetivação do instrumento negociado (ARRUDA, 2014: 208).

É possível afirmar, com baixo risco de erro, ser ponto pacífico na doutrina de Direito Material do Trabalho que a finalidade da negociação coletiva é prover os trabalhadores de “melhores condições de trabalho/emprego”, tendo como parâmetro mínimo o texto legal. Data vênia, o conceito está distorcido. A

lei, por definição, é abstrata, genérica, não abrangendo todas as hipóteses passíveis de inserção no âmbito de sua regulação e, não raras vezes, revela-se prejudicial ao trabalhador.

A essência da negociação coletiva é adequar a legislação vigente às particularidades e especificidades de determinada categoria ou grupo de trabalhadores, cabendo aos partícipes da negociação elegerem os pontos de aplicação imediata da legislação e os que devem ser adaptados à realidade em que estão inseridos.

A lei 13.467/17 disciplinou, expressamente, as matérias em que a convenção e o acordo coletivo têm prevalência sobre a lei, bem como as matérias que não podem ser objeto de negociação coletiva. A alteração legislativa resultou em apresentação de um rol de temas passíveis de negociação e outros temas cuja a negociação é proibida. Os temas passíveis de negociação não estão exauridos no texto legal, apenas exemplificados, cabendo vinculação e/observância rígida apenas no que tange aos temas cuja negociação foi expressamente vetada.

Por outro lado, na mesma proporção de exaltação da relevância da negociação coletiva deve ser sopesado o enorme prejuízo decorrente da ausência de liberdade sindical e, por consequência, da marginalização dos trabalhadores desse processo, por carência de representatividade sindical no modelo vigente, baseado na unicidade sindical.

A liberdade sindical é inerente à própria liberdade de associação e, com o perdão da redundância, decorre da natural reunião de interesses comuns, de um grupo restrito ou mais abrange de trabalhadores. Daí porque, desde 17 de junho de 1948 a Organização Internacional do Trabalho – OIT, editou a Convenção nº 87, destacando-se, no particular, o artigo 2º:

*Art. 2 — Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas.*

Denota-se que a Convenção em destaque consagrou a au-

sência de quaisquer limitações ao direito fundamental de livre associação para defesa dos interesses dos trabalhadores. Daí porque, sem prejuízo do avanço do texto constitucional em resguardar a autonomia sindical, não houve observância, de forma satisfatória, à liberdade sindical, consagrada internacionalmente (NAHAS, 2017: 229).

Sem representação efetiva, os trabalhadores serão, na prática, privados da negociação coletiva, assim entendida como aquela que permite negociar seus reais e singulares interesses, que não necessariamente estarão representados nos interesses da categoria colocados na mesa de negociação pelo único sindicato autorizado para tal fim.

O pecado da unicidade sindical derogou a autonomia coletiva no ordenamento jurídico brasileiro. A autonomia coletiva pressupõe espaço de liberdade que a Constituição de 1988 não permite totalmente (NASCIMENTO, 2014: 241).

Com maior evidência os efeitos nocivos da marginalização dos trabalhadores do processo efetivo de negociação coletiva, quando se verifica que o Direito do Trabalho tem como função precípua a melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica, sendo que para o alcance de tal função deve ser considerado a coletividade dos trabalhadores, independentemente dos estritos efeitos sobre o ser individual destacado (DELGADO, 2008: 121).

Digno de nota que a reforma trabalhista também visou estimular a organização espontânea dos trabalhadores no âmbito das empresas, mediante comissão de empregados, cujo objetivo é a promoção do entendimento direto com os empregadores. Ocorre que tal incentivo é ineficaz, uma vez que, salvo convencimento do empregador e iniciativa unilateral deste, a fixação de direitos e obrigações ainda é exclusividade dos sindicatos, mediante acordo ou convenção coletiva (art. 8º, VI da CF).

Daí porque subsiste o entendimento doutrinário no sentido de que se promovam mecanismos que garantam notável re-

conhecimento à força organizacional e às prerrogativas dos sindicatos de trabalhadores, a par de significativo respeito às organizações de empregados no interior das empresas e de seus distintos estabelecimentos, normalmente de natureza sindical ou sob a direta influência destas entidades (DELGADO, 2012 : 78).

## CONCLUSÃO

As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, culminada com a declaração de repercussão geral da matéria inerente à eficácia plena das normas coletivas no âmbito da regência dos direitos e obrigações trabalhistas, ressuscitaram ou deveriam ressuscitar o debate sobre a liberdade sindical e efetiva representativa dos trabalhadores e empregadores no Brasil, face ao óbice do princípio constitucional da unicidade sindical.

A revogação da unicidade sindical resultaria em ganhos quantitativos, mediante a redução do número de sindicatos (seleção natural conforme os interesses dos trabalhadores), conforme experiência internacional e, qualitativo, consubstanciada na representação efetiva dos trabalhadores, com pautas de negociação que reflitam a singularidade de suas demandas.

Tal constatação, todavia, não caracteriza fator de retrocesso no movimento de consolidação da negociação coletiva como ferramenta efetiva para solução dos conflitos trabalhistas.

A ausência de representatividade dos trabalhadores, por força da inobservância da liberdade sindical, não acarreta, em absoluto, fragilidade ou ineficácia dos ajustes coletivos.

Pelo contrário, quanto maior for a eficácia das normas coletivas, maior o interesse dos trabalhadores em participar desse processo, gerando uma demanda natural pela representatividade plena e consequente fim da unicidade sindical.

Eventual movimento reverso, retirando a eficácia da norma coletiva, sepultará o interesse dos trabalhadores em se associar, legitimando, ainda que por via inversa, a manutenção do



modelo atual, que desagrade sindicatos, trabalhadores e empregadores.

Tal como se extrai da justificativa constantes da PEC 369/05, a extinção da unicidade sindical e o exercício pleno do direito à livre associação redundará na *superação dos obstáculos constitucionais à modernização do sistema de relações sindicais*, proporcionando a *base para a constituição de uma atmosfera de ampla liberdade e autonomia sindicais, sem a qual persistiremos prisioneiros de um sistema sindical estigmatizado pelo artificialismo em seus mecanismos representativos*<sup>11</sup>.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Alice Monteiro de – *Curso de Direito do Trabalho* – Editora LTr – 2. Ed – São Paulo : 2006.
- BARROS, José D’Assunção – *A expansão da História* – Edição Digital – Vozes – 2013.
- BELMONTE, Alexandre Agra – *A Tutela das Liberdades nas Relações de Trabalho* – Editora LTr – São Paulo : 2013
- DELGADO, Maurício Godinho – *Capitalismo, trabalho e emprego*. Editora LTr – São Paulo: 2008.
- DELGADO, Maurício Godinho e DELGADO, Gabriela Neves – *Constituição da República e Direitos Fundamentais*. Editora LTr – São Paulo: 2012.
- GONÇALVES, Lilian – *Ultratividade das Cláusulas Coletivas* – São Paulo – LTr, 2008. Página – 59 – citando NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria Geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

---

<sup>11</sup>[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=05D27B979914FFFB4CC5C45ECF45EE2D.proposicoesWebExterno2?co-decor=280671&filename=PEC+369/2005](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=05D27B979914FFFB4CC5C45ECF45EE2D.proposicoesWebExterno2?co-decor=280671&filename=PEC+369/2005) - acesso em 15/08/2020.

- KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Trad. Luiz Carlos Borges. 3a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira – *Negociação Coletiva e Contrato Individual de Trabalho*. Editora Atlas – São Paulo : 2001
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo C. Mascaro – *Negociação Coletiva e o Pluralismo do Direito do Trabalho: Algumas Questões Contemporâneas*. Artigo retirado de: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire e LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (coordenadoras) – *Conciliação Judicial Individual e Coletiva e Formas Extrajudiciais de Solução dos Conflitos Trabalhistas*. Editora LTr – São Paulo : 2014;
- MEIRELLES, Davi Furtado – *Negociacao Coletiva em tempos de crise*. Editora LTr – São Paulo : 2018.
- NAHAS, Thereza. *Novo Direito do Trabalho: institutos fundamentais – impactos da reforma*. Editora Revista dos Tribunais – São Paulo : 2017.
- SANTOS, Cibele Carneiro da Cunha Macedo – *Breves comentários às convenções ns 87 e 98 da organização internacional do trabalho*. Artigo retirado de: ALVARENGA, Rúbia Zanutelli de e COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (coordenadoras) – *Direito internacional do trabalho e convenções internacionais da OIT comentadas*. Editora LTr – São Paulo : 2014

# A RETIRADA DA OBRA DE CIRCULAÇÃO E SUA DISCIPLINA NO DIREITO AUTORAL

Leonardo Estevam de Assis Zanini\*

Odete Novais Carneiro Queiroz\*\*

**Resumo:** O presente artigo examina o direito de retirada de circulação da obra no âmbito do direito autoral. A pesquisa adota metodologia descritiva e dedutiva, fundamentada em revisão bibliográfica e na investigação da jurisprudência e da legislação. Inicialmente, apresenta-se a evolução histórica do instituto, desde sua origem na doutrina francesa até sua recepção no Brasil. Em seguida, discute-se a terminologia empregada e suas distinções dogmáticas. O texto analisa ainda o conceito e os limites do direito de retirada previstos na Lei 9.610/1998, destacando a restrição às hipóteses de ofensa à reputação e à imagem do autor, bem como a necessidade de compatibilização com os direitos da personalidade e com a Constituição Federal. Por fim, aborda-se

---

\* Livre-docente e doutor em Direito Civil pela USP. Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal na Seção Judiciária de São Paulo. Juiz Federal em auxílio à Corregedoria Regional da Justiça Federal da 3ª Região (2022-2024). Professor Universitário (graduação e pós-graduação). Pesquisador do Centro de Estudos em Democracia Ambiental da UFSCar. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo e Diretor da Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul. lezanini@jfsp.jus.br; assiszanini@gmail.com. ORCID 0000-0002-9057-4387.

\*\* Doutora e mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora doutora, por concurso público, na graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da PUC-SP, onde leciona Direito Civil. odetenovaes@uol.com.br. ORCID 0000-0003-2057-9032.

o exercício prático desse direito, a exigência de indenização prévia e os problemas decorrentes de seu uso abusivo, oferecendo ao leitor uma visão crítica sobre a disciplina jurídica da retirada de circulação da obra e suas implicações para a proteção da dignidade e da liberdade intelectual do autor.

**Palavras-Chave:** Direito de autor; direitos da personalidade; direito de retirada; direito comparado; dignidade do autor.

## THE WITHDRAWAL OF A WORK FROM CIRCULATION AND ITS REGULATION IN COPYRIGHT LAW

**Abstract:** This article examines the right of withdrawal of a work from circulation within the scope of copyright law. The research adopts a descriptive and deductive methodology, based on a review of the scholarly literature and the investigation of case law and legislation. It first presents the historical evolution of the institute, from its origins in French doctrine to its reception in Brazil. Next, it discusses the terminology employed and its dogmatic distinctions. The text further analyzes the concept and the limits of the right of withdrawal established in Law 9.610/1998, highlighting the restriction to cases involving harm to the author's reputation and image, as well as the need for compatibility with personality rights and the Federal Constitution. Finally, it addresses the practical exercise of this right, the requirement of prior compensation, and the problems arising from its abusive use, offering the reader a critical perspective on the legal discipline of withdrawal from circulation and its implications for the protection of the author's dignity and intellectual freedom.

**Keywords:** Copyright law; personality rights; right of withdrawal; comparative law; author's dignity.

**Sumário:** Introdução – 1. A obra e a evolução das convicções do

criador – 2. Nota histórica – 3. Terminologia – 4. Conceito – 5. O exercício do direito de retirada – 6. Indenização prévia – 7. Limites e compatibilização constitucional – 8. Abuso do direito de retirada e boa-fé – 9. Considerações finais.

## INTRODUÇÃO

A disciplina dos direitos morais do autor ocupa posição central no âmbito do direito autoral contemporâneo, tanto pela relevância prática que assume na proteção da personalidade do criador quanto pela sofisticação dogmática que caracteriza sua construção teórica. Diante disso, o presente artigo tem por objetivo examinar, de forma sistemática, o direito de retirada de circulação da obra, destacando suas principais características estruturais e evidenciando algumas particularidades que emergem quando comparadas à legislação estrangeira.

Para tanto, parte-se da análise histórica do instituto e da evolução de sua recepção no Brasil, bem como da discussão terminológica que envolve a matéria. Questiona-se de que modo esse direito se articula com os direitos da personalidade e quais as consequências que dele decorrem para a disciplina jurídica da utilização da obra. Demonstra-se que, no sistema brasileiro, a Lei 9.610/1998 restringiu o exercício do direito de retirada às hipóteses de ofensa à reputação e à imagem do autor, o que suscita críticas doutrinárias e exige compatibilização com a Constituição Federal.

O objetivo geral do trabalho é analisar a estrutura e o funcionamento do direito de retirada no sistema jurídico brasileiro. Para alcançá-lo, estabelecem-se como objetivos específicos: a) examinar a evolução histórica do instituto e sua fundamentação dogmática; b) discutir a terminologia e os conceitos aplicados pela doutrina; c) identificar os limites e as condições de exercício previstos na legislação; d) avaliar os problemas práticos decorrentes da exigência de indenização prévia e do uso abusivo

do direito; e) apresentar as aproximações e diferenças mais relevantes em relação ao direito comparado.

A metodologia utilizada no presente trabalho é descritiva e dedutiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica, jurisprudencial e legislativa. Além de oferecer uma visão panorâmica da matéria, o estudo busca instigar o leitor a refletir criticamente sobre a disciplina jurídica da retirada de circulação da obra e suas implicações para a proteção dos direitos da personalidade do autor.

## 1. A OBRA E A EVOLUÇÃO DAS CONVICÇÕES DO CRIADOR

O ser humano encontra-se em permanente processo de redescoberta, no qual é indiscutível a existência de espaço para sua evolução, aperfeiçoamento e amadurecimento. Isso sucede não apenas no que toca ao aspecto físico, mas também no seu modo de pensar e de compreender o mundo, nas suas convicções pessoais, inclusive religiosas, bem como em vários outros aspectos relacionados à sua personalidade.

O escritor que, em sua juventude, sustentava determinado ponto de vista pode, com o passar dos anos, reconhecer que aquele posicionamento refletia uma visão de mundo ainda imatura, não suficientemente elaborada ou já superada, que foi deixada para trás. É possível então a existência de descompasso entre obras anteriormente criadas e o posicionamento atual do autor, o que inevitavelmente repercute em vários aspectos de sua personalidade.

Assim, o jurista, por exemplo, que em seus primeiros trabalhos defendia a pena de morte pode, anos mais tarde, rever seu posicionamento e rejeitar de forma categórica a pena capital. O mesmo pode ser dito em relação a um pesquisador que, no início de sua carreira, defendia a pesquisa com células-tronco embrionárias, porém, melhor refletindo sobre o assunto, acaba se con-

vencendo dos problemas éticos envolvidos em tais estudos, passando a assumir ponto de vista diametralmente oposto<sup>1</sup>.

Outrossim, é possível que o autor, diante da produção de novos trabalhos, do progresso técnico-científico ou mesmo de transformações sociais, perceba a imperfeição ou a insuficiência de suas obras mais antigas, o que pode levá-lo a considerá-las como trabalhos inferiores e anacrônicos, não mais representativos de sua personalidade atual.

Nesses casos, não surge nenhum problema se o autor não tiver transferido os direitos de utilização da obra a uma outra pessoa, pois poderia, apenas em função de sua própria vontade, já que não vinculado contratualmente a outrem, simplesmente retirar a obra de circulação. Todavia, tal hipótese não é muito frequente, sendo mais comum a vinculação contratual do autor a um terceiro, que assume a obrigação de colocar a obra em circulação.

Seja como for, apesar da vinculação contratual do autor, reconhece-se em alguns países, sob determinadas condições, a possibilidade de retirada da obra de circulação, com a interrupção do contrato anteriormente celebrado<sup>2</sup>. Essa medida pode ser adotada para melhorar, transformar ou refazer a obra, bem como, caso o autor entenda não ser possível uma nova utilização da obra, fala-se então em uma retirada duradoura ou até mesmo definitiva.

Esse direito serve, em especial, aos interesses pessoais do autor. Isso porque o vínculo que une autor e obra projeta inevitavelmente o criador na esfera pública, como se estivesse pessoalmente presente em cada exposição, e pode tornar-se fonte de desconforto ou constrangimento. Nesse contexto, o direito de revogar um direito de uso concedido, quando a obra já não corresponde às convicções do autor, surge como instrumento de pro-

---

<sup>1</sup> MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 206.

<sup>2</sup> WANDTKE, Artur-Axel; OSTENDORFF, Saskia. *Urheberrecht*. 9. ed. Berlin: de Gruyter, 2023, p. 187.

teção da dignidade autoral, permitindo que a obra seja reconduzida à esfera privada<sup>3</sup>.

Por conseguinte, o direito de retirada disciplina a contraposição entre a exteriorização da personalidade do autor, que se faz presente na obra, e o legítimo exercício dos direitos de utilização, permitindo ao criador revogar um direito de uso concedido quando a obra já não corresponde às suas convicções e, por isso, sua exploração não pode mais ser razoavelmente exigida<sup>4</sup>.

## 2. NOTA HISTÓRICA

O direito de retirada já era admitido pela doutrina do século XIX. Após o reconhecimento dos direitos morais por Morillot, em 1878, encontra-se na obra de Alcides Darras, publicada em 1887, a defesa do entendimento de que, mesmo na hipótese de cessão integral dos direitos patrimoniais, o autor ainda poderia retirar sua obra de circulação<sup>5</sup>.

A Convenção de Berna, por sua vez, embora tenha passado a reconhecer os direitos morais a partir da revisão de 1928, não chegou a consagrar o direito de retirada de circulação, situação que não sofreu alteração nas revisões subsequentes, perdurando até o presente momento.

Não são muito numerosos os países que aceitam o direito de retirada, o que não deixa de ser reflexo da ausência de previsão no âmbito do Direito Internacional. Mesmo na França, berço dos direitos morais, somente com a Lei de 1957, atualmente incorporada pelo Código de Propriedade Intelectual (art. L 121-

---

<sup>3</sup> KÜSTER, Stefan. *Das Rückzugsrecht des Urhebers*. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 33.

<sup>4</sup> KÜSTER, Stefan. *Das Rückzugsrecht des Urhebers*. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 32.

<sup>5</sup> LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*. Aix-en-provence: PUAM, 2002, t. I, p. 76.



4)<sup>6</sup>, é que se introduziu o direito em questão<sup>7</sup>.

No Brasil, por outro lado, o direito de retirada não foi reconhecido pela Lei 496 de 1898 e nem pelo Código Civil de 1916. A ausência de previsão legal, contudo, não silenciou a doutrina nacional, podendo-se mencionar o estudo de Philadelpho Azevedo sobre o “Direito moral do escritor”, editado em 1930, bem como a obra de Eduardo Espínola intitulada “Posse, Propriedade, Compropriedade ou Condomínio, Direitos Autorais”, publicada em 1956<sup>8</sup>.

Apenas em 1973 é que se reconheceu, em nosso país, o direito do autor de retirar sua obra de circulação ou de suspender qualquer forma de utilização anteriormente autorizada<sup>9</sup>, o que foi previsto no art. 25, VI da Lei 5.988/1973.

Posteriormente, a Lei 9.610/1998 também regulamentou a matéria em seu art. 24, VI. Como se verá adiante, contudo, a legislação atual é mais restritiva do que a Lei 5.988/1973.

### 3. TERMINOLOGIA

---

<sup>6</sup> Art. L. 121-4 do Código de Propriedade Intelectual francês: “*Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son oeuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer. Lorsque, postérieurement à l'exercice de son droit de repentir ou de retrait, l'auteur décide de faire publier son oeuvre, il est tenu d'offrir par priorité ses droits d'exploitation au cessionnaire qu'il avait originellement choisi et aux conditions originellement déterminées*”. Tradução livre: “Não obstante a cessão do direito de exploração, o autor, mesmo após a publicação de seu trabalho, tem o direito de se arrepender ou de retirada diante do cessionário. No entanto, ele somente pode exercer este direito se indenizar antecipadamente o cessionário pelos prejuízos que lhe foram causados. Quando, após o exercício do seu direito de arrependimento ou de retirada, o autor decide publicar seu trabalho, ele deverá oferecer prioritariamente os seus direitos de exploração para o cessionário que ele tinha originalmente escolhido e nas condições originalmente estabelecidas”.

<sup>7</sup> POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Le droit d'auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 436.

<sup>8</sup> ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 545 e 547.

<sup>9</sup> Art. 25, VI da Lei 5.988/1973: “o de retirá-la de circulação, ou de lhe suspender qualquer forma de utilização já autorizada”.

A legislação brasileira assegura ao autor o direito de retirar de circulação a sua obra, sem fazer referência expressa a um direito de arrependimento. A doutrina nacional, por sua vez, além de admitir a expressão direito de retirada (termo legal), também reconhece o direito de arrependimento. Menos frequente, contudo, é na literatura brasileira a utilização da expressão direito de retratação.

No direito estrangeiro, a terminologia igualmente apresenta variações, concentrando-se, em geral, nas expressões direito de arrependimento, direito de retratação e direito de retirada. A maior parte das legislações estrangeiras prefere a utilização da última expressão<sup>10</sup>, ao passo que a doutrina francesa dá primazia às noções de direito de retirada ou direito de arrependimento<sup>11</sup>.

Diante desse panorama, a primeira questão que se coloca é saber se tais expressões devem ser compreendidas como sinônimas ou se, ao contrário, existe alguma diferença conceitual entre elas.

No Brasil, a doutrina majoritária distingue o direito de arrependimento do direito de retirada, considerando o primeiro como uma fase íntima, de caráter interno, uma vez que antes de tudo é necessário o arrependimento do autor quanto à criação da obra. Ao arrependimento segue-se a retirada da obra de circulação, que corresponde à fase externa, na qual o autor manifesta sua vontade no sentido de não permitir mais a circulação do trabalho<sup>12</sup>. Essa manifestação implica a resilição unilateral ou a de-

---

<sup>10</sup> LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 1993, p. 172.

<sup>11</sup> POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Le droit d'auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 436.

<sup>12</sup> CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 190. Entendimento bastante particular é defendido por Ascensão: “Fala-se por vezes entre nós, em vez de retirada, em arrependimento. O termo teria âmbito maior, pois permitiria abranger formas de não cumprimento de obrigações de entrega, e não apenas a retirada de obra já em exploração” (ASCEN-

núncia do contrato anteriormente celebrado.

Não é outro o entendimento de Lipszyc, ao ponderar que, na Argentina, o “*derecho de retracto o arrepentimiento*” compreende “as duas fases da operação: o arrependimento se refere à fase interna: mental, e o retrato à externa: manifestação de vontade do ato mesmo”<sup>13</sup>.

Toda essa discussão, entretanto, está assentada no Art. L. 121-4 do Código de Propriedade Intelectual francês, que faz menção tanto ao arrependimento (*repentir*) quanto à retirada ou retrato (*retrait*). A partir dessa disposição legal derivou o exame da distinção, visto que a doutrina francesa procurou oferecer uma resposta para o tratamento distinto existente na legislação.

A doutrina dominante, apoiada em Desbois, adota o critério cronológico, segundo o qual a decisão íntima de arrependimento (*repentir*) precede a passagem ao ato de retirada (*retrait*)<sup>14</sup>. Nessa perspectiva, o arrependimento constitui etapa anterior à retirada, de modo que seria primeiro necessário que o autor se arrependesse da divulgação da obra, para que depois, em momento posterior, pudesse vir a retirar a obra de circulação.

Todavia, esse raciocínio não está isento de críticas, uma vez que a legislação não exige que o autor retire sua obra de circulação em função necessariamente de imperfeições, erros ou lacunas. O autor pode, evidentemente, repudiá-la ou se retratar, justificando sua retirada de circulação, mas também pode fazê-lo por outras razões, como o receio de sanções penais, políticas ou religiosas. Desse modo, as expressões direito ao arrependimento e direito de retratação, frequentemente utilizadas, não

---

SÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 135).

<sup>13</sup> LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 1993, p. 172.

<sup>14</sup> VIVANT, Michel; BRUGUIÈRE, Jean-Michel. *Droit d'auteur et droits voisins*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2019, p. 304. No mesmo sentido, esclarece Pollaud-Dulian que parte da doutrina francesa prefere considerar o critério cronológico para a distinção, existindo, em um primeiro momento, o arrependimento, que é seguido da retirada da obra de circulação (POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Le droit d'auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 436).

abrangem o direito em questão em toda a sua plenitude, revelando-se, por isso, insuficientes<sup>15</sup>.

Por outro lado, ainda buscando uma justificação para as diferentes expressões, parte da doutrina francesa vê no arrependimento a retomada da obra para sua modificação, isto é, a obra tem sua circulação suspensa para que o autor providencie as modificações que entender necessárias, já que posteriormente o trabalho voltará a ser acessível ao público. A retirada, por sua vez, representaria o fim do direito de exploração, implicando o afastamento definitivo da obra de sua circulação<sup>16</sup>.

Outrossim, é interessante observar que toda essa discussão em torno do direito ao arrependimento, retratação ou retirada, tão recorrente entre autores de países que seguem o sistema do “*droit d’auteur*”, não existe no direito autoral alemão, que utiliza exclusivamente a expressão direito de retirada (*Rückrufsrecht*), cunhada por De Boor<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> GRECO, Paolo; VERCELLONE, Paolo. *I diritti sulle opere dell’ingegno*. Torino: UTET, 1974, p. 120. O mesmo raciocínio vale para a expressão “retrato”, que deriva de “retratação”, ou seja, o ato de desdizer uma declaração anteriormente feita. Ora, a retirada não implica necessariamente no fato do autor estar negando suas convicções apresentadas em uma obra, mas puramente que pretende a retirada de circulação da obra. Assim, é certo que a retirada pode decorrer de um novo posicionamento político, científico, filosófico etc, mas também é possível que decorra de ameaça à integridade física ou à própria vida do autor, no que não se poderia falar propriamente em retratação.

<sup>16</sup> POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Le droit d’auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 436.

<sup>17</sup> ULMER, Eugen. *Urheber- und Verlagsrecht*. Stuttgart: Kohlhammer, 1960, p. 373. A expressão alemã abrange fundamentalmente três modalidades distintas de retirada: o direito de retirada pela mudança de convicção (*Rückrufsrecht wegen gewandelter Überzeugung* - § 42 da UrhG), o direito de retirada pelo não exercício dos direitos patrimoniais (*Rückrufsrecht wegen Nichtausübung* - § 41 da UrhG) e o direito de retirada em caso de alienação da empresa (*Rückrufsrecht bei Unternehmensveräußerung* - § 34, 3 da UrhG). Assim, o sistema alemão é mais protetivo do que o brasileiro, permitindo ao autor controlar a exploração de sua obra até mesmo diante de cenários de alteração empresarial (WANDTKE, Artur-Axel; OSTENDORFF, Saskia. *Urheberrecht*. 9. ed. Berlin: de Gruyter, 2023, p. 187-192; SCHACK, Haimo. *Urheber- und Urhebervertragsrecht*. 11. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2025, p. 358; PEUKERT, Alexander; HUBMANN, Heinrich; REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*. 19. ed. München: C. H. Beck, 2023, p. 304-308; LETTL, Tobias. *Urheberrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2021, p. 178).

Nesse contexto, surge a indagação acerca da razão pela qual a doutrina brasileira atribui grande importância à distinção entre o arrependimento e a retirada, o que parece, diante da disposição constante do art. 24, VI da Lei 9.610/1998, representar a importação de um problema francês inexistente no direito brasileiro.

Portanto, considerando que a legislação brasileira consagra o direito de retirada, terminologia que, como foi visto, expressa adequadamente o significado do direito em análise, não há razão para a utilização de termos menos precisos, sobretudo porque tais distinções não apresentam qualquer relevância prática.

#### 4. CONCEITO

A Lei 5.988/1973 reconhecia ao autor o direito de retirar de circulação ou de suspender qualquer forma de utilização previamente autorizada de sua obra. Afora a necessidade de indenizar terceiros eventualmente prejudicados, não eram estabelecidos outros requisitos para o exercício desse direito, uma vez que o texto legal simplesmente concedia ao autor a prerrogativa de retirar sua obra de circulação ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada.

Esse regime foi alterado pela Lei 9.610/1998, que passou a disciplinar a matéria de forma mais restritiva em seu art. 24, VI, estabelecendo que o exercício do direito de retirada somente seria cabível em caso de afronta à reputação e à imagem do autor.

A doutrina, de modo geral, dirige críticas à parte final do referido dispositivo, considerando que a limitação do exercício do direito de retirada aos casos de afronta à reputação e à imagem do autor tende, na prática, a esvaziar ou mesmo inviabilizar o seu exercício<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personali-*

O problema de redação do art. 24, VI da Lei 9.610/1998 é semelhante ao ocorrido na elaboração do art. 20 do Código Civil<sup>19</sup>. Por conseguinte, o legislador desconsiderou a construção doutrinária consolidada ao longo dos anos, confundindo o direito de retirada com os direitos à reputação e à imagem.

Com efeito, ao se condicionar o exercício do direito de retirada à ocorrência de ofensa à reputação e à imagem do autor, passa-se a exigir que um direito da personalidade do autor somente possa ser exercido se outros direitos da personalidade forem ao mesmo tempo violados, o que se revela dogmaticamente incoerente.

Outrossim, apesar de ser possível que o direito de retirada decorra de ofensa à reputação, à honra e a outros direitos da personalidade, existem hipóteses em que o motivo da retirada não tem nenhuma ligação com referidas ofensas, decorrendo exclusivamente das convicções do autor. Assim, a limitação do direito de retirada aos casos de ofensa à reputação e à honra do autor deve ser considerada uma afronta à liberdade de consciência, de manifestação do pensamento e de expressão da atividade intelectual, artística e científica. Impõe-se, portanto, interpretar tal limitação de forma a não se incompatibilizar com os mandamentos constantes do art. 5º, incisos IV, VI e IX da Constituição Federal.

Mais complexa ainda se revela a interpretação do dispositivo quando se observa o emprego da conjunção aditiva “e”, o que daria a entender que o exercício do direito de retirada somente seria cabível se houvesse ofensa simultânea à imagem e à reputação do autor. Ora, se o dispositivo já restringiria bastante o direito de retirada ao ligá-lo alternativamente a uma eventual ofensa à imagem ou à reputação, a exigência cumulativa de am-

---

*dade: reflexões à luz do Código Civil.* Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 192.

<sup>19</sup> ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018, *passim*.

bas as ofensas praticamente esvazia o instituto, tornando-o, na prática, inaplicável.

Para a compatibilização do art. 24, VI da Lei 9.610/1998 com a Constituição Federal e com o direito geral da personalidade, a melhor interpretação seria aquela no sentido de que o direito de retirada pode ser exercido não apenas nas hipóteses de afronta à reputação ou à imagem do autor, mas também quando a utilização previamente autorizada da obra não mais se ajuste às convicções do autor.

Desse modo, ainda que a Lei 9.610/1998 haja expressamente previsto o direito de retirada somente para as hipóteses de afronta à reputação e à imagem do autor, nada impede que, partindo-se do direito geral da personalidade, aplicável ao Direito de Autor, se reconheça a existência de um direito de retirada fundado puramente na mudança de opinião ou convicção do autor. Nessa perspectiva, poderia o criador, por motivo relevante, não mais reconhecer na obra a expressão de sua personalidade, legitimando, assim, o exercício do direito de retirada<sup>20</sup>.

Por conseguinte, à luz do entendimento ora adotado, o direito geral da personalidade autoriza o reconhecimento do direito de retirada fundado pura e simplesmente nas convicções do autor, ao passo que a Lei 9.610/1998 consagra esse mesmo direito nas hipóteses de afronta à reputação e à imagem do criador.

## 5. O EXERCÍCIO DO DIREITO DE RETIRADA

A obra somente pode ser retirada de circulação se anteriormente houve a sua divulgação. Antes desse momento, enquanto não acessível ao público, não se está diante do exercício do direito de retirada, mas sim do direito ao inédito.

O mesmo se aplica à hipótese de obra cuja divulgação

---

<sup>20</sup> CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 193-194.

tenha sido contratualmente ajustada, mas ainda não efetivada. Nessa situação, poderá o autor exercer o seu direito ao inédito, obstando a divulgação previamente pactuada<sup>21</sup>.

Paralelamente à controvérsia acerca do momento do exercício do direito de retirada, parte da doutrina sustenta a necessidade de apresentação de uma justificação objetiva. Nessa perspectiva, caberia ao autor esclarecer os motivos pelos quais passou a entender que a obra já não mais reflete a sua personalidade<sup>22</sup>.

Tal exigência de motivação é concebida para que não haja a utilização do direito de retirada com finalidade econômica, isto é, como instrumento para a obtenção de melhores condições de exploração dos direitos patrimoniais do autor, como forma de barganhar um aumento na remuneração contratada, o que certamente configura um grave problema para a estabilidade e a segurança das relações jurídicas<sup>23</sup>.

Todavia, afigura-se inviável condicionar o exercício do direito de retirada à apresentação de motivos, mesmo porque seria bastante complicada a análise dos fatores que levaram o criador a concluir que uma determinada obra já não mais reflete a sua personalidade. Em realidade, as razões que conduzem o criador ao exercício do direito de retirada não se prendem, necessariamente, a considerações de ordem material. Apenas o autor conhece os motivos que o levam a tomar uma medida que, sob a

---

<sup>21</sup> Nesse sentido é o entendimento de Chinellato, para quem a retirada de circulação pressupõe a prévia divulgação da obra, ao passo que, na fase anterior à publicação da obra, não se configura propriamente o direito de retirada, mas apenas a ruptura do vínculo contratual (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 190).

<sup>22</sup> NORDEMANN, Jean Bernd. §§ 40-42 UrhG. In: FROMM, Friedrich Karl; NORDEMANN, Wilhelm (Hrsg). *Urheberrecht: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, zum Verlagsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*. München: C.H. Beck, 1998, p. 898.

<sup>23</sup> MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 217.



ótica estritamente econômica, poderia até parecer irracional<sup>24</sup>.

Assim, se a preocupação desses doutrinadores reside na prevenção do exercício abusivo do direito de retirada, não se justifica a imposição de novas exigências ao seu exercício. O que se impõe, antes, é a verificação, em cada caso concreto, da eventual ocorrência de abuso de direito e de violação da boa-fé.

Desse modo, havendo indícios de que o direito de retirada foi exercido com finalidade meramente especulativa, devem os prejudicados ingressar com ação contra o autor, na qual poderão ser discutidos os fundamentos da retirada, bem como demonstrados os benefícios econômicos obtidos com o exercício desse direito.

Comprovado o exercício abusivo do direito (art. 187 do Código Civil), sem qualquer fundamentação na alteração das convicções do autor, mas fulcrado apenas na intenção de melhorar a retribuição paga pela exploração da obra, caberá então o pagamento de indenização pelos prejuízos sofridos por aquele que figurava como titular do direito de utilização.

Outrossim, deve ficar bem claro que o direito de retirada não tem o objetivo de retirar todas as obras já vendidas de circulação. Não é garantida a recuperação, pelo autor, do suporte físico da obra<sup>25</sup>. De fato, é inconcebível se pensar que o autor teria direito de se dirigir a cada pessoa que comprou a obra retirada do comércio e pretender recomprá-la ou destruí-la. Também não há que se falar na proibição de que terceiros relatem ou citem a opinião manifestada em um trabalho retirado de circulação pelo autor<sup>26</sup>, sobretudo porque referido trabalho foi regularmente divulgado e pode integrar acervos de bibliotecas ou arquivos públicos.

Em realidade, o direito de retirada confere ao autor ape-

---

<sup>24</sup> KÜSTER, Stefan. *Das Rückzugsrecht des Urhebers*. Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 99.

<sup>25</sup> POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Le droit d'auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 437.

<sup>26</sup> SPAUTZ, Wolfgang. §§ 25-44. In: MÖHRING, Philipp et alii (Hrsg.). *Urheberrechtsgesetz*. München: C.H. Beck, 2000, p. 446.

nas e tão somente a possibilidade de resilir os contratos nos quais autorizou a utilização de sua obra, exigindo-se, em contrapartida, o pagamento de indenização<sup>27</sup>. Não decorre de seu exercício qualquer pretensão contra aqueles que anteriormente adquiriram o suporte físico de sua obra, devendo o autor contentar-se simplesmente com a retirada de circulação das obras que estavam no comércio no momento em que declarou a existência de incompatibilidade entre a obra e sua personalidade.

Ademais, no que toca à sua extensão, normalmente a retirada ocorre em relação a todos os negócios jurídicos celebrados. Entretanto, admite-se, excepcionalmente, a retirada parcial, isto é, limitada somente a uma das formas de utilização da obra. Tal hipótese pode ocorrer, por exemplo, quando uma obra dramática, do ponto de vista dos bons costumes, pudesse ser tolerada na forma escrita, porém representasse um verdadeiro escândalo se reproduzida em um palco ou em uma sala de cinema<sup>28</sup>.

Por fim, vale notar que o direito de retirada não pode ser antecipadamente renunciado e nem existe um prazo para seu exercício. Pode o autor exercê-lo a qualquer momento, independentemente do decurso de qualquer prazo, uma vez que a obra deve, de forma contínua, refletir a personalidade de seu criador.

## 6. INDENIZAÇÃO PRÉVIA

O exercício do direito de retirada está condicionado ao pagamento de indenização a terceiros<sup>29</sup>, exigência que já era prevista pela Lei 5.988/1973. Com a entrada em vigor do art. 24, § 3º da Lei 9.610/1998, passou a ser necessário o pagamento prévio da indenização, o que tornou mais difícil o exercício desse

---

<sup>27</sup> STROWEL, Alain. *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences*. Paris: LGDJ, 1993, p. 496.

<sup>28</sup> GRECO, Paolo; VERCELLONE, Paolo. *I diritti sulle opere dell'ingegno*. Torino: UTET, 1974, p. 121-122.

<sup>29</sup> Art. 25, § 3º da revogada Lei 5.988/73: "Nos casos dos incisos V e VI deste artigo, ressalvam-se as indenizações a terceiros, quando couberem".

direito. Não é possível então, conforme a atual legislação, o exercício do direito de retirada se não houver a prévia indenização do titular do direito de utilização e de eventuais terceiros prejudicados.

A norma procura coibir práticas abusivas por parte de autores que, na ausência do dever de indenizar, poderiam exercer o direito de retirada de forma leviana. Nessa linha, a indenização, como pondera Ascensão, servirá, ao menos, “para evitar excessiva ligeireza na mudança de concepções”<sup>30</sup>.

Ao mesmo tempo, essa obrigação leva em conta que a retirada não decorre de culpa do titular do direito de utilização e nem de terceiros, mas sim é imputável à conduta do próprio autor, sendo por isso razoável que ele “seja onerado com a indenização de danos causados em contrapartida do exercício do direito de retirada”<sup>31</sup>.

Aliás, a norma perderia completamente o seu sentido se o direito de retirada não tivesse fundamento simplesmente na mudança de orientação do autor. É que se assim não fosse, chegar-se-ia ao absurdo de admitir que, mesmo se a circulação ou utilização da obra viesse a causar ofensa à reputação e à imagem do autor, ainda assim, não obstante a violação aos seus direitos da personalidade, seria exigido o pagamento de indenização para o exercício do direito de retirada.

Afastada também nesse ponto a necessidade de afronta à reputação e à imagem, é certo que se a modificação do pensamento do autor levou à retirada da obra de circulação e à ocorrência de danos, impõe-se que o ressarcimento seja integral. Daí que as perdas e danos devem abranger os danos emergentes e os lucros cessantes, considerando as consequências imediatas, diretas e previsíveis do fato lesivo<sup>32</sup>. E nesse ponto a Lei

---

<sup>30</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 136.

<sup>31</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 136.

<sup>32</sup> GRECO, Paolo; VERCELLONE, Paolo. *I diritti sulle opere dell'ingegno*. Torino:

9.610/1998 não estabelece nenhuma disciplina específica, pelo que são aplicáveis as normas gerais do Código Civil.

Assim, deve-se pagar aquilo que foi efetivamente perdido, os chamados danos emergentes (*damnum emergens*), que compreendem os gastos feitos pelo titular do direito de utilização até o momento da retirada da obra, o que pode abranger, por exemplo, os custos de impressão, publicidade e produção<sup>33</sup>.

Além disso, é necessário o ressarcimento do lucro não alcançado (*lucrum cessans*)<sup>34</sup>, entendido como o ganho que razoavelmente seria esperado (art. 402 do Código Civil)<sup>35</sup>, isto é, aquele que guardaria uma relação direta e imediata com a retirada da obra de circulação (art. 403 do Código Civil)<sup>36</sup>. Não se admite, por conseguinte, a pretensão fundada em meras conjecturas ou exercício de futurologia, que toma por base alegações infundadas, sem qualquer sustentação em um conjunto probatório consistente, mesmo porque o “sucesso de uma obra é, por natureza, sempre muito incerto”<sup>37</sup>.

Outro ponto passível de discussão é a estipulação de cláusula penal compensatória para a hipótese do exercício do direito de retirada de circulação da obra. Tal cláusula estabeleceria uma prefixação das perdas e danos para o caso de inexecução completa da obrigação, que objetivaria justamente a reparação dos prejuízos gerados pelo inadimplemento provocado pelo di-

---

UTET, 1974, p. 120.

<sup>33</sup> WANDTKE, Artur-Axel. §§ 32c-44. In: WANDTKE, Artur-Axel; BULLINGER, Winfried (Hrsg.). *Praxiskommentar zum Urheberrecht*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2009, p. 648.

<sup>34</sup> GAUTIER, Pierre-Yves. *Droit de la propriété littéraire et artistique*. Paris: LGDJ, 2021, p. 182.

<sup>35</sup> Art. 402 do Código Civil: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

<sup>36</sup> Art. 403 do Código Civil: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

<sup>37</sup> POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Le droit d’auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 439.

reito de retirada (art. 409 do Código Civil)<sup>38</sup>.

A vantagem da previsão estaria no fato de constituir uma prefixação dos danos decorrentes da retirada da obra de circulação, dispensando-se, assim, a alegação e a prova do prejuízo efetivamente sofrido<sup>39</sup>. Nessa hipótese, pode o credor exigir diretamente o valor estipulado na cláusula penal, nos termos do art. 416 do Código Civil<sup>40</sup>.

Entretanto, a previsão de cláusula penal compensatória encontra resistência na doutrina<sup>41</sup>, ao fundamento de que o contrato não poderia agravar as condições legais estabelecidas para o exercício do direito de retirada, pois isto contrariaria a vontade do legislador e dificilmente seria compatível com a natureza e as características dos direitos da personalidade<sup>42</sup>.

A solução da controvérsia está no próprio Código Civil, que, em seu art. 408, estabelece que o devedor incorre de pleno direito na cláusula penal quando, culposamente, deixou de cumprir a obrigação ou se foi constituído em mora<sup>43</sup>. Desse modo, como o regular exercício do direito de retirada não pode ser considerado um ilícito contratual<sup>44</sup>, não há que se falar na aplicação de cláusula penal em caso de exercício de direito assegurado pela própria legislação.

Diversa é a situação em que o titular do direito de utili-

---

<sup>38</sup> Art. 409 do Código Civil: “A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora”.

<sup>39</sup> GAUTIER, Pierre-Yves. *Droit de la propriété littéraire et artistique*. Paris: LGDJ, 2021, p. 182.

<sup>40</sup> Art. 416 do Código Civil: “Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”.

<sup>41</sup> Vivant e Bruguière, por outro lado, aceitam a fixação de cláusula penal (VIVANT, Michel; BRUGUIÈRE, Jean-Michel. *Droit d’auteur et droits voisins*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2019, p. 306).

<sup>42</sup> POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Le droit d’auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 439.

<sup>43</sup> Art. 408 do Código Civil: “Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora”.

<sup>44</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 136-137.

zação atua de forma inadequada, produzindo, por exemplo, uma edição com erros, supressões ou com má apresentação. Nessas hipóteses, não se está diante do exercício do direito de retirada, mas sim do direito ao respeito da integridade da obra. Consequentemente, o autor não precisaria arcar com qualquer tipo de indenização para pleitear a retirada da obra de circulação, porquanto os problemas são imputáveis à própria editora, a qual, conforme o caso, poderá responder por danos materiais e morais causados ao autor<sup>45</sup>.

Nessa perspectiva, incide o princípio da causalidade na apuração dos danos decorrentes da retirada da obra de circulação, de modo que eventual indenização deverá ser suportada por aquele que deu causa à retirada<sup>46</sup>.

Por derradeiro, cumpre reconhecer que o magistrado, diante do caso concreto, pode autorizar a retirada da obra de circulação mesmo sem o prévio pagamento de indenização, inclusive em sede de tutela de urgência, desde que presentes elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300 do Código de Processo Civil). E não poderia ser diferente, pois a exigência de indenização prévia não pode se converter em obstáculo ao exercício do direito de retirada, devendo o magistrado proceder à ponderação dos interesses em colisão e, se for o caso, reconhecer a preponderância dos direitos da personalidade do autor, permitindo liminarmente a retirada da obra de circulação independen-

---

<sup>45</sup> CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 194-195.

<sup>46</sup> Lucas e Lucas acrescentam que não seria despropositado deixar, excepcionalmente, a cargo do titular do direito de utilização uma parte das custas decorrentes do direito de retirada, quando a mudança apresentada pelo autor era prevista. Citam, nesse sentido, um julgado da Corte de Cassação francesa, que entendeu que o risco do exercício do direito de retirada, em virtude da adaptação de uma obra, deveria ser suportado pelo diretor do teatro e pela atriz cujo papel foi suprimido (LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. *Traité de la propriété littéraire et artistique*. 3. ed. Paris: Litec, 2006, p. 363).

temente do prévio pagamento de indenização.

## 7. NOVA UTILIZAÇÃO DA OBRA APÓS A RETIRADA

Após o exercício do direito de retirada, o autor pode proceder à revisão de sua obra, corrigindo eventuais imperfeições, bem como pode melhor refletir acerca dos motivos que o conduziram à retirada, mudando de ideia. Em qualquer dessas hipóteses, é possível promover nova disponibilização da obra ao público.

Deve-se sempre verificar se o direito de retirada foi exercido de maneira legítima, tomando-se em consideração razões de ordem artística, intelectual, filosófica etc. Busca-se, assim, coibir o uso abusivo do instituto por parte de autores que o invocam com finalidade exclusivamente econômica, para melhorar a remuneração recebida pela exploração de sua obra<sup>47</sup>.

Infelizmente a Lei 9.610/1998 não disciplina expressamente a matéria, cabendo à doutrina o seu desenvolvimento. De modo geral, sustenta-se que, caso o autor pretenda posteriormente voltar a explorar a obra retirada de circulação, deverá oferecê-la prioritariamente ao antigo titular dos direitos de utilização<sup>48</sup>. Tal entendimento encontra amparo tanto na vedação ao abuso de direito quanto no princípio da boa-fé objetiva.

Dúvida surge, contudo, em relação às condições em que a obra é novamente oferecida ao seu antigo utilizador.

O direito francês, diferentemente da legislação autoral pátria, cuidou do tema no art. L. 121-4 do Código de Propriedade Intelectual<sup>49</sup>, estabelecendo que o autor pode novamente utilizar

---

<sup>47</sup> POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Le droit d'auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 438-439.

<sup>48</sup> LUTZ, Peter. *Grundriss des Urheberrechts*. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2018, p. 72.

<sup>49</sup> Art. L. 121-4 do Código de Propriedade Intelectual francês: "*Lorsque, postérieurement à l'exercice de son droit de repentir ou de retrait, l'auteur décide de faire publier son oeuvre, il est tenu d'offrir par priorité ses droits d'exploitation au cessionnaire qu'il avait originairement choisi et aux conditions originairement déterminées*". Tra-

a obra após o exercício do direito de retirada, mas para tanto deverá oferecê-la prioritariamente ao titular originário do direito patrimonial e nas mesmas condições originalmente determinadas<sup>50</sup>.

A legislação francesa prevê então não somente uma preferência legal em favor do anterior titular do direito de utilização, mas também impõe que a eventual nova contratação observe as condições anteriormente estipuladas, o que objetiva afastar o exercício fraudulento do direito de retirada<sup>51</sup>.

Tal posicionamento é objeto de controvérsia na doutrina alemã, que sustenta não ser imprescindível a concessão de preferência nas mesmas condições originalmente contratadas. Admite-se, nesse contexto, que a nova contratação se realize em termos mais favoráveis ou menos vantajosos do que os anteriores, preservando-se, contudo, a prioridade do titular originário dos direitos de utilização<sup>52</sup>.

Pois bem, essa diversidade de entendimento é bastante salutar, na medida em que estimula a reflexão crítica sobre o

---

dução livre: “Quando, posteriormente ao exercício de seu direito de arrendimento ou de retirada, o autor decidir publicar sua obra, ele deve oferecer prioritariamente seus direitos de exploração ao cessionário que ele tinha originariamente escolhido e nas condições originariamente determinadas”.

<sup>50</sup> Há autores, como é o caso de Desbois, que consideram não ser aplicável a preferência quando o autor, após a retirada, coloca a obra novamente em circulação com modificações. Tal restrição é bastante discutível, merecendo críticas pelo fato de facilitar a atuação do autor que pretende contornar a preferência, realizando pequenas modificações na obra justamente para se desvincular da necessidade de seu oferecimento ao antigo titular do direito patrimonial (LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. *Traité de la propriété littéraire et artistique*. 3. ed. Paris: Litec, 2006, p. 364).

<sup>51</sup> GAUTIER, Pierre-Yves. *Droit de la propriété littéraire et artistique*. Paris: LGDJ, 2021, p. 182; POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Le droit d'auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 438-439; Vivant e Bruguière consideram ser severa a imposição da prioridade nas mesmas condições originalmente determinadas se muitos anos se passaram desde o momento da retirada de circulação da obra. Por isso, afirmam ser aplicável a tais situações a teoria da imprevisão (VIVANT, Michel; BRUGUIÈRE, Jean-Michel. *Droit d'auteur et droits voisins*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2019, p. 307).

<sup>52</sup> WANDTKE, Artur-Axel. §§ 32c-44. In: WANDTKE, Artur-Axel; BULLINGER, Winfried (Hrsg.). *Praxiskommentar zum Urheberrecht*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2009, p. 648.



tema. Sob uma primeira perspectiva, sobretudo quando considerada a reoferta da obra em curto lapso temporal, a solução adotada pelo direito francês mostra-se mais justa e coerente, impondo ao autor o dever de oferecer a obra ao contratante originário nas mesmas condições anteriormente estipuladas, sob pena de se configurar eventual abuso no exercício do direito de retirada.

Por outro lado, tendo em vista que o exercício do direito em questão não está sujeito a um prazo, podendo ser invocado depois de vinte, trinta ou até mesmo cinquenta anos após a retirada de circulação da obra, a exigência de manutenção das condições originárias torna-se de difícil sustentação. Por isso, é mais razoável que se admita, depois de um longo período sem exploração econômica da obra, a estipulação de novas condições contratuais, que poderão ser mais ou menos vantajosas em relação às anteriormente ajustadas<sup>53</sup>.

Ademais, considerando que o tema não foi regulado pela legislação brasileira<sup>54</sup>, a solução da controvérsia deverá ser construída à luz do caso concreto. Assim, quer se exija a observância das condições originárias, quer se admita, em razão do decurso do tempo, a celebração de novo contrato em termos diversos, eventual inobservância do direito de preferência apenas autoriza o magistrado a reconhecer, em favor do contratante originário, o direito à indenização por perdas e danos<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> PEUKERT, Alexander; HUBMANN, Heinrich; REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*. 19. ed. München: C. H. Beck, 2023, p. 307-308.

<sup>54</sup> Outro país que regulamentou a matéria em discussão foi a Espanha, valendo aqui transcrever o art. 14, 6 da Lei de propriedade intelectual, que concede o direito de: “Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación” E ainda garante, na mesma disposição, que: “Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias”.

<sup>55</sup> NORDEMANN, Jean Bernd. §§ 40-42 UrhG. In: FROMM, Friedrich Karl; NORDEMANN, Wilhelm (Hrsg). *Urheberrecht: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, zum Verlagsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*. München: C.H.

Destarte, caso o autor desrespeite a preferência e contrate com outra pessoa, não é possível a sua vinculação, por força de ordem judicial, à contratação com o anterior titular do direito de utilização, por não se tratar de direito absoluto. Nessa hipótese, remanesce apenas o caminho da indenização, que objetivará coibir a utilização do direito de retirada com o fim de melhorar as condições econômicas originariamente pactuadas.

## 8. O DIREITO DE RETIRADA E O FALECIMENTO DO AUTOR

Tratando-se de um reflexo da personalidade, a doutrina manifesta-se em peso no sentido de que depois do falecimento do autor o direito de retirada não é transmitido aos seus herdeiros. Seguindo essa linha, o poder de retirar a obra de circulação não se transmite, seja por ato *inter vivos*, seja por disposição *mortis causa*<sup>56</sup>.

O legislador brasileiro parece ter acolhido tal entendimento, na medida em que, a partir de uma interpretação *a contrario sensu* do art. 24, § 1º da Lei 9.610/1998, conclui-se que somente os direitos previstos nos incisos I a IV do referido dispositivo poderiam ser transmitidos após a morte do autor, o que afasta a transmissibilidade do direito de retirada.

O raciocínio encontra ressonância nos ensinamentos de Bittar, o qual admite que os direitos morais do autor, à exceção daqueles ligados à própria pessoa do titular, como o direito de modificação e o de retirada de circulação, são transmitidos por sucessão<sup>57</sup>. No mesmo sentido posiciona-se Ascensão, que afirma ser “seguro que este direito não cabe aos herdeiros”<sup>58</sup>.

---

Beck, 1998, p. 901.

<sup>56</sup> GRECO, Paolo; VERCELLONE, Paolo. *I diritti sulle opere dell'ingegno*. Torino: UTET, 1974, p. 119.

<sup>57</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 48.

<sup>58</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar,

Vega Vega defende que a mudança de convicções morais ou intelectuais somente pode ser averiguada pelo próprio autor, o que afasta seu exercício pelos sucessores e por pessoas jurídicas públicas ou de interesse cultural<sup>59</sup>.

Na doutrina italiana, autores como Ferretti seguem orientação semelhante, ao afirmar que os direitos da personalidade do autor são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis, não havendo que se falar em prazo de duração. A exceção recairia justamente sobre o direito de retirada da obra do comércio (*ritiro dell'opera dal commercio*), cujo exercício se limita ao próprio autor e apenas até o momento de seu falecimento<sup>60</sup>.

Jarach igualmente reconhece a inalienabilidade dos direitos morais, advertindo, contudo, que a maioria deles é suscetível de transmissão por ocasião da morte do autor. Apesar disso, afirma que as normas sobre a transmissão não são iguais para todos os direitos morais, como é o caso do direito de retirada (art. 142 da Lei Autoral italiana). Na hipótese, destaca que “não existiria razão para conceder uma faculdade de repúdio a pessoas diversas do autor, nem mesmo a seus parentes próximos”, que muitas vezes possuem ideias totalmente diferentes daquelas difundidas pelo autor<sup>61</sup>.

No mesmo sentido, Lipszyc sustenta que o direito de retirada ou arrependimento não se transmite aos herdeiros, estando restrito exclusivamente ao autor, haja vista seu caráter intransferível e personalíssimo. Ao tratar, contudo, do direito moral póstumo, esclarece que a vontade de exercer o direito de retirada pode ter sido manifestada pelo autor ainda em vida. Assim, se o que foi manifestado em vida não foi exercitado, caberia aos herdeiros promover o exercício do direito de retirada, em conformi-

---

2007, p. 137.

<sup>59</sup> VEGA VEGA, José Antonio. *Derecho de autor*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 126.

<sup>60</sup> FERRETTI, Alessandro. *Diritto d'Autore*. 2. ed. Napoli: Esselibri – Simone, 2008, p. 91.

<sup>61</sup> JARACH, Giorgio. *Manuale del diritto d'autore*. Milano: U. Mursia & C., 1968, p. 47-49.

dade com a vontade previamente manifestada pelo autor falecido<sup>62</sup>.

Na França, o tema é abordado de maneira incidental por Lucas e Lucas, que reforçam o caráter eminentemente pessoal do direito de retirada. Por essa razão, entendem que, mesmo diante do silêncio do legislador, não se admite sua transmissão *causa mortis*<sup>63</sup>.

Sem negar a intransmissibilidade aos herdeiros, Pollaud-Dulian esclarece que o direito de retirada se extingue com o falecimento do autor, não sendo admitido que outra pessoa tome o seu lugar e venha a exercê-lo. Excepciona, entretanto, aqueles casos em que o autor, antes do falecimento, expressou sua vontade por testamento ou por outra forma inequívoca. Com isso, não obstante a obra somente poder ser retirada de circulação por iniciativa do próprio autor, podem os parentes próximos do falecido exercer o direito já manifestado pelo autor em vida<sup>64</sup>.

Esse último entendimento parece bastante acertado. Ainda assim, a análise da doutrina produzida em países que seguem o sistema continental revela que a posição de Pollaud-Dulian é bastante peculiar, destoando da doutrina majoritária.

Mais adequado ainda parece ser o tratamento conferido ao tema pela legislação (§ 42, 1 da UrhG<sup>65</sup>) e pelos estudiosos alemães. Em um primeiro momento, reconhecem que somente o autor estaria legitimado a exercer o direito de retirada, o que se fundamentaria no fato desse direito integrar a categoria dos di-

---

<sup>62</sup> LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 1993, p. 173 e 262.

<sup>63</sup> LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. *Traité de la propriété littéraire et artistique*. 3. ed. Paris: Litec, 2006, p. 361.

<sup>64</sup> POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Le droit d'auteur*. Paris: Economica, 2005, p. 438.

<sup>65</sup> § 42, 1 da UrhG: "(...) *Der Rechtsnachfolger des Urhebers (§ 30) kann den Rückruf nur erklären, wenn er nachweist, dass der Urheber vor seinem Tode zum Rückruf berechtigt gewesen wäre und an der Erklärung des Rückrufs gehindert war oder diese letztwillig verfügt hat*". Tradução livre: "O sucessor do autor (§ 30) somente pode declarar a retirada se comprovar que o autor, antes de seu falecimento, já teria direito à retirada e foi impedido de exercê-la ou assim o fez em disposição de última vontade".

reitos da personalidade do autor. Os sucessores ficariam então excluídos do seu exercício<sup>66</sup>.

Todavia, a matéria não é analisada tão singelamente na Alemanha. Reconhece-se aos sucessores a possibilidade de declarar o direito de retirada da obra de um autor já falecido, desde que se demonstre que este havia manifestado tal intenção antes da morte, mas isso não se efetivou porque o autor foi impedido de exercer em vida esse direito<sup>67</sup>. É a situação de força maior ou caso fortuito (prisão do autor, greve do correio, catástrofe natural etc), de uma morte inesperada em função de um acidente ou, ainda, pelo fato de que não se conhecia a identidade ou o domicílio do titular do direito de utilização. Ademais, pode-se ainda acrescentar a hipótese de exercício do direito de retirada através de testamento ou outra disposição de última vontade<sup>68</sup>.

Os sucessores, portanto, não se tornam titulares do direito de retirada. Cabe-lhes apenas dar execução à vontade manifestada pelo autor em vida, devendo comprovar que este efetivamente pretendia retirar a obra de circulação, o que pode ter sido declarado, por exemplo, em uma carta. Nesse contexto, não prevalecem as convicções pessoais dos sucessores, mas sim os interesses do autor falecido, que são definitivamente fixados com sua morte<sup>69</sup>.

De qualquer forma, a construção em questão, que parte do princípio geral de que o direito de retirada somente pode ser exercido em conformidade com a vontade do falecido<sup>70</sup>, parece

---

<sup>66</sup> DREYER, Gunda; KOTTHOFF, Jost; MECKEL, Astrid. *Urheberrecht*. 2. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2008, p. 629.

<sup>67</sup> PEUKERT, Alexander; HUBMANN, Heinrich; REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*. 19. ed. München: C. H. Beck, 2023, p. 307.

<sup>68</sup> NORDEMANN, Jean Bernd. §§ 40-42 UrhG. In: FROMM, Friedrich Karl; NORDEMANN, Wilhelm (Hrsg.). *Urheberrecht: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, zum Verlagsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*. München: C.H. Beck, 1998, p. 897-898.

<sup>69</sup> DIETZ, Adolf; PEUKERT, Alexander. Vor §§ 12 ff., §§ 12-14, 42. In: SCHRICKER, Gerhard; LOEWENHEIM, Ulrich (Hrsg.). *Urheberrecht: Kommentar*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 871.

<sup>70</sup> DIETZ, Adolf; PEUKERT, Alexander. Vor §§ 12 ff., §§ 12-14, 42. In:

não deixar espaço para dúvidas quanto ao exercício pelos herdeiros de um direito da personalidade de titularidade do autor falecido<sup>71</sup>.

Ademais, é curioso observar que a doutrina costuma admitir a transmissão dos direitos da personalidade do autor, mas quando se depara especificamente com o direito de retirada, acaba negando tudo aquilo que havia afirmado, considerando esse direito intransmissível justamente por se tratar de um direito da personalidade.

Outro aspecto que merece atenção é a incongruência existente entre a admissão da transmissão do direito de divulgação e a proibição dessa mesma transferência em relação ao direito de retirada. Ora, a divulgação e a retirada são os lados opostos da mesma moeda, razão pela qual não parece coerente admitir a transmissão de um desses direitos e a intransmissibilidade do outro.

Assim, se for admitida a transmissão do direito de divulgação aos sucessores do autor (art. 24, § 1º), seria totalmente ilógico o não reconhecimento da mesma possibilidade no caso do direito de retirada. Ainda, é de se reconhecer que a divulgação de uma obra expõe muito mais a personalidade do autor do que a sua retirada, não sendo possível conceber que um direito que pode atingir mais profundamente a personalidade do autor possa ser transferido aos sucessores, enquanto que uma intervenção menos profunda na personalidade não seja transmissível.

Por conseguinte, entende-se que o direito de retirada é intransmissível, tal qual os demais direitos da personalidade do autor. Aos parentes próximos do *de cujus* não se atribui propriamente a titularidade do direito de retirada, mas apenas o exercício desse direito em conformidade com a vontade manifestada em vida pelo autor falecido, ainda que isso demande, por exem-

---

SCHRICKER, Gerhard; LOEWENHEIM, Ulrich (Hrsg.). *Urheberrecht: Kommentar*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 871.

<sup>71</sup> PEUKERT, Alexander; HUBMANN, Heinrich; REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*. 19. ed. München: C. H. Beck, 2023, p. 231.

plo, a análise de condições, a produção de provas ou a interpretação de documentos.

## 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de retirada de circulação da obra constitui um dos aspectos mais sensíveis e complexos dos direitos morais do autor. Sua disciplina jurídica, tanto no plano histórico quanto dogmático, evidencia a tensão permanente entre a proteção da personalidade do criador e a estabilidade das relações contratuais e patrimoniais. A evolução legislativa brasileira demonstra a dificuldade em compatibilizar a liberdade de convicção e a dignidade do autor com os interesses econômicos envolvidos na exploração da obra.

Embora a atual limitação do exercício do direito de retirada às hipóteses de ofensa à reputação e à imagem seja objeto de críticas (art. 24, VI da Lei 9.610/1998), a análise constitucional e doutrinária aponta para a necessidade de uma interpretação mais ampla, capaz de harmonizar o texto legal com os direitos da personalidade e com a Constituição Federal, de modo a reconhecer a legitimidade da retirada fundada em mudanças relevantes de convicções pessoais. Nesse sentido, o instituto não deve ser visto como mero obstáculo ao mercado cultural, mas como instrumento de tutela da liberdade intelectual e da autenticidade da expressão artística.

Por fim, impõe-se refletir sobre a necessidade de eventual reforma legislativa que amplie o alcance do direito de retirada, aproximando-o dos modelos mais protetivos do direito comparado, como o francês e o alemão. Somente assim será possível garantir que o autor, diante da evolução de suas convicções e da transformação social, possa manter o controle sobre a exteriorização de sua personalidade, preservando sua dignidade e liberdade intelectual.

Aliás, no que toca à sua interpretação, observa-se uma

tendência de reconhecer que o direito de retirada pode ser exercido também em razão de mudança nas convicções do autor, mesmo sem ofensa direta à sua reputação ou imagem. A exigência de indenização prévia, por sua vez, funciona como mecanismo de equilíbrio, evitando abusos e assegurando que os prejuízos econômicos decorrentes da retirada não recaiam injustamente sobre terceiros. Ainda assim, a prática revela que o exercício desse direito permanece raro, em função das dificuldades materiais e jurídicas que o acompanham. Além disso, a finalidade pretendida pelo instituto acaba, em certa medida, esvaziando-se, diante das limitações legais e das novas tecnologias, que permitem a manutenção do acesso à obra mesmo após sua retirada do ciclo de exploração econômica.

Portanto, o estudo do direito de retirada permite compreender não apenas sua lógica interna e seus limites dogmáticos, mas também sua função essencial na proteção da dignidade do autor. Trata-se de um instituto que, embora excepcional e de aplicação restrita, reafirma a centralidade da personalidade no âmbito da criação intelectual. Sob essa perspectiva, o direito autoral não deve ser concebido apenas como um direito de natureza patrimonial, mas sobretudo como projeção da personalidade do autor. Daí decorre a necessidade de reflexão crítica acerca do aperfeiçoamento legislativo do instituto, a fim de assegurar proteção mais adequada aos interesses existenciais envolvidos na criação intelectual. Nessa perspectiva, o diálogo com experiências estrangeiras, como o modelo francês e alemão, mostra-se útil para enriquecer o debate e oferecer caminhos para uma disciplina mais equilibrada e efetiva no contexto brasileiro.



## REFERÊNCIAS



- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.
- DIETZ, Adolf; PEUKERT, Alexander. Vor §§ 12 ff., §§ 12-14, 42. In: SCHRICKER, Gerhard; LOEWENHEIM, Ulrich (Hrsg.). *Urheberrecht: Kommentar*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2010.
- DREYER, Gunda; KOTTHOFF, Jost; MECKEL, Astrid. *Urheberrecht*. 2. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2008.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Atualizada por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002.
- FERRETTI, Alessandro. *Diritto d' Autore*. 2. ed. Napoli: Es-selibri – Simone, 2008.
- GAUTIER, Pierre-Yves. *Droit de la propriété littéraire et artistique*. Paris: LGDJ, 2021.
- GRECO, Paolo; VERCELLONE, Paolo. *I diritti sulle opere dell'ingegno*. Torino: UTET, 1974.
- JARACH, Giorgio. *Manuale del diritto d'autore*. Milano: U. Mursia & C., 1968.
- KÜSTER, Stefan. *Das Rückzugsrecht des Urhebers*. Baden-Baden: Nomos, 2018.
- LETTL, Tobias. *Urheberrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2021.
- LIPSYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 1993.
- LUCAS, André; LUCAS, Henri-Jacques. *Traité de la propriété littéraire et artistique*. 3. ed. Paris: Litec, 2006.

- LUCAS-SCHLOETTER, Agnès. *Droit moral et droits de la personnalité: étude de droit compare français et allemand*. Aix-en-provence: PUAM, 2002, t. I.
- LUTZ, Peter. *Grundriss des Urheberrechts*. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2018.
- MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- NORDEMANN, Jean Bernd. §§ 40-42 UrhG. In: FROMM, Friedrich Karl; NORDEMANN, Wilhelm (Hrsg.). *Urheberrecht: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, zum Verlagsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*. München: C.H. Beck, 1998.
- PEUKERT, Alexander; HUBMANN, Heinrich; REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*. 19. ed. München: C. H. Beck, 2023.
- POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Le droit d'auteur*. Paris: Economica, 2005.
- SCHACK, Haimo. *Urheber- und Urhebervertragsrecht*. 11. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2025.
- SPAUTZ, Wolfgang. §§ 25-44. In: MÖHRING, Philipp et alii (Hrsg.). *Urheberrechtsgesetz*. München: C.H. Beck, 2000.
- STROWEL, Alain. *Droit d'auteur et copyright: divergences et convergences*. Paris: LGDJ, 1993.
- ULMER, Eugen. *Urheber- und Verlagsrecht*. Stuttgart: Kohlhammer, 1960.
- VEGA VEGA, José Antonio. *Derecho de autor*. Madrid: Tecnos, 1990.
- VIVANT, Michel; BRUGUIÈRE, Jean-Michel. *Droit d'auteur et droits voisins*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2019.
- WANDTKE, Artur-Axel; OSTENDORFF, Saskia. *Urheberrecht*. 9. ed. Berlin: de Gruyter, 2023.
- WANDTKE, Artur-Axel. §§ 32c-44. In: WANDTKE, Artur-

Axel; BULLINGER, Winfried (Hrsg.). *Praxiskommentar zum Urheberrecht*. 3. ed. München: C. H. Beck, 2009.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito civil: parte geral*. Indaiatuba: Foco, 2026.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015.



# DIREITO, LITERATURA E A SUSPEITA DA TECNOLOGIA: UMA MENSAGEM DO FIM DO MUNDO

Alessandro Severino Valler Zenni<sup>1</sup>

Caio Henrique Lopes Ramiro<sup>2</sup>

**Resumo:** O objetivo principal deste trabalho é examinar a trilha do progresso tecnológico e a propensão à (in)dignidade humana. A literatura acerca do testemunho do senhor Morita credencia o leitor, sobretudo o jurista, a recobrar a história e vislumbrar nas

---

<sup>1</sup> Professor no Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito do Centro Universitário de Cascavel (UNIVEL/PR/Brasil) e na graduação do Curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá, mestrado em Direito Negocial com área específica em Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR) e doutorado em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pós-Doutor na Universidade de Lisboa. Advogado. Líder e pesquisador no Grupo de Pesquisas A-LEX: Direito, Cultura e Distopia, do Centro Universitário Univel. Pesquisador do grupo *Religião, Ética e Política*, vinculado ao programa de pós-graduação em Ciências da Religião da PUC-Campinas e do *Grupo de Estudos Schmittianos*.

<sup>2</sup> 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). Pesquisador nos grupos: *Grupo de Estudos Schmittianos*; *Crítica Constitucional*, vinculado ao programa de pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB); *Grupo de Estudos Miroslav Milovic*, vinculado a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Campina Grade (UFCG); *Religião, Ética e Política*, vinculado ao programa de pós-graduação em Ciências da Religião da PUC-Campinas.

promessas modernas a barbárie desencadeada por obra da razão, recuperando sensibilidade e intuição para estampar outro sentido ao direito, penetrado de justiça e superabundância ética na expressão do amor e do cuidado. Se a ciência com sua linguagem metodológica arrefeceu o direito, depurando-o da vontade constante e perpétua de conferir justiça, ou como tecnologia de controle social castra o sentido de dignidade humana, reduzindo-a ao mínimo existencial para, evitando ressentimentos, permitir o *status quo* da divisão social, nas narrativas literárias é possível recobrar elementos que compõem a condição humana e que lhe legam responsabilidade pela própria vida e existência alheia, inclusive por todas as formas de vida. O método adotado é o dialético, com referências à literatura, filosofia e direito.

**Palavras-Chave:** Literatura; Direito; Justiça; Amor; Dignidade Humana

**Abstract:** The principal objective of this manuscript is examine the technological trail of progress and the propensity towards human (in)dignity. The literature about Morita's testimony enables the reader, above the jurist, to revisit history and glimpse in modern promisses, the savagery triggered by the composition of the rationality, recovering the sensibility and the intuition to imprint a new meaning of Law, infused with justice and ethical overabundance the love and care expression. If the science, with your methodological language waned the Law, purifying it of the constant and perpetual motivation of make justice, or as a technology of social control castrate the meaning of human dignity, reducing it to the existential minimum in order to, avoiding resentment, maintain the status quo of social divison, in literary narratives, it is possible to recover elements that constitute the human condition and that impose responsibility for one's own life and the existence of others, including all forms of life. The chosen method is dialectical, with references to literature, philo-

sophy and law.

Keywords: Literature; Law; Justice; Love; Human Dignity

## INTRODUÇÃO

A humanidade passa por um momento catastrófico premissa por crise existencial sem precedentes, ainda se ressentida com o temor da escassez do mais básico e elementar sistema de acolhida para o desenvolvimento da vida, tanto da atual como de futuras gerações. Para tanto, a fim de uma abordagem estruturante dos textos, o método adotado é o dialético, com referências à literatura, filosofia e direito.

Esse cenário de declínio, cujas estatísticas somente agudizem os reais problemas da existência, evidenciando um acelerado processo de consumismo “sustentável”, que, mesmo diante de demasiados esforços, não cessa de ruir, antecipando em dias e meses os prognósticos das maiores potências ditas conscientes, como é o caso da Alemanha e Estados Unidos, não pode passar despercebido que se acena à renúncia ao progresso.

Todavia, o desenvolvimento científico caminha a largas passadas, transferindo as formas cognitivas e os atores sobre o mundo aos engenhos tecnológicos, máxime às inteligências artificiais, cuja velocidade exorbita consideravelmente em relação à condição humana, traduzindo-se, mesmo, em dramáticas discussões sobre se as engenharias nucleares seriam ou não passíveis de transferência do agir humano às inteligências artificiais!

Nesse contexto um arsenal de paradoxos se abre às investigações: a proposta de paz perpétua se depara com movimentos nacionalistas e extremistas, acarretando problemas de ordem geopolítica, o entusiasmo do progresso choca-se com o retrocesso das guerras, as tecnologias das bombas inteligentes encontra como alvo a inocência de civis, incluindo-se os infantes pueris, o postulado da eficiência radicado até na métrica da ba-

lança de Themis entra em tensão com a decisão antípoda ao devido processo legal, Maquiavel, Hobbes e Darwin parecem prevalecer ao imperativo categórico de Kant, o pragmatismo e utilitarismo dos empiristas contrapõe-se ao idealismo da história progressiva dos pensadores alemães.

Enfim e como maior desafio, o corifeu da ciência, a tecnologia, ameaça contundentemente o seu criador, nada diferente do que se passara alhures com a morte de Deus a partir da filosofia demasiado humanista. Nessa posição antitética os efeitos que se colhem da secularização, racionalidade e progresso são a teologia política, a otimização de formas de extermínio e o regresso à queda de Caos nos albores da singularidade.

O ponto fulcral do texto estará em abordar a crise da pessoa no contemporâneo, ante a ingente tarefa constitucional de plenificá-la e dignificá-la pelo direito, uma herança legada de Kant e abraçada com ardor pelos constitucionalistas, sem olvido ao percurso aparatado pela ciência, o progresso e a plenitude da liberdade, o “neoliberalismo”.

Se o direito foi reduzido ao conjunto de formas postas ou decisões de poder instituído, pretextado de guardião da dignidade humana, a literatura, de linguagem ampla e possibilidade hermenêutica, tratando caso emblemático de consequência do desenvolvimento tecnológico da bomba de Hiroshima e a defenestração da vida de milhares, com relato do testemunho do senhor Morita, procura recompor uma narrativa coerente que ancore justiça e dignidade para além do sistema comunicacional que exige das decisões de direito resiliência e manutenção ordenada e estruturada.

Do relato do senhor Morita, como narração consubstanciada na memória da humanidade, é possível recuperar no ser humano as dadivosas vocações do cuidado e do afeto, tão relegadas no contemporâneo por influxo das tecnologias, aceleração do tempo em-vida, o gozo do instantâneo, sem se despreocupar com uma reflexão crítica em torno da ética racionalista kantiana



e a apresentação de um outro *modus vivendi* que permita a preservação de todas as espécies vivas, inclusive a humana, sem descurar de sua existência digna como *caris primevo* do direito.

## I. CONVERSAS CRUZADAS: ACOSTAMENTOS ENTRE DIREITO E LITERATURA

Em primeiro lugar, parece importante um esforço de meditação sobre a possibilidade de uma abordagem do jurídico por meio do literário, no que diz respeito a um ponto de vista mais panorâmico das aproximações teóricas. Dessa maneira, o primeiro ponto a se considerar é o de que essa relação não só parece possível, mas já de algum tempo se estabeleceu, tornando-se importante considerar que a comunicação dos campos epistêmicos entre direito e literatura pode se entranhar de diversas maneiras.

Não obstante, ao se afirmar a possibilidade de aproximação epistêmica entre o direito e a literatura, não se pode olvidar que hodiernamente há resistências no que diz respeito ao reconhecimento de um diálogo de influências frutífero entre esses campos do saber, em especial por uma racionalidade positivista-exegética que marca a epistemologia jurídica e a construção do conhecimento jurídico<sup>3</sup>. Embora possamos reconhecer, em nossos dias, avanços do ponto de vista das pesquisas ligadas à temática da presente verificação na área de teoria do direito, ainda ocorre uma oposição tecnocrática que assombrosamente avança do modelo dogmático para uma sombria perspectiva de sistema-

---

<sup>3</sup> É importante considerar que a perspectiva neutra e objetivista não é apenas uma característica da ciência jurídica, mas, da ciência em geral e da teoria do conhecimento, especialmente quando se leva em consideração as matrizes do pensamento da modernidade. De acordo com Dino del Pino (2008, p. s/p) “nascida sob a égide da observação e da objetividade, e alimentada por certas tomadas de empréstimo da matemática, a ciência moderna, tendo como paradigma a física, marcou sua entrada em cena com a inconseqüente venda da própria alma ao mesmo platonismo que já inspirava o fundamentalismo eclesiástico e anti-galilaico e, simultaneamente, com um ato de traição à razão aristotélica – a mesma que fundara, pela lógica, a matemática da palavra e o cálculo do silogismo”.

tizações e esquematizações do pensamento jurídico e de seu discurso, o que evidencia sua crise.

Assim, não é incomum uma leitura conservadora dessa tradição jurídica e, aos agentes do direito – parecendo até muitas vezes mais admissível –, a aceitação do atrelamento do direito com esferas do conhecimento como a economia, com o surgimento, por exemplo, de linhas investigativas tais como: *Direito econômico ou direito e economia*, destacando-se que nos Estados Unidos da América a corrente *direito e economia* é quem mais fortemente se opõe às teses do movimento *direito e literatura*. Do ponto de vista teórico, aos estudos que têm por objetivo analisar os contatos dialógicos entre direito e literatura ficaram conhecidos como um movimento que se convencionou chamar *law and literature movement*<sup>4</sup>. Essa perspectiva de estudos tem dado interessantes contribuições no que diz respeito às possibilidades da linguagem e aos discursos, e, aqui em especial, ao discurso normativo e à exposição dos problemas hermenêuticos, proporcionando um campo de possibilidades para se repensar a edificação do conhecimento jurídico.

Ao se reconhecer a possibilidade de uma salutar relação entre os saberes jurídico e literário, pode-se verificar que o direito, em alguma medida, sempre se fez presente - no mínimo como objeto de análise -, no universo da literatura. Podemos exemplificar com o clássico e seminal texto de Sófocles *Antígona* a hipótese de que a literatura, desde as origens da civilização ocidental, tematiza a lei. A peça do dramaturgo grego pertence a uma trilogia que ilustra uma série de características que se atribuem ao *drama* desde a Antiguidade; logo, esse escrito do teatro trata de assuntos políticos sobre o governo e o destino de *Tebas* e, além disso, é capaz de provocar ponderações acerca do jurídico até nossos dias.

Conforme já mencionado supra, o afastamento dos campos do *direito* e da *literatura* se dá devido a uma determinada

---

<sup>4</sup> Movimento direito e literatura.

racionalidade jurídica que enclausura o jurídico dentro de uma perspectiva formalista-exegética. De tal sorte, para toda tentativa de acostamento do direito e da literatura há uma exigência para a tradição jurídica no que diz respeito ao campo epistemológico, a saber: uma maior abertura para o diálogo crítico, o que demanda a aceitação da contestação de dogmas, verdades estabelecidas e do discurso de autoridade, tarefa essa que pode muito bem ser cumprida pela literatura, principalmente quando se leva em consideração o potencial crítico da obra literária.

André Trindade e Roberta Gubert (2008, p. 13) afirmam que:

Quando se considera o caráter disruptor e crítico da obra literária, há de se levar em conta que ela – ao contrário da obra jurídica – é uma obra de arte, na medida em que se caracteriza pela maravilha do enigma e por sua inquietante estranheza, que são capazes de suspender as evidências, afastar aquilo que é dado, dissolver as certezas e romper com as convenções.

Apesar de certa controvérsia a respeito da cronologia do desenvolvimento dos estudos que envolvem o direito e a literatura, é importante uma breve tentativa de apresentação das linhas de força de uma abordagem histórico-cronológica de tal linha de pesquisa. Também é razoável afirmar que a referida linhagem de estudos se desenvolve dentro do marco histórico do século XX, iniciando-se nos Estados Unidos da América com as publicações de John Henry Wimore em 1908. Contudo, de acordo Arnaldo Godoy (2004, p. 244):

O movimento *direito e literatura* (*Law and literature*) surge quando James Boyd White publica *The legal imagination* [A imaginação jurídica]. White vale-se de peças literárias, discutindo o direito a partir de autores como Henry Adams, Ésquilo, Jane Austen, William Blake, Geoffrey Chaucer, D.H. Lawrence, Marlowe, Herman Melville, Milton, Molière, George Orwell, Alexander Pope, Proust, Ruskin, Shakespeare, Shaw, Shelley, Thoreau, Tolstoy e Mark Twain, entre outros.

Em solo europeu, o desenvolvimento das pesquisas se inicia com o trabalho de Hans Fehr, na Suíça, com a publicação

de *Das Recht in Bilde* (1923)<sup>5</sup>, *Das Recht in der Dichtung*<sup>6</sup> e *Die Dichtung in Recht*<sup>7</sup>, em 1923, 1931 e 1936, respectivamente. Também, em Itália, no ano de 1936 vem a público *La letteratura e la vita del diritto*, de Antonio d'Amato, e esse período pode ser encarado como a *primeira fase* do movimento (Sansone; Mitica, 2008, p. 3).

Entre 1940 e 1980 se dá a *fase intermediária*, nos Estados Unidos da América há um aprofundamento dos trabalhos investigativos e, em Europa, há uma proliferação dos estudos. Conforme André Trindade e Roberta Gubert (2008, p. 25):

Com efeito, o crescimento da investigação alcança uma etapa fundamental entre os anos 1940 e 1960, com a publicação da obra de Ferruccio Pergolesi, cuja pesquisa mostra-se significativa no que diz respeito à grande produção bibliográfica sobre o tema, ao método adotado pelo autor e à sistemática da análise desenvolvida sobre o complexo campo das relações entre direito e literatura.

Segundo Pergolesi [...] a literatura de um povo contribui, entre outras coisas, quando utilizada com muita prudência, para se conhecer a história do seu direito e, ainda, como se age na prática, isto é, permite compreender também aspectos relativos à história civil.

Dentro desse período pode-se, além de Pergolesi, notar o aparecimento de trabalhos em Espanha, como o ensaio *Derecho y Literatura* publicado em 1949 por Juan Ossorio Morales, “no qual o catedrático espanhol analisa, à luz dos clássicos da literatura castelhana, a práxis jurídica e social do Século de Ouro” (Trindade; Gubert, 2008, p. 26). Em Itália, em 1952, é publicado o texto *Antigone e Porzia*, de Tullio Ascarelli, oportunidade em que o autor apresenta uma leitura das figuras femininas a fim de ressaltar “a noção de direito natural como critério de justiça da norma positiva” (Trindade; Gubert, 2008, p. 26). Os estudos continuam a se desenvolver em solo germânico capitaneados por

---

<sup>5</sup> As traduções são livres e de minha autoria, salvo indicação em contrário, assim: *O direito na pintura*.

<sup>6</sup> *O direito na literatura*

<sup>7</sup> *A literatura no direito*

Hans Fehr (TRINDADE; GUBERT, 2008, p. 26).

A partir dos anos oitenta inicia-se a *terceira fase* e o movimento *direito e literatura* se firma como *tradição* de pesquisa expandindo as fronteiras europeias, com destaque para os estudos realizados em países de língua francesa. Nos Estados Unidos da América, podem ser tidos como exemplos de promissores dessa corrente, autores como: James Boyd White, Richard Weis, Richard Posner<sup>8</sup>, Ian Ward, Paul J. Heald, Martha Nussbaum, Richard Rorty, Owen Fiss, Stanley Fish e Sanford Levinson. Em solo germânico são desenvolvidos trabalhos de ponta por Jörg Schönert, Hans-Jürgen Lüsebrink, Klaus Lüdersen. Além deles, nos países de língua francesa Régine Dhoquois e, mais recentemente, François Ost.

Arnaldo Godoy argumenta que é possível identificar neste debate interações frutíferas, que podem conduzir a uma (re)leitura e um pensar crítico no que se refere às possibilidades e limites de compreensão do jurídico. A partir do momento em que os estudos literários, originalmente centrados na natureza e na função da literatura, alcançam maior número de manifestações humanas, formam-se os *cultural studies* (GODOY, 2012).

Dessa maneira, o *law and literature movement*, do ponto de vista geral, configura-se de fato interessante para a construção do saber jurídico, visto que pode implicar uma função de criação transformadora que permite revisitar as ideias de forma reflexiva, examinando valores e prescrições do universo jurídico (GONZALEZ, 2009, p. 7).

Giovanni Tuzet afirma que essa tradição de estudos não é homogênea e que há diferentes formas de leitura da vinculação

---

<sup>8</sup> Posner é colocado entre os autores de referência, contudo, destaca-se que sua contribuição se dá na medida em que se compreende como um dos expoentes do movimento antagônico ao *direito e literatura*, corrente esta que é conhecida como *direito e economia*. Segundo Arnaldo Godoy (2004, p. 245) essa perspectiva teórica contesta a relação proposta entre literatura e direito, admitindo tão somente que a literatura pode aprimorar a técnica do jurista, mediante contato com universos imaginativos e alegóricos referentes aos temas afetos à Justiça.

entre *direito e literatura* que, grosso modo, podem ser expostas como o direito *na* literatura e o direito *como* literatura<sup>9</sup> (TUZET, 2009, p. 2). Com o propósito de refletir sobre a riqueza de olhares e metodologias de abordagem dessa linha de estudos que é o *law and literature movement*, no que tange a seus métodos esta última também pode ser apreendida por meio de três dimensões, quais sejam: o direito *da* literatura, perspectiva que analisa a questão da liberdade de expressão, a história jurídica da censura e políticas de subsídios editoriais, por exemplo.

Em um segundo momento se tem o direito *como* literatura, abordagem em que a investigação gira em torno da análise retórica e das narrativas e, principalmente, pode-se comparar os métodos de interpretação entre os textos literários e jurídicos. Por último, o direito *na* literatura, em que se buscam as questões mais fundamentais sobre o direito, a justiça e o poder, por exemplo, nos textos literários e não nos documentos oficiais, livros e leis específicas de uma determinada área de especialização (OST, 2006, p. 334).

Feitas estas considerações, objetiva-se uma aproximação

---

<sup>9</sup> Segundo Tuzet o direito *na* literatura e o direito *como* literatura, podem ser entendidos como: Il primo consiste nell'analisi, descrizione, interpretazione dei temi giuridici presenti in opere letterarie: descrizione di come i letterati vedono il diritto, dei problemi giuridici affrontati in certe opere, degli ideali giuridico-politici evocati attraverso scritti letterari. Ad esempio, lo studio dei profili giuridici di un'opera come *Il processo* di Kafka.

Il secondo approccio, invece, consiste nell'analisi e descrizione degli aspetti letterari delle pratiche giuridiche: descrizione delle tecniche retoriche degli avvocati, degli aspetti linguistici e letterari delle sentenze, degli aspetti estetici delle dottrine giuridiche. Ad esempio, in un contesto di *common law*, lo studio delle qualità letterarie di celebri opinioni giudiziali (Tuzet, 2009, p. 2).

A caracterização feita por Vera Chueiri se aproxima da de Tuzet ao afirmar que: “Direito e Literatura podem dizer respeito tanto ao estudo de temas jurídicos na Literatura, e neste caso estar-se-ia referindo ao Direito na Literatura; como à utilização de práticas da crítica literária para compreender e avaliar o Direito, as instituições jurídicas, os procedimentos jurisdicionais e a justiça, e neste caso, estar-se-ia referindo ao Direito como Literatura. No primeiro caso, é o conteúdo da obra literária que interessa ao Direito, enquanto, no segundo, a própria forma narrativa da obra pode servir para melhor compreender a narrativa jurídica, como, por exemplo, as sentenças que os juízes constroem” (CHUEIRI, 2006, p. 234).

da literatura de testemunho, em especial para meditar acerca de nosso tempo e aquilo que nos ameaça.

## II. TESTEMUNHAR O FIM DO MUNDO: NOTAS ACERCA DA LITERATURA DE TESTEMUNHO

Antes mesmo de abordar o texto de Takashi Morita, *Uma mensagem de Hiroshima*, parece algo interessante levar a sério o diagnóstico feito na reflexão filosófica proposta por Günther Anders (pseudônimo de Günther Siegmund Stern, 1902-1992) a respeito do tempo que se inaugura após o segundo grande conflito planetário.

Não obstante, importa ressaltar que nem de longe se tem a pretensão de examinar o trabalho filosófico do pensador alemão em sua plenitude, mas, isto sim, meditar a partir de pontos de seu interessante texto: *Teses para a era atômica*. Anders foi um escritor polivalente e trabalhou em ramos diversificados, o que contribuiu para sua reflexão filosófica interessada em questões e temas não canonizados pela tradição filosófica, como, por exemplo, a energia e a bomba nuclear. Por aqui, cabe colocar a questão: qual forma de vida na era atômica?

Muito já se escreveu e publicou acerca dos horrores do holocausto e da 2ª Guerra Mundial, fundamentalmente para denunciar - para falar com Adorno -, a monstruosidade social do nazismo. No entanto, conforme mencionado linhas atrás, para Anders outros temas eclodiram com o término do conflito bélico planetário, como, por exemplo, a questão atômica, que pode ser compreendido como fecundo tema filosófico, moral e político, quando se considera seriamente o ataque estadunidense às cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki.

No entender do pensador alemão, na *primeira tese*, *Hiroshima pode ser compreendida como uma questão mundial*, significa dizer que no dia 6 de agosto de 1945 começou uma Nova Era, a saber:

A era em que, a qualquer momento, temos o poder de transfor-

mar qualquer lugar do nosso planeta, e até o nosso próprio planeta, em uma Hiroshima. Naquele dia, nos tornamos, ao mesmo modo negativo, onipotentes; mas na medida em que, por outro lado, podemos ser dizimados a qualquer momento, também nos tornamos totalmente impotentes. Dure o quanto durar, mesmo que dure para sempre, essa Era é ‘A Última Era’ (ANDERS, 2022, s/p).

Ainda, para Anders nos cabe a caracterização de apocalípticos, na medida em que:

nosso “modo de ser” nessa era deve ser definido como “ainda não sendo inexistentes”, “ainda não exatamente sendo inexistentes”. Assim, a questão moral básica de épocas anteriores deve ser reformulada radicalmente: ao invés de perguntar “Como devemos viver”, devemos agora perguntar “Iremos viver?”. Para nós, que somos “ainda não inexistentes” nessa Era de Suspensão, só há uma resposta: embora a qualquer momento O Tempo do Fim possa se converter n’O Fim do Tempo, devemos fazer tudo a nosso alcance para tornar O Tempo Final infindável” (ANDERS, 2022, s/p).

Neste horizonte de perspectiva, apresenta-se bastante fecunda a hipótese de leitura do livro de Takashi Morita, *Uma mensagem de Hiroshima* (2017), no quadro de abordagem da literatura de testemunho, bem como, também, parece possível caracterizar sua posição como uma ética do testemunho. Neste sentido, o texto de Morita se apresenta como uma literatura situada, ou seja, constrói uma narrativa advinda da situação, em especial de um observador japonês, da Segunda Guerra Mundial que, após a visão do fim do mundo, coloca-se a postura de enfrentamento da guerra.

Takashi Morita é um sobrevivente dos horrores da Segunda Guerra Mundial e, talvez, conhecer sua trajetória se torne ainda mais importante no tempo em que há certa dose de espetacularização, pela via cinematográfica da indústria cultural estadunidense, da figura de Julius Robert Oppenheimer<sup>10</sup>. Não in-

---

<sup>10</sup> De acordo com Dina Kinoshita “O projeto Manhattan é o exemplo supremo de execução de um objetivo puramente militar, em um curtíssimo espaço de tempo. Houve um esforço concentrado de cientistas e técnicos jamais visto. Para o progresso dos



teressa aqui uma análise do filme lançado no ano de 2023, bastando registrar que em alguma medida o filme colabora para colocar no horizonte a necessidade de uma reflexão crítica sobre os acontecimentos no Japão e, fundamentalmente, um necessário repensar o papel dos Estados Unidos da América no fim do segundo conflito planetário. Morita nasceu em Hiroshima no ano de 1924, viveu em um pequeno vilarejo nas proximidades do núcleo urbano desta cidade, uma das vítimas do bombardeio nuclear. Por ofício um relojheiro, contudo, tornou-se integrante da temida e respeitada *Kempeitai*, a Polícia do Exército Imperial do Japão (Morita, 2017).

A obra de Morita tem no horizonte um dever de dar testemunho. Por aqui, tomamos de empréstimo o sentido do testemunho dado por Giorgio Agamben, ou seja, Takashi Morita se apresenta como testemunha em um sentido ético forte, na exata medida que se vê em obrigação de falar por aqueles que não podem. Isto é, o testemunho de Morita se mostra como potência que se torna realidade, haja vista a impotência e impossibilidade de fala daqueles que sucumbiram (AGAMBEN, 2008).

Segundo Agamben (2008, p. 146):

Denominamos *testemunho* o sistema das relações entre o dentro e o fora da *langue*, entre o dizível e o não-dizível em toda língua — ou seja, entre uma potência de dizer e a sua existência, entre uma possibilidade e uma impossibilidade de dizer. Pensar uma potência em ato *enquanto potência*, ou seja, pensar a enunciação no plano da *langue* equivale a inscrever na possibilidade uma cisão que a divide em uma possibilidade e uma impossibilidade, em uma potência e uma impotência, e, nessa cisão, situar um sujeito.

Na compreensão de Agamben o decisivo no testemunho é o lugar vazio deste sujeito (Agamben, 2008, p. 146), isto é, a questão se coloca na problemática de situar o sujeito “na separa-

---

trabalhos, o gasto em cifras absolutas foi superior a tudo que se havia investido em ciência até então. Em apenas três anos, as primeiras bombas atômicas tinham sido construídas. Foi o primeiro projeto do que se convencionou chamar posteriormente de *complexo industrial-militar*” (KINOSHITA, 2015, p. 18).

ção entre uma possibilidade e uma impossibilidade de dizer” (Agamben, 2008, p. 146). Neste sentido, se Auschwitz pode ser compreendida por Agamben como a representação de um ponto de derrocada histórica do sujeito como campo de forças que é atravessado pelas correntes historicamente determinadas da potência e da impotência (Agamben, 2008), em especial no que tange ao poder não ser e do não poder não ser (Agamben, 2008), não parece arbitrário compreender o autor da mensagem de Hiroshima como um sobrevivente cujo testemunho também se coloca na chave da introdução forçada do impossível na realidade.

Por aqui, parece importante levar em consideração que há uma séria discussão acerca do estatuto teórico da literatura de testemunho (SELIGMANN-SILVA, 2005, 2008; AROSA, 2017). O fecundo debate se constrói muito em torno da afirmação de Dori Laub (1991) de que o acontecimento da Shoah se trata de um evento sem testemunhas, logo, sem estas últimas não seria possível pensar em um gênero de narrativa que se constrói a partir do testemunho. Não obstante, outros pontos controversos são muito importantes e dizem respeito às questões ligadas à imaginação como forma de sobrevivência ou, além disso, em aproximação com a psicanálise, mobiliza-se a noção freudiana do trauma ocasionado pela catástrofe e as condições de possibilidade do texto em chave literária construído a partir deste ponto de observação (SELIGMANN-SILVA, 2005, p. 71).

Considerando os limites do presente trabalho não seria possível uma abordagem pormenorizada de todos estes pontos. Contudo, de acordo com Márcio Seligmann-Silva parece necessário repensar a noção de literatura, a fim de que possamos “ver nesta aproximação entre o campo testemunhal e o da imaginação a possibilidade mesma de repensar tanto a literatura, como o testemunho e o registro da escrita autodenominado de sério e representacionista” (Seligmann-Silva, 2008, p. 71).

Ainda, afirma Márcio Seligmann-Silva (2008, p. 71):

Ocorre uma revisão da noção de literatura justamente porque

do ponto de vista do testemunho ela passa a ser vista como indissociável da vida, a saber, como tendo um compromisso com o real. Aprendemos ao longo do século XX que todo produto da cultura pode ser lido no seu *teor testemunhal*.

Ora, a questão do *teor testemunhal* da cultura do século passado pode ser compreendida a partir da hipótese de Kinoshita quando afirma que “talvez o século XX tenha sido o mais violento de todos” (KINOSHITA, 2015, p. 9). Neste horizonte de perspectiva, é possível pontuar que este debate não se inicia com os testemunhos advindos do campo de concentração nazista, este não é o *locus* único de abordagem. Com o final da primeira guerra planetária, especificamente no ano de 1920, após algum silêncio acerca do conflito, surgem na Alemanha publicações que narram o cotidiano dos campos de batalha, do qual se mostra como exemplo seminal o livro *Tempestades de Aço (In Stahlgewittern)*, de Ernst Jünger. Além disso, outros espaços que tomam a estrutura espectral do campo e que podem ser entendidos como locais onde a ordem jurídica dos estados se encontra suspensa podem ser compreendidos como o cenário sombrio em que se massacra o humano. Assim, as vítimas de genocídios (já na guerra colonial europeia do século XV) que narram estes horrores e, também, os sobreviventes das cidades de Hiroshima e Nagasaki, podem ser lidos como autores de literatura que dá testemunho, uma vez que “não existe uma essência do literário que dê conta de contê-lo diante do discurso dito sério” (SELIGMANN-SILVA, 2008, p. 71).

A partir de tais coordenadas, é possível verificar que para além da interessante discussão acerca de um gênero literário, mostra-se na reflexão acerca do testemunho algo como um dever de narrar, uma ética que impõe o dever de denunciar a barbárie, mesmo que esta última tenha o rosto humano. Neste sentido, verifica-se que resta aos sobreviventes contar o horror, algo que inaugura um horizonte de possibilidade de enfrentamento com o passado horrendo com algum distanciamento, isto é, a coragem de se enfrentar uma situação que “deixa para trás sobreviventes”

e que, não obstante, gera para uma “obrigação por parte deles de preservarem e transmitirem as memórias de um acontecimento que, sem os seus relatos, estão fadados não somente ao esquecimento, mas também à impunidade e à repetição” (NAKAGAWA, 2015, p. 67). Desse modo, por aqui se abre uma trilha que se apresentam as condições de possibilidade de repensar, na perspectiva positiva, a subjetividade e a responsabilização (GIACIOIA JUNIOR, 2018, p. 67).

Segundo Oswaldo Giacoia Junior (2018, pp. 67-68):

Não se trataria de apenas recusar o acontecido, tal e qual aconteceu, mas de desintoxicar o peso inercial do passado, libertar a memória do ‘espírito e vingança voltado contra o tempo’, que é também a perpetuação do ressentimento ameaçando tanto o presente quanto todo o futuro. Afinal, contestar ao veneno do ressentimento a força e a prerrogativa de ensombrecer todo o futuro é uma pesada tarefa de transvaloração e de transfiguração, que nada tem a ver com o potencial tóxico e destrutivo da história.

Assim, verifica-se que dos sobreviventes de “contar o que mais ninguém pode relatar, expor aquilo que a história muitas vezes tentará esconder, trazer à luz o lado obscuro do homem, seus crimes, suas atrocidades e sua imensa capacidade de destruição” (NAKAGAWA, 2015, p. 67) não deve se colocar nos trilhos do ajuste de contas e da vingança, o que se verifica na narrativa de Takashi Morita.

A partir dos acontecimentos no Japão, verifica-se no texto, há uma denúncia da existência de um ser produto do impossível, afetado pela detonação da bomba nuclear, “afinal ela se tornou meu maior pesadelo” (MORITA, 2017, p. 67). O experimento estadunidense fez evaporar seres humanos, isto é, com a temperatura no epicentro próxima de um milhão de graus Celsius, hoje ainda há “marcas no concreto de pessoas que foram atingidas pela radiação e não tiveram chance de reagir”, isto é, “as pessoas que estavam nessa área praticamente evaporaram” (MORITA, 2017, p. 71), ou seja, foram instantaneamente carbonizadas e, também, havia pessoas gravemente feridas com quei-

maduras e com descolamento da pele de seu corpo (MORITA, 2017). Às 8h15 de 1945, “tudo se fez silêncio e escuridão, na cidade e na alma de todos que estavam ali [...] poderia até imaginar que o mundo estava acabando” (MORITA, 2017, p. 55).

Segundo o testemunho de Takashi Morita (2017, p. 55):

Enquanto me preparava para me proteger, vi uma criatura surgir do rio e vir em minha direção. Fiquei confuso pois não sabia o que era, nunca tinha visto algo parecido. Sequer tinha certeza de que se tratava de um ser humano, de tão desfigurado que estava. Ela seguia andando em minha direção com os braços estendidos para a frente. Conforme se aproximava, meu terror aumentava: era uma pessoa nua, com o corpo todo queimado, parecia revestida de carvão. O mais assustador era que sua pele estava se descolando do corpo (Morita, 2017, p. 57).

A narrativa aumenta a intensidade de seu impacto quando afirma a questão imagética do inferno, pois a situação era a de “pessoas com as roupas em trapos, a pele inteira queimada e se descolando do corpo, presa apenas pelas unhas [...] O que será que aquelas pessoas pensavam e sentiam, andando daquele jeito, caladas?” (Morita, 2017, p. 57). Por aqui, não parece arbitrário recuperar Günther Anders para posicionar a questão aos ainda não sobreviventes. Na narrativa de Morita, o relato é o de que, apesar da guerra, a cidade de Hiroshima amanheceu com um belo dia de sol. Contudo, após a chegada de “uma força que pareceu vir do além” (Morita, 2017, p. 52), a questão para Takashi Morita passa a ser “como sobrevivi ao dia em que o inferno se fez presente na Terra?” (MORITA, 2017, p. 52).

Dirá, então, Takashi Morita (2017, p. 52):

Não espero que vocês compreendam a magnitude da destruição que ocorreu em Hiroshima, que até hoje o mundo tenta entender. Só quem esteve lá sabe o que estou dizendo. Mas espero que este relato sirva de alerta para que histórias como esta nunca mais se repitam.

Dessa maneira, a mensagem para os ainda não inexistentes, no entanto, não se coloca na perspectiva do ressentimento e da culpabilização reducionista dos atentados dos Estados Unidos, mas, isto sim, no caminho de uma profunda meditação so-

bre a guerra e o seu tempo de exceção, o que permite nos aproximar em diálogo com a ideia de *resto* proposta por Giorgio Agamben, como possibilidade crítica da tecnologia, o que será objeto de análise a seguir.

### III. A CRÍTICA DA CIÊNCIA, DO PROGRESSO E DA TECNOLOGIA

A partir da literatura palavreada em Takashi Morita pode-se precaver de quanto a tecnologia pode ser tachada de “negacionista”, conquanto desenvolvendo-se sob o epíteto do progresso e dos métodos a conferir certeza em resultados, põe-se em riste para otimizar *modus operandi* de destruição de seres humanos.

O ponto fulcral da querela está na absoluta vanidade dos postulados racionalistas de Kant, que, embora com objetivos insígnies, formulou a dignidade-humanidade como fins em si mesmos<sup>11</sup>, ao contrário das coisas, fungíveis e precificáveis, desenvolvendo um modelo ético pautado na razão de um imperativo categórico; da mesma mente promanam as experiências e carnificinas com maior requinte de crueldade e pulverização massificada da espécie humana.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> *No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (...) o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmos, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade. KANT, Immanuel – “Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos”; tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 64.*

<sup>12</sup> (...) *o imperativo universal do dever poderia também exprimir-se da seguinte forma: age como se a máxima da tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza. (...) Uma pessoa que, por uma série de adversidades, chegou ao desespero e sente desapego à vida, mas está ainda bastante em posse da razão para indagar a si mesma se não será talvez contrário ao dever para consigo atentar contra a*

Malgrado toda digressão sobre a técnica na obra de Heidegger, especialmente a conversão de toda a mundanidade, à luz da racionalidade instrumental, em meio, aparatado a capacitação e conversão em energia, com finalidades lucrativas, ainda que isso pudesse custar a todos os seres vivos, tem-se prestigiado uma argumentação rasteira e esgueira que exerce verdadeira fascinação à tecnologia, olvidando a experiência histórica de um passado devastador customizado pela técnica que pôs à deriva da existência a dignidade de uma infinidade de seres humanos.

Com efeito, em celebre texto heideggeriano, há uma associação entre a *techné* grega e a antropologia do ser humano, tratando-se, *prima facie*, de uma práxis do *faber* próprio do homem em busca do desvelamento em relação à verdade na mundanidade. Ou seja, o exercício da técnica permitia conclamar à verdade ( *aletheia*) o que é chamado a se expor pelo crivo humano, uma espécie de busca por ver o todo a partir do exposto por parte.<sup>13</sup>

Esse acesso ao ser aí da mundanidade por intermédio da técnica, em Heidegger, permitiria um desvelamento contemplativo, filosófico e salutar, tal qual fora alhures no modelo antigo, dando ensejo ao poiético ( *poiesis*), outrossim a modernidade racionalista conspurcada pela ciência passou a manipular o pro-

---

*própria vida. Procuremos, agora, saber se a máxima de sua ação se poderia tornar em lei universal da natureza. A sua máxima, contudo, é a seguinte: por amor de mim mesmo admito um princípio, o de poder abreviar a minha vida, caso esta, prolongando-se, me ameace mais com desgraças do que me prometa alegrias. Trata-se agora de saber se tal princípio do amor de si mesmo pode se tornar lei universal da natureza. Mas logo, se vê que uma natureza cuja lei fosse destruir a vida em virtude do mesmo sentimento cuja determinação é suscitar sua conservação se contradiria a si mesma e não existiria como natureza.* KANT, Immanuel – "Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos"; tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 52.

<sup>13</sup> Em uma paráfrase paulina Heidegger faz alusão ao desvelamento associado à técnica, à guisa do que o apóstolo apregoa, em nível de intuição, por evidente, em epístola: "Agora, portanto, enxergamos apenas um reflexo obscuro, como em um material polido; entretanto, haverá o dia em que veremos face a face. Hoje, conheço em parte; então, conhecerei perfeitamente, da mesma maneira como plenamente sou conhecido." ( 1ª Carta aos Coríntios, 13:12).

cesso de energia da natureza, captando-a e a dominando, fazendo desse sítio uma experiência de saber-poder.<sup>14</sup>

E a técnica desvelou e produziu armas nucleares instrumentalizando seres humanos, fungibilizando-os e os massificando, mediada pelo *faber* mobilizador das energias que estão-aí por serem produzidas.

Se a tecnologia se instituiu o último degrau da técnica como saber-poder, produzindo a morte de milhões de seres humanos via aparatos racionalizados de grande envergadura científica, do holocausto a Hiroshima, passando pelos soviéticos stalinistas, torna-se o corifeu da imortalidade a quem a acessa, a ponto de expectar a durabilidade centenária e apoteótica, no transumanismo contemporâneo, com os chips de ampliação e expansão do saber<sup>15</sup>, esconde-se, ao fim e cabo, nas causas da metafísica moderna a propulsão a essa investida.

Por um lado, o dogma da sacralização do humano demasiado humano, não como um corpo que pensa, quer e sente, mas um pensamento que pensa a si mesmo e oferece todas as respostas racionais aos problemas do mundo, incluindo o fado de driblar inexorabilidade da morte;

Se Descartes não só concebia no pensamento a substância do humano, depreciando completamente as demais faculdades da alma, e sobretudo a *res extensa* (o corpo), ancora na filosofia do sujeito pensante, o capacitador a apreensão do externo,

---

<sup>14</sup> HEIDEGGER, Martin. A Questão da Técnica. P. 380 e seguintes.

<sup>15</sup> A neurociência através de Rafael Yuste Darío Gil diagnostica a criação de dispositivos a serem conectados ao cérebro diretamente à internet no sentido de ampliação de capacidade cognitiva e com celeridade hipertrofiadas a múltiplas potências, também a possibilidade de sinapses cerebrais interrompidas por nanotecnologias, mas que não fogem ao risco de controle absoluto por parte dos bigdates e do próprio Estado, dando gênese ao que o próprio Yuste designará de neurodireitos, como privacidade mental, impedindo que os pensamentos sejam acessados sem permissão, identidade pessoal que blindo o indivíduo contra a manipulação de personalidade, o livre arbítrio a criar cercanias contra atitudes dirigidas pelas tecnologias e externalidades, barreiras contra a eugenia nas construções neurais abrindo fosso às desigualdades e vedação às informações preditivas e falsificadas que comprometam o conhecimento. Tradução Livre. In Lectures in Neuroscience. Columbia University Press: 2.023.



inclusive do outro sujeito, como objeto cognitivo pelos métodos racionais (DESCARTES, Rene. 2.023). De alguma maneira é Descartes quem introduz a reificação do sujeito de forma oblíqua. O modo – o como – em substituição ao -o que aristotélico – permite que o sujeito cognoscente ao lançar-se ao outro sujeito, planeie-o como objeto.

Doutro giro, um esforço a espetacularizar a maneira de viver, axiomatizando a maximização do prazer, pelo show de imagens e marketing (DEBORD, Guy, 2.004). Sociedade do Espetáculo, fazendo do público<sup>16</sup> e do privado uma miscelânea do mercado, com as promessas as mais cifradas para apoteose desiderativa. Entre os projetos da modernidade, a livre iniciativa, a expressão mais amena para definição de ganância, introjeta-se no seio da pauta do progresso e lança-se a promessas íngremes de inserção e isonomia, circulação e distribuição, rendendo as mais notáveis teorias que no fim das contas se resenharam às estatísticas e à maximização do prazer, quando não ao anátema contra o ressentimento na justiça do mínimo existencial a coexistir com o nababesco e descomedido.<sup>17</sup>

Em escorço, um pensamento formal do *ego* passa a servir, num processo instrumental que se consolidou como ciência, o excesso de prazer, pondo em queda a solidariedade como ela

---

<sup>16</sup> As observações argutas de Tércio Sampaio Ferraz Junior merecem registro. Na esteira do filósofo do direito, o mercado que se superpôs ao social, outrora marcado pela amalgama do amor ágape do cristianismo, também gravitou ao seio do público, contaminando de “espetacularização” os programas partidários, os discursos políticos, as campanhas eleitorais, tombando a transparência peculiar à esfera pública para sobressaltar a gestão econômico-estatística apaniguada por cenário imagético e, enfim, catapultar o bem comum. In *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, Estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri, Manole, 2007.

<sup>17</sup> Rawls desenvolve a teoria da justiça como equidade partilhando dois princípios, dando primazia à liberdade máxima, o que implica em afirmar que não haveria limites à acumulação, outrossim, para amainar os ressentimentos, suscita outro pilar principiológico, designado de princípio da diferença, pelo qual haveria a garantia de existência mínima no contexto comunitário daqueles que, assistindo as gritantes desigualdades, pudessem suportar sem ressentimento esse cenário, obtendo uma dignidade mínima. (RAWLS, John. *A teoria da Justiça*. Coleção Justiça e Direito. 3ª Ed. São Paulo: Martins Editora, 2008).

de fraternidade, algo próprio da ética cristã, e tornou pálida a máxima kantiana outrora exortada sobre o imperativo categórico enquanto formula ética. Considere-se, ainda, que a mutilação de seres humanos, seja nos campos, pelas bombas ou diante da catálise dos superestímulos dos instantes, a existência passa a grasar verdadeira indignidade humana na era tecnológica.

E da mesma forma um paradoxo acaba se instalando com os postulados modernos: secularização do mundo com produção de respostas racionais aos problemas humanos para fugir aos mitos e deificar a tecnologia que se substitui ao humano e acaba definindo quem segue e quem é deixado à morte na trajetória da existência. A racionalidade tecnológica produz o *homo sacer* pós-moderno.

Ora, o projeto moderno apresentou escansões, retrocessos inigualáveis, barbárie civilizatória com eclosão de guerras memoráveis e, hodiernamente, a um passo de novo espocar catástrofe, agora de dimensão nuclear, vê-se ainda mais premido por desequilíbrio da natureza, como se o *faber* tivesse conduzido a racionalidade ao colapso de todas as formas de vida. Do *homo sapiens* declina uma figura ainda mais atroz que os medievos, trata-se do *homo demens*.<sup>18</sup>

Curiosamente o direito se apresenta como a via de pavimentação entre a sociedade infantilizada e os tempos de esclarecimento de que cogitou Kant, legando à ciência jurídica a portentosa força de conduzir a humanidade à emancipação. Nos textos constitucionais espargidos mundo afora, é o princípio da dignidade da pessoa humana aquele que centraliza toda a constelação axiológica, tornando-se a válvula sistêmica por excelência na hermenêutica resiliente para transpor cosmos ao caos.

Nesse roteiro de grandes contradições a literatura do testemunho indica a derruição das bases modernas e a exortação às

---

<sup>18</sup> Essa é expressão adotada por Edgar Morin, ao abordar o Complexo de Adão, trazendo a pelo as naturezas *sapiens* e *demens* do ser humano. O Método 5: a Humanidade da Humanidade - A Identidade Humana. Sulina, 2.007.

outras faculdades da alma, com engendramento de outra ética, infundida na memória profunda e que não cessa de acenar à ressurreição, assim como um outro direito, resgatando os compromissos com a justiça, aquele cadáver insepulto que combate o formalismo jurídico sequestrado pelas pautas modernas ( Michel Villey, 1.969, p. 198).

#### IV. OS VALORES DO CUIDADO, DA ÉTICA E DA JUSTIÇA NO DIREITO: DIREITO A SER PESSOA

Reportando-se à ética do cuidado em Winiccot, Loparic destaca que antes de ser pensante, o ser humano é um ser carente, necessita de cuidado, ente que anseia cuidado, a formação de subjetividade pressupõe sensibilidade, o que, por si só, impõe guinada cognitiva, não sendo a razão formal o palco apto para processar essa perspectiva ética (LOPARIC, Zeljko, Winiccot e a Ética do Cuidado, DWW Editorial, 2.013).

Inegável que o fenômeno humano é portador de toda a história de bilhões de anos do universo atraindo no seu tegumento os traços da cosmologia, biologia, até o reconhecimento da antropologia com o desenvolvimento de racionalidade, porém, antes de ser humano *sapiens*, trata-se de um mamífero que, por obra da espécie, dispõe de sistema límbico forjado há milhares e milhares de anos e que se experiencia no cuidado. O que acresce à condição humana é a consciência do cuidado, a compreensão de que, como gestor dessa totalidade materializada no planeta, interligada entre todos os seres vivos, cabe-lhe a missão de um devir ecozóico, uma expressão recentemente tratada por cosmólogos e teólogos reconhecendo a mesma dimensão invisível e espiritual depositadas no universo do qual o humano faz morada e em parte é constituído.

Portanto, esse imaterial que se planta em todos os seres, de cuja plêiade o homem gere, mas dele também está composto, merece a atenção nas dimensões do ético e jurídico, não só para

que se lhes assegure a permanência da humanidade, mas que se lhes garanta a dimensão de futuro.

Calha bem recobrar-se o mito do Cuidado, e sua implicação com o humano, para refundação de outro paradigma ético, tratando em obra de Leonardo Boff (BOFF, Leonardo, 1.999):

*Um dia, quando Cuidado pensativamente atravessava um rio, ela resolveu apanhar um pouco de barro e começar a moldar um ser, que ao final apresentou a forma humana. Enquanto olhava para sua obra e avaliava o que tinha feito, Júpiter se aproximou. Cuidado pediu então a ele, para dar o espírito da vida para aquele ser, no que Júpiter prontamente a atendeu. Cuidado, satisfeita, quis dar um nome àquele ser, mas Júpiter, orgulhoso, disse que o seu nome é que deveria ser dado a ele. Enquanto Cuidado e Júpiter discutiam, Terra surge e lembra que ela é quem deveria dar um nome àquele ser, já que ele tinha sido feito da matéria de seu próprio corpo do barro. Finalmente, para resolver a questão os três disputantes aceitaram Saturno como juiz. Saturno decidiu, em seu senso de justiça, que Júpiter, quem deu o espírito ao ser, receberia de volta sua alma depois da morte; Terra, como havia dado a própria substância para o corpo dele, o receberia de volta quando morresse. Mas, ainda disse Saturno, "já que Cuidado antecedeu a Júpiter e à Terra e lhe deu a forma humana, que ela lhe dê assistência: que o acompanhe, conserve sua vida e lhe dê o apoio enquanto ele viver. Quanto ao nome, ele será chamado Homo (o nome em latim para Homem), já que ele foi feito do humus da terra".*

A questão basilar e central no percurso da ética do cuidado e do afeto está no sufocar de *Eros* e *Anima*, pela racionalidade ocidental, desde os primevos pensadores, deixando o tema do amor para plano periférico, ora tratado como falta e desejo por Platão, ora tratado como filia ou carinho somente pelos amigos e conterrâneos em Aristóteles, ora como pulsão e desejo em Freud, mas aquele que melhor se dedicara ao tema do amor, na condição de fraternidade, o Cristo, foi dogmatizado em regras e

cânones, gerando sua repercussão à política, ao direito, e à própria cultura sistêmica, fechada, orgânica e completa.

O amor é abertura, diz Bergson<sup>19</sup>, tão pulsante e latente como o halo conceitual da dignidade da pessoa humana, um ser em relação<sup>20</sup>, trata-se da poção *anima* que se apresenta a todo ser humano na sua dança harmônica com *animus* nos arquétipos de Jung. O juízo crítico presente na condição humana, próprio de seu desenvolvimento orgânico e antropológico, há de corresponder a uma primeira dimensão de amorosidade e cuidado, e somente nesta perspectiva haverá a concepção de pessoa e dignidade.

Se os valores do bem e do mal estão plasmados no mundo da vida, em termos éticos, traduzem-se como agir, e não se agregam propriamente à dimensão da mente e das formas pensantes, senão que fazem parte do querer humano, parafraseando João Evangelista, se o querer amou mais “às trevas que à luz”, os grandes embates éticos remontam ao coração, não se alocando nos puros genes – instintos e pulsões, tampouco na cultura ou socialização racionalizados.

---

<sup>19</sup> Bergson faz interessante apontamento dividindo a capacidade cognitiva do ser humano em superfície e profundidade. A primeira responderia aos impulsos mais basilares e às circunstâncias corriqueiras que exigem o agir pragmático e cotidiano, dotando o humano de reflexos e (re)ações, ainda que haja entre a provocação e a resposta alguma intermediação do tempo. Já em relação ao agir absolutamente livre, Bergson destaca uma dimensão contemplativa do existir, onde a inventividade e a criatividade exsurtem com o agir livre, porquanto, aqui, uma memória profunda de passado e experiências é acessada e passa a ser baliza para o próximo ato, então o presente é empregnado de passado em direção ao futuro, o tempo já não é o do instante e o da cronologia, é como se fosse um tempo de duração, a própria ontologia do humano. In BERGSON, Henri. *A Energia Espiritual*. Tradução Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins e Fontes, 2.009, p. 20 e seguintes.

<sup>20</sup> Em texto em homenagem ao professor Osvaldo Giacoia Junior, enfatizou-se que a dimensão de pessoa é relacional, expressão de amor, portanto de superabundância ética, por essa razão pessoa, e qualquer pessoa, tem conotação universal, enquanto conceito, mas é sempre singular, diante da memória e da história, não podendo ser assimilada à parte de um todo, senão qualquer pessoa é totalizante em relação às quais tudo passa a ser parte. ZENNI, Alessandro S. V. *A Profanação do Estado e do Direito como Direito a Ser Pessoa*.

Somente com intuição simpática é que grandes saltos éticos serão dados em prol de uma reconstrução do mundo, de maneira que a “linguagem” tecnológica, essencialmente formal-simbólica, forjada nos algoritmos, não poderá contribuir para recuperação da condição humana, máxime porque, mantida alheia aos valores, e instrumentalizada pela livre iniciativa, buscará emancipação econômica e processo dominando pela via do saber.

O direito que se propõe à dignificar a humanidade fundamentalmente haverá de se consorciar à superabundância ética, sobrepondo-se à regra de ouro, porquanto se o bem for realizado somente àqueles a quem se ama, ou buscando perceber o equivalente, que mérito haveria!

Onde se daria o ponto de convergência entre amor e direito! Exatamente na concepção de que há uma superabundância ética que ressignifica o sentido utilitarista de justiça, ao menos a reportada no tegumento do texto, do gênio de Rawls.

Se o amor de Francisco, Gandhi e Luther King moveram suas ações em prol da emancipação da humanidade, fazendo brilhar solarmente o sentido de dignidade humana própria e alheia, certamente a singularidade dessa intuição de espíritos absolutamente livres do *ego* e comprometidos com o *alter* não entram nas medidas da justiça como retribuição, escapando, inclusive à regra de ouro ( não faça ao outro aquilo que não queira faça a você) diante do caráter de não equivalência no agir.

Outrossim, para que a imoralidade não ocupe o espaço da moralidade se justifica a distribuição de bens, encargos, talentos e oportunidades, coroando o espírito de justiça que se conhece deste a mitologia, alçada a teoria, após ter sido ato de vontade constante e perpétua, entronizando-se a regra de ouro nas anseios da justiça. Equivalência se aproxima no conceito de justiça e na regra de ouro que formula, perfunctoriamente, algum sentido de amor em Cristo.

Ainda assim, o amor dadivoso, o cuidado que se faz mo-

rada na condição humana e foi relegado à memória profunda e às experiências históricas de qualquer sujeito, aquilo que se faz sem esperar qualquer retribuição e ou equivalência, aparentemente não teria eco nas formulações eloquentes de justiça.

Recoueur enunciara que *“nesta relação de tensão viva entre a lógica da super-abundância e a lógica da equivalência, esta última recebe do seu confronto com a primeira a capacidade de se elevar acima das suas interpretações perversas. Sem o correctivo do mandamento do amor, com efeito, a Regra de Ouro seria incessantemente inflectida no sentido de uma máxima utilitária cuja fórmula seria do ut des, dou para que des. A regra: dá porque te foi dado, corrige o a fim de que da máxima utilitária e salva a Regra de Ouro de uma interpretação perversa sempre possível.”*<sup>21</sup>

No amor é que o princípio da diferença em Rawls deixa de ser interpretado como utilitário, de maneira que o próprio Recoueur assinalará que “na medida em que o amor se dirige contra o processo de vitimização que o utilitarismo precisamente sanciona ao não propor o ideal mais do que a maximização da vantagem média do maior número ao preço do sacrifício de um pequeno número perante o qual esta implicação sinistra do utilitarismo deverá manter-se dissimulada... eis um dos pressupostos não ditos do famoso equilíbrio reflectido, do qual a teoria rawlsiana da justiça se autoriza em última instância, entre a teoria abstracta e as nossas convicções mais bem ponderadas.(...) A justiça passa a ser um *médium* necessário do amor”.

Em razão de o amor ser para além da moral, na esfera da justiça passa a ser prática e ética, e escoima da justiça o sentido utilitarista que se lhe propõe modernamente.

Em síntese, porque há no ser humano, tanto na constituição orgânica (lóbulos frontais e parte límbica do cérebro) quanto psíquica (a inclinação pelo cuidado, o sentimento), e a dádiva da

---

<sup>21</sup> RICOEUR, Paul. Amor e Justiça. Tradução Miguel Serras Pereira. Lisboa: Edições 70, 2.020, p. 36.

vida que lhe atravessa como amor no sentido espiritual, e por inclinação natural coexiste com outros humanos e outras formas de vida, relaciona-se, essa expansão dos relacionamentos corresponde a dignificar-se como pessoa, e isso vale para qualquer sujeito, sem distinção alguma. No mais, nas distribuições de bens, talentos e oportunidades, o que consubstancia o sentido de justiça, por afeição e simpatia, retira-se a pecha do utilitarismo da concepção do justo, aproximando pessoa, justiça, amor e direito.

Ademais, na esteira de Bergson, as ações livres e conscientes haverão de ser dissociadas dos automatismos e porque o cérebro humano é complexo, segundo o filósofo, os níveis de consciência se abundam, podendo gerar respostas refletidas, em que o intervalo entre o estímulo e a resposta permite ao presente a infusão do passado de experiências em direção ao futuro do agir. Essa duração da vida, em forma de intuição, infletida na condição humana não se apresenta nas ferramentas tecnológicas, inviabiliza as relações intersubjetivas estimuladas pelo cuidado e amorosidade.

Sem essa reflexão intuitiva os valores de justiça e dignidade não passam de conceitos sem conteúdo, que podem ser expandidos ou esvaziados ao sabor da conveniência e da oportunidade do poder-saber<sup>22</sup>; no campo do direito, tem-se demonstrado, à evidência que essa técnica de controle social se faz por regras abstratas ou decisões concretas, obedecendo às necessidades sistêmicas, com a obnubilação de justiça e dignidade, a despeito de, não raro, mediante a desidratação de tais conceitos, faz-se às resiliências implacáveis para manutenção do *status quo* e a progressão da (in)dignidade da vida.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

<sup>22</sup> Essa fórmula hermenêutica de estender ou murchar conceitos abertos tendo como objetivo a preservação do sistema social é tratada como ideologia por juristas do calibre de Warat. In *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Editora Nauu: Rio de Janeiro, 2.005.



Da modernidade se consolidaram promessas de progresso e emancipação de todos os seres humanos, e o que se apresenta historicamente é barbárie civilizatória. A dignidade do ser humano é preservada, e quando é, como meio para justificar a manutenção sistêmica e o *status quo*.

A narração do testemunho do senhor Morita evidencia a banalização da vida, o retrocesso, a elisão dos valores. A tecnologia articulou ferramentas robustas de eliminação dos valores humanos, vida, dignidade, integridade física e moral caem diante de corpos mutilados.

A literatura permite ao jurista, como sujeito dotado de capacidades humanizadoras, recuperar, a partir de uma intuição simpática, o valor do cuidado e do afeto e, antes de reagir ao estímulo e à provocação, o toque de uma tecla, e a solução *prête-a-porter*, agir com liberdade e inventividade, amplificando a hermenêutica em prol dos valores de afeto e justiça, imprimindo sentido à existência própria e alheia.

Escapar à superficialidade do instante a que foi condicionada a massa humana, sobretudo pela técnica, e mergulhar no reduto da memória, permite a formação de juízo crítico acerca da amorosidade e da distribuição, com respeito à condição digna da pessoa, ser relacional e profundamente cuidadoso, integrado ao que existe na dimensão cosmológica, responsável pela gestão planetária e todas as formas de vida.

O direito, enquanto techné a servir o justo, essa vontade de distribuir bens, talentos e oportunidades, aperola-se em superabundância ética com as expressões de amor, escoimando o utilitarismo que poderia permear as mais retumbantes teorias sobre justiça, entre elas a de Rawls, explorado no texto.

Para essa compreensão de um direito para além do formalismo frio impresso nos textos, vazado como técnica de controle social, a literatura capacita o jurista à sensibilidade e à intuição, via por excelência da captação dos valores que fazem todo o sentido à existência humana.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDERS, Günther. *Teses para a era atômica*. Disponível na internet: <http://culturaebarbarie.org/sopro/outros/ANDERS.html>. Acesso em: 05/03/2022.
- AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha*. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo. 2008.
- AROSA, Guido. Literatura e testemunho, a escrita do eu em choque: o trauma, sua memória. In: *Revista Athena*, vol. 13, nº 2, pp. 80-94. 2017.
- BERGSON, Henri. *A Energia Espiritual*. Tradução Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins e Fontes, 2.009
- CHUEIRI, Vera Karam de. Direito e Literatura. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro/São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006
- DESCARTES, Rene. *Discurso do Método*. São Paulo: Escala, 2.023.
- DEBORD, Guy. *A Sociedade Do Espetáculo: Comentários Sobre A Sociedade*. Rio de Janeiro: Editora Contraponto, 2.004.
- GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Agamben: por uma ética da vergonha e do resto*. São Paulo: N-1 edições. 2018.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito & Literatura: ensaio de síntese teórica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.
- \_\_\_\_\_. *Direito e literatura. Os pais fundadores: John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardoso e Lon Fuller*. Disponível na internet: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25388-25390-1-PB.pdf>. Acesso

em 04/03/2012.

- GONZÁLEZ, José Calvo. Constitucional Law en clave de teoría literária. Un guía de campo para el estudio. In: *Italian society for law and literature- ISLL*, vol. 2, p. 1-9. 2009.
- \_\_\_\_\_. Derecho y literatura. La cultura literaria del derecho. In: *Italian society for law and literature - ISLL*, vol. 3, p. 1-12. 2010.
- KIOSHITA, Dina Lida. Contexto mundial do lançamento das bombas em Hiroshima. In: ENDO, Paulo Cesar; NAKAGAWA, Cristiane Izumi (Orgs.). *Hiroshima e Nagasaki: testemunho, inscrição e memória das catástrofes*. São Paulo: Benjamin Editorial. 2015.
- LUB, Dori. Truth and testimony the process and the struggle. In: *Psychoanalysis, culture and trauma* (SPRING 1991), vol. 48, nº 1, , pp. 75-91. 1991.]
- MORIN, Edgar. *O Método 5: a Humanidade da Humanidade - A Identidade Humana*. Sulina, 2.007.
- MORITA, Takashi. *Uma mensagem de Hiroshima: o que vi e como sobrevivi à bomba atômica*. São Paulo: Universo dos Livros. 2017.
- NAKAGAWA, Cristiane Izumi. O bombardeio atômico e suas testemunhas. In: ENDO, Paulo Cesar; NAKAGAWA, Cristiane Izumi (Orgs.). *Hiroshima e Nagasaki: testemunho, inscrição e memória das catástrofes*. São Paulo: Benjamin Editorial. 2015.
- OST, François. El reflejo del derecho en la literatura. In: *Doxa, cuadernos de la Filosofía del Derecho*. Nº 29, p. 333 – 348. 2006.
- PINO, Dino del. Prefácio. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. *Direito & Literatura: Reflexões teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holhausen. São Paulo: Martins Fontes. 2004.

- RAMIRO, Caio Henrique Lopes. O papel da literatura na construção do saber jurídico: entre o universo discursivo e o do poder. In: *ANAMORPHOSIS* –Revista Internacional de Direito e Literatura, v. 8, n. 2, pp. 876-891. 2022.
- SAMUEL, Geoffrey. Is law a fiction?. In: DEL MAR, Maksymilian; TWINING, William. *Legal fictions in theory and practice*. London: Springer. 2015.
- SELIGMANN-SILVA. Márcio. Testemunho e política da memória: o tempo depois das catástrofes. In: *Proj. História São Paulo*, (30), pp. 71-98. 2005.
- \_\_\_\_\_. Narrar o trauma – a questão dos testemunhos de catástrofes históricas. In: *Psicologia clínica*, Rio de Janeiro, vol. 20, nº 1, pp. 65-82. 2008.
- TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. Direito e literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. *Direito & Literatura: Reflexões teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.
- TUZET, Giovanni. Diritto e letteratura: finzioni a confronto. In: *Italian society for law and literature - ISLL*, vol. 2, p. 1-23. 2009.
- VILLEY, Michel. “*Archives de philosophie du droit*, nº 14, 1969.
- WARAT, Luiz Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. Editora Nauu: Rio de Janeiro, 2.005.