



Reitor
Marcos Sfair Sunye

Vice-Reitora
Camila Girardi Fachin

Pró-Reitora de Pós-Graduação
Edneia Amancio de Souza Ramos Cavalieri

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Diretora
Melina Girardi Fachin

Vice-Diretor
Rui Carlo Dissenha

Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito
Angela Couto Machado Fonseca

Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito
Guilherme Brenner Lucchesi

FACULDADE DE DIREITO

Chefe do Departamento de Direito Privado
Marco Aurélio Serau Júnior

Chefe do Departamento de Direito Público
Fabricio Ricardo de Limas Tomio

Chefe do Departamento de Direito Civil e Processual Civil
Adriana Espíndola Correa

Chefe do Departamento de Direito Penal e Processual Penal
Clara Maria Roman Borges

Chefe do Departamento de Práticas Jurídicas
Marília Pedroso Xavier

Revista da Faculdade de Direito UFPR

Objetivo

A Revista da Faculdade de Direito UFPR, vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e à Faculdade de Direito da UFPR, é uma publicação quadrimestral de trabalhos científicos. A Revista tem interesse em artigos, análises de decisões judiciais, comentários jurisprudenciais, traduções e resenhas críticas. A linha editorial da Revista abrange todas as áreas jurídicas. No intuito de aprofundar a cultura jurídica brasileira, porém, prestigia a aproximação do direito com outras áreas do conhecimento, assim como o compromisso com a construção de uma sociedade democrática, justa e solidária.

Editora-Chefe

Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Editor Adjunto

Ilton Norberto Robl Filho

Editores-Gerentes

Márcio Eduardo Zuba • Marieli Colla Rockenbach

Editores Executivos

Alcebiades Meireles • Ana Cláudia Milani e Silva • Daniela Urtado • Derek Assenço Creuz • Erick Kiyoshi Nakamura • Stephanie Meireles

Revisor de Textos e Diagramador

Márcio Eduardo Zuba

Conselho Editorial

Conselho Editorial: Antonio Carlos Wolkmer (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil), Antônio José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal), Bethania de Albuquerque Assy (PUC-Rio de Janeiro e Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil), Claudia Lima Marques (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil), Cláudia Perrone-Moisés (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil), David Ritchie (Mercer University School of Law, Macon, Georgia, Estados Unidos), Giovanni Cazzetta (Università degli Studi di Ferrara, Ferrara, Itália), José Antônio Peres Gediel (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil), José Carlos Moreira da Silva Filho (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil), Juliana Neuenschwander Magalhães (Universidade Federal do Rio Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil), Katya Kozicki (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil), Laymert Garcia dos Santos (Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil), Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil), Menelick de Carvalho Netto (Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil), Paulo Luiz Netto Lôbo (Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil), Ricardo Marcelo Fonseca (Universidade Federal do Paraná, Curitiba, PR, Brasil), Roberto Gargarella (Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina), Samuel Barbosa (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil).

Pareceristas permanentes: Alexandre Bernardino Costa (Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil), Cristiano Paixão (Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil), Eduardo Henrique Lopes Figueiredo (Universidade Estadual de Londrina, Londrina, Paraná, Brasil), Fabíola Albuquerque Lobo (Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil), Jeanine Nicolazzi Phillippi (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil), José Ramón Narváez Hernández (Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, México), Osvaldo Javier López-Ruiz (Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil).

Editores, membros do Conselho Editorial, docentes do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, pesquisadores da Faculdade de Direito da UFPR e professores e pesquisadores de outras instituições, nomeados *ad hoc*, serão responsáveis pelos pareceres dos artigos submetidos para publicação.

Endereço para contato:

Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR)
Praça Santos Andrade, 50 – Centro – 3º andar – CEP 80020-300 – Curitiba, PR, Brasil
E-mail: equiperfdufpr@gmail.com

R454

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

Revista da Faculdade de Direito UFPR / Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito.– ano 1, n. 1 (dez. 1953)- . – Curitiba: UFPR, 1953-
v.; 24 cm.

Quadrimestral.

Endereço eletrônico: <https://revistas.ufpr.br/direito>

ISSN 2236-7284.

1. Direito. I. Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito.

CDU 34

CDD 340

Catalogação na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas (SiBi)



Sistema de
Bibliotecas



7 Editorial

ARTIGOS

- 11 An end without means? Key concepts of Latin American new constitutionalism and the politics of environmental protection**
Um fim sem meios? Conceitos-chave do novo constitucionalismo latino-americano e a política de proteção ambiental
DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i3.95628>
Daniel Cavalcanti Pimentel • Hanna Helena Sonkajärvi
- 35 Dignidade humana e negatividade: um estudo acerca da teoria dos direitos humanos de Jay Bernstein**
Human dignity and negativity: a study on Jay Bernstein's theory of human rights
DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i3.97254>
Saulo Monteiro Martinho de Matos • Arthur Pedroso de Almeida
- 57 Acessoriedade administrativa e (des)vinculação entre processos administrativo e penal no mercado de capitais: in(ter)dependência ou indiferença entre as esferas?**
Administrative accessoriness and the (dis)connection between administrative and criminal proceedings in capital markets: in(ter)dependence or indifference between the spheres?
DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i3.98580>
Viviane Müller Prado • Marcelo Costenaro Cavali • Thiago Cochenski Borba
- 91 Risco ambiental e responsabilidade objetiva na Bacia de Santos: desafios jurídicos ante a exploração petrolífera em áreas ecologicamente sensíveis**
Environmental risk and strict liability in the Santos Basin: legal challenges in oil exploration in ecologically sensitive areas
DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i3.100148>
Valdenio Mendes de Souza • Aretusa Fraga Costa • Elcio Nacur Rezende
- 111 O direito da energia e a competência municipal na geração distribuída: aplicação do princípio da concordância prática entre a transição energética e o desenvolvimento local**
Energy law and municipal authority in distributed generation: applying the principle of practical concordance to the energy transition and local development
DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i3.100367>
Luiz Ugeda • Karine Sanches
- 143 L'attuazione del regionalismo differenziato in Italia tra legislazione e giurisprudenza costituzionale**
A implementação do regionalismo diferenciado na Itália entre legislação e jurisprudência constitucional / The implementation of differentiated regionalism in Italy between legislation and constitutional jurisprudence
DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i3.101864>
Ornella Spataro



EDITORIAL

Em um cenário marcado por crises ambientais persistentes, tensões federativas, transformações tecnológicas aceleradas e renovadas disputas em torno da dignidade humana, o Direito é constantemente instado a repensar seus fundamentos, suas categorias e sua capacidade de resposta normativa. A presente edição da Revista da Faculdade de Direito UFPR insere-se nesse contexto ao reunir contribuições que, a partir de diferentes tradições teóricas e campos dogmáticos, interrogam os limites e as possibilidades do Direito diante de desafios estruturais contemporâneos.

O primeiro artigo examina criticamente o chamado Novo Constitucionalismo Latino-Americano, problematizando a distância entre seus pressupostos normativos (notadamente, a centralidade da natureza e do *buen vivir*) e sua efetiva tradução jurídica e institucional. Ao mobilizar a História dos Conceitos, o texto evidencia tensões entre utopia constitucional e práticas estatais ainda ancoradas em modelos tradicionais de desenvolvimento, mercado e soberania.

Em diálogo filosófico com a teoria dos direitos humanos, o segundo artigo revisita o conceito de dignidade humana a partir da obra de Jay Bernstein, deslocando-o de uma fundamentação abstrata para uma compreensão enraizada na experiência da negatividade social. A dignidade emerge, assim, não apenas como fundamento institucional, mas como categoria crítica capaz de dar visibilidade a sofrimentos, humilhações e violações sistematicamente invisibilizados.

Os desafios da coerência sistêmica do Direito também se manifestam no terceiro artigo, dedicado às relações entre as esferas administrativa e penal no mercado de capitais. Ao problematizar o dogma da independência das instâncias, o estudo evidencia tensões interpretativas e déficits argumentativos que comprometem a segurança jurídica e a racionalidade do sistema sancionatório estatal.

A dimensão ambiental retorna de modo incisivo no quarto artigo, que analisa a responsabilidade civil objetiva na exploração petrolífera na Bacia de Santos. O texto revela os limites práticos de um modelo jurídico formalmente avançado, mas fragilizado por déficits institucionais, morosidade processual e insuficiência de mecanismos preventivos, recolocando no centro do debate a efetividade da tutela ambiental marinha.

O quinto artigo discute a transição energética sob a perspectiva do federalismo cooperativo, investigando a articulação entre a regulação federal do setor elétrico e as competências urbanísticas municipais. Ao propor o princípio da concordância prática como critério de harmonização normativa, o estudo oferece ferramentas relevantes para a governança multinível da energia e para o desenvolvimento local sustentável.

Por fim, o sexto artigo amplia o horizonte comparado da edição ao examinar a implementação do regionalismo diferenciado na Itália, à luz da recente e paradigmática decisão da Corte Constitucional italiana (Sentença n. 192/2024). A análise ilumina dilemas recorrentes entre unidade e autonomia, equidade e diferenciação, com repercussões que ultrapassam o contexto italiano e dialogam com debates federativos mais amplos.

Conjuntamente, os trabalhos aqui publicados reafirmam o compromisso da Revista com uma produção acadêmica crítica, plural e atenta às transformações do Direito em suas múltiplas dimensões teóricas, institucionais e sociais.

Boa leitura!

Equipe Editorial

CITAÇÕES DESTA EDIÇÃO

“[...] o novo constitucionalismo latino-americano pode ser caracterizado por sua heterogeneidade e pela dificuldade de definir, em termos precisos – ou, mais propriamente, pela capacidade de evitar definir – os objetivos e os meios de aplicação de políticas que conduziram à realização de uma sociedade baseada no *buen vivir*” (Pimentel; Sonkajärvi, 2025, p. 16, tradução nossa).

“A concepção política dos direitos humanos pode ser vista como a rejeição ou da tese da natureza, alegando que direitos humanos não constituem uma espécie de direito moral, ou da tese da fundamentação, ou seja, alegando que o modo de fundamentação e justificação desses direitos se dá por uma modalidade diferente do raciocínio moral” (Matos; Almeida, 2025, p. 41).

“O dogma da independência das instâncias [penal e administrativa], ao menos na forma absoluta em que era concebido, está morto. Mas é preciso sepultar o defunto” (Prado; Cavali; Borba, 2025, p. 86).

“O Direito, por si só, não resolve a crise ecológica, mas pode ser um elemento transformador, se alicerçado em uma atuação técnica, transparente e comprometida com a proteção dos bens comuns” (Souza; Costa; Rezende, 2025, p. 108).

“A criação de um Índice de Concordância Prática (ICP) se justifica como um instrumento para medir o grau de harmonia entre as normativas federais e municipais no contexto da transição energética” (Ugeda; Sanches, 2025, p. 134).

“O amplo panorama traçado pelo Tribunal Constitucional propõe um regionalismo italiano que deriva do complexo entrelaçamento de princípios constitucionais que caracterizam a forma do Estado: uma aplicação incorreta do artigo 116, parágrafo 3º, da Constituição poderia levar a um desvio genuíno do sistema republicano” (Spataro, 2025, p. 157, tradução nossa).



EDITORIAL

In a context marked by persistent environmental crises, federal tensions, accelerated technological change, and renewed disputes surrounding human dignity, law is constantly challenged to rethink its foundations, categories, and normative capacity to respond. This issue of the *Revista da Faculdade de Direito UFPR (RFDUFPR)* brings together contributions that, from different theoretical traditions and doctrinal fields, critically examine the limits and possibilities of law in addressing contemporary structural challenges.

The first article offers a critical examination of Latin American New Constitutionalism, highlighting the gap between its normative premises (particularly the centrality of nature and *buen vivir*) and their effective legal and institutional implementation. Drawing on the History of Concepts, the study reveals tensions between constitutional utopia and state practices still grounded in traditional models of development, market economy, and sovereignty.

Engaging philosophically with human rights theory, the second article revisits the concept of human dignity through the work of Jay Bernstein, shifting it from an abstract foundation to one rooted in experiences of social negativity. Dignity thus emerges not only as an institutional foundation of human rights, but also as a critical category capable of exposing suffering, humiliation, and violations that are often overlooked.

Concerns regarding systemic coherence are addressed in the third article, which analyzes the relationship between administrative and criminal proceedings in capital market regulation. By questioning the dogma of the independence of legal spheres, the study exposes interpretive tensions and argumentative deficits that undermine legal certainty and the rationality of the sanctioning system.

Environmental issues return forcefully in the fourth article, which examines strict civil liability in offshore oil exploration in Brazil's Santos Basin. The analysis highlights the limits of a formally advanced legal framework weakened by institutional shortcomings, procedural delays, and insufficient preventive mechanisms, bringing the effectiveness of marine environmental protection back to the center of the debate.

The fifth article addresses the energy transition from the perspective of cooperative federalism, investigating the relationship between federal regulation of the electricity sector and municipal urban-planning powers. By applying the principle of practical concordance, the study offers tools for multilevel energy governance and sustainable local development.

Finally, the sixth article broadens the comparative scope of the issue by analyzing differentiated regionalism in Italy in light of Decision No. 192/2024 of the Italian Constitutional Court. The article highlights enduring tensions between unity and autonomy, equity and differentiation, with implications that resonate beyond the Italian context.

Taken together, the articles reaffirm RFDUFPR's commitment to critical, plural, and socially engaged legal scholarship, attentive to the transformations of contemporary law.

Enjoy your reading!

Editorial Team

QUOTATIONS FROM THIS EDITION

“[...] Latin American new constitutionalism can be characterized by its heterogeneity and the difficulty of defining in precise terms, or rather, the ability to avoid defining, the goals and means for applying policies that would lead to the realization of a society based on *buen vivir*.” (Pimentel and Sonkajärvi, 2025, 16)

“The political conception of human rights can be understood as the rejection either of the nature thesis – by claiming that human rights do not constitute a species of moral rights – or of the grounding thesis, that is, by claiming that the grounding and justification of such rights proceed through a mode other than moral reasoning.” (Matos and Almeida, 2025, 41, translation ours)

“The dogma of the independence of jurisdictions [criminal and administrative], at least in the absolute form in which it was conceived, is dead. But the corpse still needs to be buried.” (Prado, Cavali, and Borba, 2025, 86, translation ours)

“Law, by itself, does not resolve the ecological crisis, but it can be a transformative element when grounded in technical, transparent action committed to the protection of the commons.” (Souza, Costa, and Rezende, 2025, 108, translation ours)

“The creation of a Practical Concordance Index (PCI) is justified as an instrument for measuring the degree of harmony between federal and municipal regulations in the context of the energy transition.” (Ugeda and Sanches, 2025, 134, translation ours)

“The broad overview outlined by the Constitutional Court suggests an Italian regionalism that stems from the complex intertwining of constitutional principles that characterize the form of the State: an incorrect application of Article 116, paragraph 3, of the Constitution could lead to a genuine deviation from the republican system.” (Spataro, 2025, 157, translation ours)



**AN END WITHOUT MEANS? KEY CONCEPTS OF LATIN AMERICAN
NEW CONSTITUTIONALISM AND THE POLITICS OF
ENVIRONMENTAL PROTECTION**

**UM FIM SEM MEIOS? CONCEITOS-CHAVE DO NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A POLÍTICA DE
PROTEÇÃO AMBIENTAL**

Submissão: 28 maio 2024

Aprovação para publicação: 15 nov. 2025

Daniel Cavalcanti Pimentel

Mestre em História

Afiliação institucional: Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO – (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-9747-6229>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/4185824084791696>

Email: dancpimentel@gmail.com

Hanna Helena Sonkajärvi

Doutora em História e Civilização

Afiliação institucional: Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – (Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5017-3792>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/2102198868397835>

Email: hanna.sonkajarvi@me.com

Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):

PIMENTEL, Daniel Cavalcanti; SONKAJÄRVI, Hanna Helena. An end without means? Key concepts of Latin American new constitutionalism and the politics of environmental protection. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 70, n. 3, p. 11-33, set./dez. 2025. ISSN 2236-7284. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i3.95628>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/95628>. Acesso em: 31 dez. 2025.

ABSTRACT

The Latin American new constitutionalism that inspired the Constitutions of Ecuador (2008) and Bolivia (2009) is grounded in the idea that human beings are merely one species among many. Nature, in this conception, has a legal standing that can be enacted by any physical or juridical person acting in its interest. However, a closer reading of key concepts and of the writings of politicians and thinkers advocating Latin American new constitutionalism reveals tensions and contradictions between its utopian aspirations and their implementation through legislation. This paper inquires, adopting a diachronic perspective, and inspired by the History of Concepts, into its key notions, such as *buen vivir*, *sumak kawsay*, *Pacha Mama*, the State, and development, and offers a critical review of the concept's capacity to be translated into the legal system and legal practice. The analysis shows that the Latin American new constitutionalism has not succeeded in breaking with dominant concepts of the State, market economy, and development.

KEYWORDS

Mother Earth. Constitution. Environment. State. Development.

RESUMO

O Novo Constitucionalismo Latino-Americano, que inspirou as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), fundamenta-se na ideia de que o ser humano é apenas uma espécie entre muitas. Nessa concepção, a natureza possui personalidade jurídica e pode ser representada por qualquer pessoa física ou jurídica que atue em seu interesse. Contudo, uma leitura mais atenta dos conceitos centrais e dos escritos de políticos e pensadores que defendem o Novo Constitucionalismo Latino-Americano revela a existência de tensões e contradições entre sua dimensão utópica e sua implementação prática por meio da legislação. Inspirado pela História dos Conceitos e adotando uma perspectiva diacrônica, o artigo examina noções centrais como *buen vivir*, *sumak kawsay*, *Pacha Mama*, Estado e desenvolvimento, oferecendo uma avaliação crítica da capacidade desses conceitos de serem traduzidos para o sistema jurídico e para a prática jurídica. A análise demonstra que o novo constitucionalismo latino-americano não logrou romper com concepções dominantes de Estado, economia de mercado e desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVE

Mãe Terra. Constituição. Meio ambiente. Estado. Desenvolvimento.

INTRODUCTION

Global warming, the destruction of the forests and particularly the Amazon, floods, drought and large-scale pollution of rivers and groundwater are just some of the current environmental problems that are widely recognized but for which there are no simple solutions to be found, much less implemented. Along with fundamental questions discussed in relation to Nature¹ and human beings by authors like Peter Singer (1975), Leonardo Boff (2004), and Bruno Latour (2017), the past few decades have seen the development of concepts such as the commons (Ostrom, 1990; Ostrom, Gardner, and Walker, 1994; Rodgers et al., 2010; Wall, 2014) and the New Economy of Nature (Daily and Ellison, 2002; Joseph W. Bull et al., 2013), that aim to offer political and economic solutions to ecologically sustainable development. In this context, it is not surprising that Pope Francis' first Encyclical Letter was also dedicated to environmental questions as the key to preserving the planet (Franciscus, 2015).

In Latin America, some States have adopted new constitutional and legislative frameworks that recognize Nature as a legal actor (Hermitte, 2011, p. 173-212). Latin American new constitutionalism, mainly represented by the constitutions of Ecuador (2008) and Bolivia (2009), is based on the idea that man is no longer considered the centrepiece of Nature, but rather, one species among other living things. In this conception, Nature possesses a legal personality that permits for any physical or juridical person to act in Nature's interest. However, this concept, along with other key concepts of the Ecuadorian and Bolivian constitutions, raises various questions, which so far have not been resolved in practice, and which are often ignored in current legal, political and academic debates: — What is the significance of notions such as *buen vivir*, *sumak kawsay*, and *Pacha Mama*? What are the origins of these notions, who introduced them in the respective constituent assemblies, and how were they interpreted by them? Additionally, how do these concepts, which often remain obscure in the academic literature (Wolkmer, Augustin and Wolkmer, 2012, p. 51-69; Zaffaroni, 2011), relate to other key concepts such as the State, citizenship, sustainability, development, (post)colonialism, equity, solidarity, and the dignity of life, among others? What type of State is being imagined by advocates of these constitutions? If the key concepts of this new constitutionalism are part of a rediscovered heritage – or “invented tradition”² – that considers Nature a cosmological actor,

¹ Nature, will appear, throughout the text, written in capital letters because the Latin American new constitutionalism constitutes a breach with anthropocentrism and postulates not only the rights of Nature, but understands Nature as an actor that has its own agency.

² According to Hobsbawm and Ranger (1992, p. 1), “‘Invented tradition’ is taken to mean a set of practices, normally governed by overtly or tacitly accepted rules and of a ritual or symbolic nature, which seek to inculcate certain values and norms of behaviour by repetition, which automatically implies continuity with the past”.

then it is important to ask where these concepts stem from, how they changed over time and how they are being interpreted by contemporary social, political and legal actors³. Furthermore, the question of the implementation of the rights of Nature is left open by the constitutions of Ecuador and Bolivia. In practice, who can initiate a legal process on behalf of Nature, and how? What are the administrative and legal mechanisms that permit such action? Could it be, in the end, that the State – through its judiciary – holds a monopoly over the interpretation of the agency of the *actor* Nature?

The goal in this paper is to present and to reflect upon some of the key concepts of Latin American new constitutionalism related to the concepts of the environment and environmental protection. At this stage in the research, a thorough deconstruction of all these notions is not intended, but rather, the aim is to point to the existing contradictions and potential of this still very heterodox bundle of discourses and ideas comprising the phenomenon called Latin American new constitutionalism. The questions raised here will hopefully help to stimulate further debates.

The starting point for this analysis was given by the mere observation that the very basic categories, or, concepts, of Latin American new constitutionalism are anything but clearly defined. Therefore, the methodological approach of this study is based on Conceptual History. Concepts are here understood as words that reunite multiple significations, i.e. they are characterized by polysemy. They are dynamic and embedded in social, political and historical contexts. According to the German historian Reinhart Koselleck (1985, p. 78), successful political concepts – such as the ones that fundament the Latin American new constitutionalism – permit the construction of a *horizon of expectation*, which allows for them to function as a canvas of projection for different actors and interests. Certainly, not every utopia inscribed into a constitution needs to come into being, and not all the values that constitute a society need to turn themselves into law. However, because new constitutionalism has this explicit vocation – articulated in the Constitutions of Ecuador and Bolivia – to be put into practice, the paper proposes to inquire, across time, and inspired by the History of Concepts, into its key notions, such as *buen vivir*, *sumak kawsay*, *Pacha Mama*, and to critically reflect upon the concept's capacity to be translated into the legal system and legal practice. The analysis starts in 2008-2009, when both Constitutions of Ecuador and Bolivia were published. Since then, a large group of social actors have reverberated their innovations on environmental debates. Contributions by scholars like Zaffaroni, Gudynas, and Acosta, politicians such as Rafael Correa, and even jurists in selected court decisions, form a diverse group of discourses that define the very object of study.

³ The notion “invented” does not carry a pejorative connotation. Every culture is adapted, reinterpreted and renovated in a continuous process.

1 THE NOTIONS OF *BUEN VIVIR*, *SUMAK KAWSAY*, AND *PACHA MAMA*

The environment and environmental protection are at the core of Latin American new constitutionalism. The constitutions, legislation and governmental plans of Ecuador and Bolivia include various concepts inspired by the indigenous groups' cultures that are characterised by eco- or biocentrism as opposed to anthropocentrism. The key notions that illustrate almost the entire movement – although with different emphases – are *buen vivir* (or *sumak kawsay*, in the Quechua language) and *Pacha Mama*. These notions carry a baggage of connotations with them, forming concepts of *good living* and *Mother Nature* that are hard to translate and that are therefore equally difficult to define not only in academic terms but also in legislation and politics.

The notion of *buen vivir* (or *sumak kawsay*) proposes a new way to observe and interact with Nature. *Buen vivir*⁴, in English, means “good or harmonious living” in relation to the cycles of Mother Nature, the cosmos, life, history and all forms of existence (Vanhulst, 2015, p. 239, translation ours). The semantics of the concept imply that *buen vivir* is a guiding principle for life, abundance and action. It can therefore be conceived of in opposition to the concept of the Welfare State, institutionalized and maintained since the post-war period based on the notion that the politics of consumption promotes development and progress⁵. *Buen vivir*, on the other hand, proposes an ethics that must guide the State in its relations to human beings and Nature. It is a holistic view of the world focused on the protection of all living beings, not only humans. Using the terms of Alberto Acosta, it is a “civilizational proposal” (Acosta, 2016, p. 76, translation ours) and “an ethic to the community” (Acosta, 2016, p. 83-84, translation ours). Eugenio Zaffaroni considers *buen vivir* to be “the true constitutional ecology” (Zaffaroni, 2011, p. 111, translation ours), particularly because it is based on the ancient culture of indigenous peoples who resisted the historical processes of colonialism and neocolonialism and continue to advocate for direct communication between humans with Nature. Undoubtedly, *buen vivir* criticizes the hegemonic belief of limitless capitalism. *Buen vivir* proposes

⁴ Acosta (2016) and Jiménez (2011) show that other indigenous communities in Latin America possess similar conceptions of *buen vivir*, such as “*suma qamaña*” in Aymara, “*ñandereko*” in Guaraní, “*shiir waras*” in Achuar, and “*küme mongen*” in Mapuche.

⁵ According to Acosta (2016, p. 46, translation ours), “[...] after the Second World War, when the Cold War started, in the midst of the appearance of nuclear terrorism [...] the discourse of ‘development’ established – and consolidated – a dichotomic structure of domination: developed – under-developed, poor – rich, advanced – delayed, civilized – wild, center – periphery”. Original: “[...] depois da Segunda Guerra Mundial, quando começava a Guerra Fria, em meio ao surgimento da ameaça e do terror nuclear, o discurso sobre ‘o desenvolvimento’ estabeleceu – e consolidou – uma estrutura de dominação dicotômica: desenvolvido-subdesenvolvido, pobre-rico, avançado-atrasado, civilizado-selvagem, centro-periferia”.

a rupture and is therefore a consistent ideology of resistance to capitalism in the 21st century.

The second concept refers to Mother Nature, which is the closest translation of *Pacha Mama* in English. Indigenous peoples in the Andean region invoke this divinity to remember their origins and to project a possible future in harmony with Nature. However, it is important to note that *Pacha Mama*, as a female divinity, does not exactly have the power of creation, but rather offers protection (Acosta, 2016, p. 117). That is why *Pacha Mama* is a reference to the rights of Nature in Latin America and must be seen not only as an element of Andean mysticism but also as a possible epistemological rupture with modern concepts based on anthropocentrism. For instance, Zaffaroni considers this divinity as an archetype possibly found in many other cultural expressions around the globe, which suggests that *Pacha Mama* has a universal character⁶.

2 NEGATIVE DEFINITIONS, OR WHAT LATIN AMERICAN NEW CONSTITUTIONALISM REJECTS

The discourses of *buen vivir* and *sumak kawsay* centre on the following paradigms: modernity, capitalism, anti- and/or post-colonialism, (sustainable) development and the State. Depending on the various interpretations of what should be the focus of Latin American new constitutionalism, social and political actors and academics either adhere to or reject one or more of these concepts, or they may discard them all.

In fact, Latin American new constitutionalism can be characterized by its heterogeneity and the difficulty of defining in precise terms, or rather, the ability to avoid defining, the goals and means for applying policies that would lead to the realization of a society based on *buen vivir*⁷. There is heterogeneity even within the works of Alberto Acosta and Eugenio Raúl Zaffaroni. Alongside the hegemonic name “New Latin American Constitutionalism” (Zaffaroni, 2011, p. 113, translation ours), they use the following names for the same subject: “*neoconstitucionalismo transformador*” (Acosta, 2016, p. 157), “*neoconstitucionalismo latinoamericano*” (Zaffaroni, 2011, p. 21, 23),

⁶ To explain this universal conception, Zaffaroni (2011, p. 123, translation ours) states that “[...] the incorporation of Pacha Mama into constitutional law would be no less than a universal archetype that exists in every human being as a result of subsequent experiences of survival of the species along the evolutionary process. Instead of causing an underrated incorporation, this thesis – if correct – would certainly elevate it”. Original: “La incorporación de la Pacha Mama al derecho constitucional sería nada menos que la de un arquetipo universal existente en todo humano como resultado de las experiencias de supervivencia de la especie a lo largo de la evolución. Lejos de provocar una subestimación de esta incorporación, esta tesis – de ser correcta – la exaltaría”.

⁷ Zaffaroni (2015, p. 26) advocates against strict terminological limits when he writes “Latin America” instead of “South America” or only “America”. It is important to point out that “new constitutionalism” and “neoconstitutionalism” are different juridical movements with different historical origins, despite their similarity. The first is considered a contemporary Latin American movement. The latter emerges in Europe after the Second World War and is basically considered an answer to the legal-positivist movement.

“*constitucionalismo latinoamericano*” (Zaffaroni, 2015, p. 99), “*constitucionalismo andino*” (Zaffaroni, 2011, p. 108)⁸. Various authors state that this fuzziness can be regarded as a factor of flexibility that has allowed for a wide reception and use of the concept by different groups and individuals, both locally and nationally as well as internationally (Vanhulst, 2015, p. 235).

According to Reinhart Koselleck, concepts are vocabularies that contain a multiplicity of meanings. A concept is always polysemic and can only be interpreted, not defined exactly. The different -isms (liberalism, communism, etc.) supply social actors with the means to locate themselves in political and social space but they also constitute that very space (Koselleck, 1985, p. 78). Therefore, according to Koselleck (1985, p. 74), “[w]ithout common concepts there is no society, and above all, no political field of action”. He states that the less defined a new concept remains, the greater its potential for integration and invention because different individuals and groups can project different ideas and expectations onto the same concept. In this sense, new constitutionalism can be interpreted as a concept that claims legitimacy through (invented) tradition and at the same time carries a notion of a revolutionary and universal new concept.

The work of Alberto Acosta, for example, makes it clear to the reader what the concept of *buen vivir* is not, according to the opinion of the author, who conceives *buen vivir* as a utopia. For Acosta, some examples of current reality that do not belong to new constitutionalism include individualist ethics; a mono-cultural and centralist State; the destruction of quality of life when economic and environmental crises occur; a capitalist economy based on markets, poverty, discrimination, sustainable development and *green capitalism*. Acosta rejects the idea of development entirely, arguing that this concept dominates the world’s major institutions as though there were no other possibilities for the future. He sees *buen vivir* as “an alternative to development” (Acosta, 2016, p. 75, translation ours), not an alternative of development. Whereas conservative discourses may incorporate sustainable development and the *green economy*, which are concepts usually related to environmental law, Acosta vigorously rejects this hegemony of capitalist economics. According to him, it is impossible to reconcile these economic concepts with a true guarantee for the rights of Nature. Radically opposed to any development theory – he likens development to imperialism (Acosta, 2016, p. 45) – Acosta proposes an alternative based on Andean culture⁹.

Moreover, the concept of the State itself is debated. Acosta (2016) argues that new

⁸ This list is not exhaustive and illustrates the problems that can be caused by the naming of the concept in the juridical world because the more imprecise the concepts of this legal movement, the more difficult it is to define the measures to guarantee the rights of Nature.

⁹ For contemporary critics of the concept of development, see Cowen and Shenton (1995), Escobar (2007), Ribeiro (2008), Zhou, Laschefski, and Barros (2005).

constitutionalism is only possible if the principles of the modern (Nation) State are questioned and reviewed. According to him, “The plurinational State is not a hybrid. [Rather,] there needs to be a different State, in the sense of another society and another life project – the *buen vivir*”¹⁰ (Acosta, 2016, p. 154, translation ours). This alternative is also called the plurinational State, and in promoting this idea, Acosta relies primarily on the work of Boaventura de Sousa Santos (1988, 2003).

Not only does the plurinational State break with anthropocentric ways of defining the State, but it also proposes decentralizing the State’s decisions to become a force of resistance against all forms of authoritarianism (capitalist or socialist), to consolidate and expand collective rights, and also to respect the different nationalities or communities that may coexist within a single State’s territory (Keating, 2001; Tapia, 2015)¹¹. Within this concept, indigenous peoples represent only one among countless groups included in the plurinational State.

3 LEGAL DEFINITIONS OF THE KEY CONCEPTS

The Constitutions of Ecuador and Bolivia form a framework for the implementation of environmental policies. *Buen vivir*, *Pacha Mama* and plurinationalism are some of the terms incorporated in the Constitution of Ecuador (2008), whose preamble proclaims “*Buen vivir*, el *Sumak kawsay*” as a “A new form of public coexistence, in diversity and in harmony with Nature, to achieve the good way of living” (Constitution [...], 2008). The concept of *buen vivir* is given prominence in the constitution, which defines the rights of *buen vivir* in Title II, Chapter II, and includes a “*Buen vivir plan*” in Title VII that contains 75 articles on biodiversity, social and cultural rights and the promotion of traditional knowledge, among other issues. Despite the concept of *buen vivir* being conceived in public and academic discourses as an alternative to development (which is considered a tool of neo-colonialist and capitalist Western hegemony), the proper idea of development figures prominently in Title VI called, in original, “The development regime” (“*el Régimen de Desarrollo*”). Article 275 defines this development regime as one of *buen vivir*:

The development structure is the organized, sustainable and dynamic group of economic, political, socio-cultural and environmental systems which underpin the achievement of the good way of living (*sumak kawsay*). / The State shall plan the development of the country to assure the exercise of rights, the achievement of the objectives of the development structure and the principles enshrined in the Constitution. Planning shall aspire to social and territorial equity, promote cooperation, and be participatory, decentralized, deconcentrated and

¹⁰ Original: “O Estado Plurinacional não é um Estado híbrido. Tem de ser outro Estado, no sentido de outra sociedade e outra proposta de vida – ou seja, o Bem Viver”.

¹¹ On the indigenous environmental rights from a procedural perspective and how these rights might be articulated in legislation, see Eichler and Navarro, 2023.

transparent. / The good way of living shall require persons, communities, peoples and nationalities to effectively exercise their rights and fulfil their responsibilities within the framework of interculturalism, respect for their diversity, and harmonious coexistence with nature (Constitution [...], 2008).

It is worth noting that article 275 defines the State as the organ that plans development and pursues the task of reaching the goals established for the country's development, even though planning is designed to occur in a decentralized and participatory manner. This participation is very much embedded within the State structure, for development plans are being worked out by a National Planning Council (*Consejo Nacional de Planificación*) that includes the representation of different levels of government and civil society (art. 279)¹². The general obligations of the State are defined in article 277:

The general duties of the State in order to achieve the good way of living shall be: 1. To guarantee the rights of people, communities and nature. 2. To direct, plan and regulate the development process. 3. To make and implement public policies, and to control and sanction any breach thereof. 4. To produce goods, to create and maintain infrastructure, and to provide public services. 5. To boost the development of economic activities through a legal system and political institutions that promote, foster and defend said activities in observance of the Constitution and the law. 6. To promote and bolster science and technology, the arts, ancestral wisdom and, in general, activities resulting from the creative initiative of communities, associations, cooperatives and the private sector (Constitution [...], 2008).

As for citizens, their obligations consist of actively taking part in civil society and producing, exchanging and consuming goods and services with consideration for social and environmental responsibility:

To achieve the good way of living, it is the duty of people and communities, and their various forms of organization: 1. To participate in all stages and spaces of public management and national and local development planning, and in the execution and control of the fulfillment of development plans at all levels. 2. To produce, exchange and consume goods and services with social and environmental responsibility (Constitution [...], 2008, art. 278).

In the Bolivian Constitution, the idea of *suma qamaña* or *buen vivir* is also present, but there are some significant differences between Ecuadorian and Bolivian new constitutionalism. In Bolivia, the economy is conceived as a mixed, *plural* economy intended to promote both capitalist and non-

¹² Constitution [...] (2008, art. 279): "The decentralized national system of participatory planning shall organize planning for development. The system shall be comprised of a National Planning Council, which shall bring together the different levels of government, with public participation, and shall have a technical secretariat coordinating it. The objective of this Council shall be to issue the guidelines and policies that direct the system and to approve the National Development Plan. The council shall be chaired by the President of the Republic. In decentralized autonomous governments, planning councils shall be chaired by their highest representatives and their membership shall be provided for by law. Citizen councils shall be bodies for the discussion and creation of long-term strategic guidelines and agreements that shall provide guidelines for national development".

capitalist forms of exchange (art. 306)¹³. The idea of development, again, appears in accordance with the idea of *buen vivir*¹⁴. As for Nature, unlike in Ecuador, it is not considered an actor possessing rights by the constitution. However, in December 2010, the Bolivian Government passed a law recognizing the Rights of Mother Nature (*Madre Tierra*) (Bolivia, 2010), the idea being that the obligations and duties of the plurinational State and society, anchored in the constitution, guarantee respect of these rights¹⁵. From a juridical point of view, this recognition of the rights of Nature is weaker than in the Ecuadorian case, given that a constitution has more weight in the legal hierarchy than a simple law. According to Cletus G. Barié, the Bolivian concept of *buen vivir* is a more reflexive and philosophical one¹⁶, whereas the Ecuadorian concept has a more normative and state-centred character (Barié, 2014, p. 24-25).

4 THE VARIOUS DISCOURSES OF NEW CONSTITUTIONALISM

As shown in the preceding chapters, Latin American new constitutionalism is by no means a homogeneous doctrine or movement. Rather, various discourses, policies and politics exist in parallel with one another. Among these, Julien Vanhulst, following the typology proposed by Antonio Luis Hidalgo-Capitán (Cubillo-Guevara, Hidalgo-Capitán, and Domínguez-Gómez, 2014), differentiates between three main currents of *buen vivir* based on their approach to modernity and sustainability: the “indigenous”, “socialist” and “post-structuralist” currents (Vanhulst, 2015, translation ours). According to this author, the discourses of *buen vivir* are characterized by four constitutive elements: 1) the idea of harmony with Nature (including its abiotic components); 2)

¹³ Bolivia [...] (2009, art. 306): “I. The Bolivian economic model is plural and seeks to improve the quality of life and the well being of all Bolivians”.

¹⁴ Bolivia [...] (2009, Preamble): “[...] A State based on respect and equality for all, on principles of sovereignty, dignity, interdependence, solidarity, harmony, and equity in the distribution and redistribution of the social wealth, where the search for a good life predominates; based on respect for the economic, social, juridical, political and cultural pluralism of the inhabitants of this land; and on collective coexistence with access to water, work, education, health and housing for all”.

¹⁵ Bolivia [...] (2009, art. 1): “Bolivia is constituted as a Unitary Social State of Pluri-National Communitarian Law (Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario) that is free, independent, sovereign, democratic, inter-cultural, decentralized and with autonomies. Bolivia is founded on plurality and on political, economic, juridical, cultural and linguistic pluralism in the integration process of the country”. Bolivia [...] (2009, art. 2): “Given the pre-colonial existence of nations and rural native indigenous peoples and their ancestral control of their territories, their free determination, consisting of the right to autonomy, self-government, their culture, recognition of their institutions, and the consolidation of their territorial entities, is guaranteed within the framework of the unity of the State, in accordance with this Constitution and the law”.

¹⁶ Bolivia [...] (2009, Preamble) is emblematic: “In ancient times mountains arose, rivers moved, and lakes were formed. Our Amazonia, our swamps, our highlands, and our plains and valleys were covered with greenery and flowers. We populated this sacred Mother Earth with different faces, and since that time we have understood the plurality that exists in all things and in our diversity as human beings and cultures. [...] We have left the colonial, republican and neo-liberal State in the past”.

recognition of the principles and values of marginalised/subordinated groups; 3) a State that guarantees the satisfaction of basic needs (such as education, health, food and water), social justice and equality; and 4) democracy. Furthermore, Vanhulst identifies two basic ideas, which he calls cross-cutting, for they intersect the “indigenous”, “socialist” and “post-structuralist” camps: 1) a criticism of a Eurocentric modernity, and 2) the proposal of *buen vivir* as a new type of political and intercultural project (Vanhulst, 2015, p. 238, translation ours).

This typology can be adhered to with some reservations. First, the concept of the State is a very controversial and one that could also be classified as a cross-cutting. Second, there is a concept of consumerism latent in the discourses that is not articulated very clearly by the different advocates of Latin American new constitutionalism, one that is also related, to varying degrees, to the discourses of what a society based on *buen vivir/sumak kawsay* should be.

To demonstrate the importance of these concepts, let us first describe the main characteristics of the “indigenous”, “socialist” and “post-structuralist” currents. The “indigenous” concept of *buen vivir/sumak kawsay* that sees *buen vivir* not only as a value but also as a principle that should guide individual action, arose in the 1990’s as a reconstructed or reinvented principle for the defence of and fight for indigenous and non-indigenous rights against neoliberal politics. In the context of the end of authoritarian military regimes in Latin America, indigenous communities organised at national level (such as the *Confederación de Nacionalidades Indígenas de Ecuador* (CONAIE) in Ecuador or the *Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia* (CIDIB) in Bolivia) became essential actors in the process of new State construction. Their voices were increasingly heard, even internationally, because the idea of an indigenous cosmovision was compatible with global social movements that campaigned against globalization or for human rights and environmental issues (Vanhulst, 2015, p. 238, 240).

More recently, indigenous groups and movements have organised themselves across national borders in the *Confederación Andina de Organizaciones* (CAOI). The Cusco Declaration of June 2006 contains the principal claims of the movement: the construction of plurinational States, the defence of natural resources, respect for the collective rights of indigenous communities and self-determination of their settlements (Vanhulst, 2015, p. 240-241).

As observed by Vanhulst, the discourse of *buen vivir* is derived directly from these movements but is also renewed by them. It is therefore a dynamic concept that is socially defined and subject to continuous redefinitions and critiques (Vanhulst, 2015, p. 241). In academic discourse, this *indigenous* current stresses the importance of indigenous peoples’ self-determination and indigenous cosmovision. Some advocates of the current (Macas, 2014; Maldonado, 2014) tend to use the term *sumak kawsay* instead of *buen vivir* because they consider the latter phrase to be corrupted or distorted

by Eurocentric ideas. They see the Andean cosmovision as an alternative to the concept of development. In the same line of thinking, Eugenio Zaffaroni embraces this essentialist – if not romanticising – vision in that he rejects the development of scientific models to ground the ideology of *buen vivir* because he considers such efforts to constitute an aggression against Andean cultural traditions (Zaffaroni, 2011, p. 113-114).

What Vanhulst calls the “socialist” current of *buen vivir* can be characterized as the politics of anchoring the values of Andean cosmovision in legislation and putting environmental policies into practise by both local and central governments. Such policies and politics can be initiated by indigenous movements, local and international environmental organizations and other grassroots movements, as well as by central governments. The policies implemented vary from the establishment of parks and the creation of juridical and administrative mechanisms for the protection of the environment to projects against industrial mining. This “socialist” current does not consider the concept of *buen vivir* as conflicting with an idea of economic growth and development. This becomes particularly clear in the preamble of the Ecuadorian Constitution, which mentions both the “rights of *buen vivir*” and a “regime of development” (Constitution [...], 2008)¹⁷. It is interesting to note that the very same preamble also states that it is the State that plans development¹⁸. However, in the 2013-2017 national plan (*Plan Nacional para el Buen vivir 2013-2017*), the idea of *buen vivir* appears in sharper contrast to neoliberal economics and Eurocentrism. The idea of infinite economic growth is being abandoned and replaced by a notion of progress that is compatible with life corresponding to the ideas of *buen vivir*. This *buen vivir* therefore presents itself as a concept linked to development that prioritizes questions of social equity and views sustainability only as a subordinated concept.

Furthermore, as noted by Vanhulst, this plan introduces a new semantics linking the concepts of *buen vivir* and socialism. *Buen vivir* therefore becomes a “*socialismo del buen vivir*” in the service of the political movement called *Movimiento Alianza PAIS*, a coalition represented by former Ecuadorian president Rafael Correa (Vanhulst, 2015, p. 244). One might argue here that labelling *buen vivir* as a socialist concept means adhering to traditional concepts of the State and economy. As such, the concept becomes one that legitimates existing power structures.

The “post-structuralism” current is essentially an academic one that tends to reject the notion

¹⁷ Vanhulst (2015, p. 243) points out that *buen vivir* and development are considered interchangeable notions in the “Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013”.

¹⁸ Constitution [...] (2008, art. 275): “The development structure is the organized, sustainable and dynamic group of economic, political, socio-cultural and environmental systems which underpin the achievement of the good way of living (*sumak kawsay*). / The State shall plan the development of the country to assure the exercise of rights, the achievement of the objectives of the development structure and the principles enshrined in the Constitution”.

of development, which is considered an imperialist, neo-colonialist and Eurocentric concept. Like the other two currents, this one is also by no means unitary. Vanhulst differentiates between a group of radical anti-modernist thinkers and a more moderate group in favour of dialogue and pluralism. Radicals consider the concept of *buen vivir* to be an analogous translation of *sumak kawsay*, which facilitates the recovery of the ancient traditions of indigenous settlements and a break with contemporary forms of symbolic colonialism. Academics aim to decolonize their own thinking and to revive indigenous knowledge and lifeways against the concept of development. Whereas this first current remains confined within itself, the moderate current aims at deconstructing the development paradigm without seeing this as necessarily incompatible with modernity. Authors like Leonardo Boff, Alberto Acosta and Eduardo Gudynas insist on the fact that *buen vivir* is a concept under construction that does not permit itself to be limited exclusively to the realities of the Andean regions, but should instead seek dialogue and allow for pluralistic voices to be raised among the critics of sustainable development¹⁹. These academic versions of *buen vivir* demonstrate similarities with post-development theories that are directly related to post-structuralism (Escobar, 2010, p. 1-65; Ziai, 2007). Their protagonists are linked to various environmental and social movements and believe that various appropriations of *buen vivir* can coexist in a pluralistic world. They are bio-centric and understand the relationship between human beings and Nature as based on reciprocity (Vanhulst, 2015, p. 251).

5 THE PLURINATIONAL STATE: A STATE-CENTERED OR A POST-COLONIAL MODEL?

Given the heterogeneity of New Constitutionalist ideas, it is no surprise that actual State politics in Bolivia and in Ecuador do not necessarily correspond to the norms and objectives formulated in their respective constitutions or governmental agendas. The concepts of plurinationalism and the State, as well as core definitions of the economy (capitalist, non-capitalist, anti- or pro-development, consumer- or sustainability-oriented) are at the very heart of discrepancies that can be observed between discourses and practices.

The Bolivian Constitution highlights the idea of a political, economic, juridical, cultural and linguistic pluralism and that of a plurinationalism constituted by all Bolivians. It makes explicit

¹⁹ Gudynas and Acosta (2010, p. 103, translation ours) define *buen vivir* as “[...] an opportunity to construct a different society sustained by a diverse and harmonious co-existence of human beings with nature, based on the recognition of different cultural values that exist in each country and in the world”. Original: “[...] oportunidad para construir otra sociedad sustentada en la convivencia del ser humano en diversidad y armonía con la naturaleza, a partir del reconocimiento de los diversos valores culturales existentes en cada país y en el mundo”.

mention of indigenous nations, rural settlements and intercultural and afro-Bolivian communities²⁰. Bartolomé Clavero asserts that the Bolivian Constitution's innovation lies in the establishment of the Plurinational Constitutional Tribunal (*Tribunal Constitucional Plurinacional*, TCP) whose task it is to bind together the various jurisprudences in a plurinational State. Jurisprudence provides, according to this concept, one of the sources of law (Clavero, 2012).

In Clavero's view, to respect the constitution, the cultural values of indigenous people must have a cross-cutting influence on jurisdiction. He asserts that the development of the Bolivian Constitution does not yet provide an adequate framework for indigenous communities and that the final decisions need not be made by a central institution, if the idea of the construction of a plurinational State is to be taken seriously. At the same time, he states that contemporary jurisprudence should not be guided by the existing jurisprudence, but rather, the *Tribunal Constitucional Plurinacional* should create jurisprudence inspired by plurinationalism, thus constituting a clear break with the previous legal system (Clavero, 2012, p. 45). Therefore, Clavero appears to suggest a confinement of the plurinational Bolivian State, in terms of justice, within itself. Would this plurinational State then represent just another form of construction of a Nation State?

One of the features of new constitutionalism is that it postulates a new, although fuzzy, idea of a State. In the Constitutions of Ecuador and Bolivia, the State is explicitly defined as guaranteeing greater participation by the population and acknowledging the diversity and rights of different communities. Thinkers such as Alberto Costa go even further and argue that the State of *buen vivir* needs to be radically rethought. However, in light of recent politics, it is worth asking whether there is not – despite governmental rhetoric – a weakening of civil society, which is embedded and absorbed into the State and therefore not able to articulate itself independently.

Clavero (2015, translation ours) argues that Latin America experienced a process of what he calls “*descolonización en falso*”, or false decolonization, in the second half of the eighteenth century and in the first half of the nineteenth century. He states that the colonization of indigenous peoples continued, and continues through the present, now by means of State domination legitimized by constitutions that adopted European concepts. Clavero considers Bolivia to be an example of what has occurred in a number of Latin American States that proceeded to acknowledge indigenous peoples' rights without confronting the process of decolonization that ought to begin with the national constitution itself (Clavero, 2015, p. 650-651). He therefore asks whether a State can decolonize itself and proceeds to severely criticise the Bolivian government, which in his view projects an image of

²⁰ Bolivia [...] (2009, art. 3): “The Bolivian nation is formed by all Bolivians, the native indigenous nations and peoples, and the inter-cultural and Afro-Bolivian communities that, together, constitute the Bolivian people”.

itself abroad through its constitution that does not correspond to the realities of its domestic politics (Clavero, 2015, p. 656).

This type of *colonialism by the State* manifests itself in paternalistic and autocratic discourses, such as the rhetoric used by President Correa (2007-2017). Correa was elected in 2007 as an ally of indigenous movements that were proposing *buen vivir* socialism, but his administrations increasingly distanced themselves from environmental protection, promoting the idea of development and (re-)initiating mining²¹ and industrial projects that had been initially abandoned. By 2009, Correa was already referring to indigenous movements in pejorative terms, stating that infantile leftist, environmentalist and indigenous movements posed the biggest threat to the government's political project because they were opposed to his plans to expand mining (Ordoñez, 2010, p. 89-90).

6 DOES LATIN AMERICAN NEW CONSTITUTIONALISM PROTECT AGAINST THE MONETIZATION OF NATURE?

Regarding the ambitions of New Constitutionalists and the actual application of policies, there is an important question that remains unsolved by legislation and court decisions: that of legal sanctions for environmental damages. This topic is directly related to the current trend of monetization of Nature because legal decisions that focus on pecuniary sanctions reinforce the idea that (financially measurable) prices can be assigned to natural resources and natural elements. A recent example of society's adoption of such notions is offered by the case of the Doce River in Brazil. Following a collapse of a dam containing toxic waste from mining, large parts of the Mariana region in the Province of Minas Gerais were flooded, and serious consequences were also felt in the neighboring region of Espírito Santo. Apart from human casualties, local flora and fauna were also killed. It is of course impossible to restore the previous state of Nature, but public discourses on the catastrophe have since the beginning concentrated on the question of the size of the sums to be paid as reparations by the mining company and the dam construction company. People are informed about these numbers, but far less so about the consequences for Nature. This certainly has to do with the way environmental legislation functions, but it equally reveals the adherence of large parts of society to the logic of the monetization of Nature (Losekann and Mayorga, 2018).

Classical economics, applied to environmental matters, has approached natural resources largely based on financial market laws (the economy of scarcity), such as, for example, price regulations according to shortages of food or feedstock. The New Economy of Nature, on the other

²¹ On neo-extractivism, see Acsehrad (2021), Broad and Fischer-Mackey (2017), and Svampa (2019).

hand, considers Nature as an economic asset (Daily and Ellison, 2002). One of the key aspects of this *ecological economy* is the idea of compensation, which does not in practise mean halting pollution and destruction, but rather compensating for harm done. Therefore, biodiversity and Nature itself are being transformed into a means of obtaining profits. Natural resources have become commodities systematically categorized according to their financial values.

Considering that the language of Nature has been permeated by economic notions, such as assets, compensation, sustainability, development, etc., recent discourse about the rights of Nature in Latin American new constitutionalism can be understood as a counter-concept to market-driven logics (Fatheuer, 2014, p. 26-28). This conflict of concepts became clear during discussions at the Rio+20 Conference and has been gaining force internationally. It is worth highlighting that these discussions appear not only in legal documents or governmental plans but also in the field of public opinion, such as the international press (Collwell, 2016; Rousseau, 2016)²².

The new constitutionalism of *buen vivir* presents itself as an alternative to the New Economy of Nature and the monetization linked to such thinking. The Constitutions of Ecuador and Bolivia encompass two different legal concepts, namely, “environmental law” and the “rights of Nature”. According to Acosta (2016), these two concepts illustrate two independent *justices*, each one representing a different legal approach. “Environmental law” represents people and their right to be compensated for any natural disaster caused by others. Meanwhile, the “rights of Nature” represents Nature to ensure the survival of species and guarantee the restoration of damaged ecosystems (Acosta, 2016, p. 132).

According to art. 71 of the Constitution of Ecuador, any person, community, village or nationality can demand before public authorities that the rights of Nature are complied with:

Nature, or Pacha Mama, where life is reproduced and occurs, has the right to integral respect for its existence and for the maintenance and regeneration of its life cycles, structure, functions and evolutionary processes. / All persons, communities, peoples and nations can call upon public authorities to enforce the rights of nature. To enforce and interpret these rights, the principles set forth in the Constitution shall be observed, as appropriate. / The State shall give incentives to natural persons and legal entities and to communities to protect nature and to promote respect for all the elements comprising an ecosystem (Constitution [...], 2008).

Nature has the right to restoration (art. 72), and the State has an obligation to establish the mechanisms of restoration and adopt measures to eliminate or diminish harm caused to the

²² On rivers as legal actors, see O'Donnell and Talbot-Jones (2018).

environment²³. However, both in Ecuador and in Bolivia, the State remains – through its legal apparatus – the guardian of the environment. Therefore, despite discourses of participation, it maintains the hegemony to define what is legal and acceptable in relation to the environment.

In Ecuador, opposition to mining and hydroelectric projects has repeatedly caused social clashes. The Correa administrations imposed their will on local communities with autocratic measures, such as issuing criminal charges of terrorism and sabotage to individuals defending their right to *buen vivir*. One prominent example of the Correa government's prioritization of mining over *buen vivir* is the Yasuní-ITT Initiative, which proposed a mechanism of financial compensation for leaving oil underground through a trusteeship proposed by the United Nations Development Program.

Yasuní-ITT took shape during a long process of indigenous and environmentalist resistance to oil exploitation in the Amazon. However, once the initiative was transformed into public policy, the actions of the State excluded and marginalized the very groups that had defended it from the beginning. In 2013, Correa officially decided to drill for oil in the ITT bloc, and he had already expressed his intention to do so as early as January 2010, explaining that he considered the conditions of the trusteeship proposed by the United Nations Development Program “dishonouring” (Caria and Domínguez, 2016, p. 23).

The argument Correa used to justify these politics is that the country must pursue economic development before *buen vivir* can be achieved. Indeed, Ecuador continues to rely heavily on traditional industries, which are conceived of as the motor of development and an important source of revenue for social programs. Exports of raw materials increased from 74.3% in 2007 to 83% in 2014, the non-oil-sector trade deficit doubled between 2006-2012, and deforestation increased by 55% between 2001 and 2012 (203,015 ha in 2001-2006 to 315,009 ha in 2007-2012) (Caria and Domínguez, 2016, p. 23; Gudynas, 2010, p. 67).

According to de Sousa Santos, Correa believes that society is under-developed and unprepared for democratic participation or active citizenship, and thus, investments need to be made in development and education. The best kind of citizen, then, is one who has confidence in the State. In the short term, it is necessary to create and distribute wealth, carry out social policies and improve infrastructure to achieve development. The long-term goal of environmental protection is sacrificed in favour of the exploitation of natural resources by the mining, oil and industrial agriculture sectors.

²³ Constitution [...] (2008, art. 72): “Nature has the right to be restored. This restoration shall be apart from the obligation of the State and natural persons or legal entities to compensate individuals and communities that depend on affected natural systems. / In those cases of severe or permanent environmental impact, including those caused by the exploitation of nonrenewable natural resources, the State shall establish the most effective mechanisms to achieve the restoration and shall adopt adequate measures to eliminate or mitigate harmful environmental consequences”.

At the same time, aggressive reforms in education aim to create a knowledge economy based on the country's biodiversity (Santos, 2015, p. 134).

According to Gudynas (2009, p. 219, translation ours),

[...] neo-extractivism is a new ingredient of a contemporary and South American version of developmentalism. This version has inherited the classical ideas of modernity and therefore maintains faith in material progress, but it is a contemporary hybrid which results from the cultural and political conditions specific to South America²⁴.

Given its state-centred character, Ecuadorian *buen vivir*, as it stands, appears to result in a weakening of civil society²⁵. Along these lines, Martin Calisto Friant and John Langmore state that "Ecuador seems to treat its citizens as passive social clients rather than active participants in a radical democracy" (Friant and Langmore, 2015, p. 69).

Jason Tockman and John Cameron reach a very similar conclusion in relation to Bolivia. They assert that, despite the rhetoric of plurinationalism, the Movement Toward Socialism (*Movimiento al Socialismo*, MAS), led by President Evo Morales (in office 2006-2019), followed an interventionist policy, including in indigenous territories, and its economic development policies rely heavily on the extraction of non-renewable natural resources (Tockman and Cameron, 2014, p. 46-69). According to Ben McKay (2017, p. 1), "[...] the greatest threat to the indigenous, peasants, *originarios*, women and the youth in the current context is extractivism".

7 CONCLUSIONS

The Latin American new constitutionalism movement proposes a rupture with traditional modern constitutionalists and colonialist ideas. By breaking with the anthropocentrism paradigm, the Constitutions of Ecuador and Bolivia place environmental protection at the heart of their respective social, political and legal systems. However, despite ambitions, the policies followed by both countries in the past two decades have shown that it is difficult to speak of a true rupture. Rather, this

²⁴ "[...] el neo-extractivismo es un nuevo ingrediente de una versión contemporánea y Sudamericana del desarrollismo. Esta versión es heredera de las ideas clásicas de la Modernidad, y por lo tanto mantiene su fe en el progreso material, pero es un híbrido contemporáneo que resulta de las condiciones culturales y políticas propias de América del Sur".

²⁵ An interesting fact that may support the weakening hypothesis is the number of social movements in Ecuador in recent years. Gómez et al. (2014, p. 83) offer some data about the networks of social movements of resistance to hydroelectric projects in Latin America. According to these statistics, from 1991 to 2013, there has been no such social movement in Ecuador. However, the authors explain that countries in which they could not find any initiative with nationwide coordination were left out.

new constitutionalism represents itself today as a variation in constitutional thinking, but one that has not succeeded in breaking with dominant concepts of the State, the market economy or development.

In fact, the paper has pointed to important tensions and antagonism between the very foundational concepts Latin American new constitutionalism and their translation into concrete action in terms of legislation and politics. When analysing Latin American new constitutionalism, it is therefore important to distinguish between the ideals and discourses on the one hand, and the given context of their implementation, on the other. Latin American new constitutionalism has neither been able to resolve its very central problems of state-centrism (including questions of popular participation and equality of rights), nor of development (issues such as neo-extractivism and monetization of Nature), nor have the rights of Nature been liberated from the State's tutelage.

An issue that appears absent from the rights of Nature discourses in the context of Latin American new constitutionalism is the logic of consumerism largely endorsed by contemporary societies (Knights and O'Neill, 2016). It is evident that there are policies and civil society activism initiatives directed towards changing human consumption patterns. Organic food labels, anti-slavery campaigns and sustainable mechanisms of production promoted by private and public entities are just a few examples of how consumers are being encouraged to reflect upon and change their habits. However, these actions and campaigns often seem to focus more on product quality (questions of recycling and earth-friendly materials) than on the quantity of goods purchased and produced (questions of scale). Consequently, a fundamental question that must be included in rights of Nature discourses is whether it is possible to achieve economic growth and preserve the environment at the same time. Some doubts can be raised in relation to the recent policies adopted by Ecuador and Bolivia that rely heavily on the extraction of non-renewable natural resources and have not respected the rights of indigenous peoples, notwithstanding the rhetoric of plurinationalism.

REFERENCES

ACOSTA, Alberto. **O Bem Viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: Autonomia Literária. Elefante, 2016.

ACSELRAD, Henri *et al.* Neoextrativismo e autoritarismo: afinidades eletivas. **Antropolítica**, n. 53, p. 167-194, 2021.

BARIÉ, Cletus Gregor. Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza. **Latinoamérica**, v. 59, n. 2, p. 9-40, 2014.

BOFF, Leonardo. **Ética planetaria**. Para un consenso mínimo entre los humanos. México:

Ediciones Dabar, 2004.

BOLIVIA (PLURINATIONAL STATE OF)'S CONSTITUTION OF 2009. **constituteproject.org**. Oxford University Press. Available at: <https://tinyurl.com/5n8rrnye>. Accessed: 18 Feb. 2024.

BOLIVIA. **Ley nº 071**. Ley de 21 de diciembre de 2010. Ley de Derechos de la Madre Tierra. Available at : <https://tinyurl.com/4pwm3u8n>. Accessed: 18 Feb. 2024.

BROAD, Robin; FISCHER-MACKEY, Julia. From extractivism towards buen vivir: mining policy as an indicator of a new development paradigm prioritising the environment. **Third World Quarterly**, v. 38, n. 6, p. 1327-1349, 2017.

BULL, Joseph W. *et al.* Biodiversity offsets in theory and practice. **Oryx**, v. 47, n. 3, p. 369-380, 2013.

CARIA, Sara; DOMÍNGUEZ, Rafael. Ecuador's Buen Vivir. A New Ideology for Development. **Latin American Perspectives**, v. 43, n. 206, p. 18-33, 2016.

CLAVERO, Bartolomé. Consulta indígena e historia colonial: Colombia y las Americas, de México a Bolivia, entre derechos humanos y derecho constitucional, 1989-2014. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, v. 44, n. 1, p. 589-661, 2015.

CLAVERO, Bartolomé. Tribunal Constitucional em estado plurinacional: El reto constituyente de Bolivia. **Revista Española de Derecho Constitucional**, v. 94, n. 1, p. 29-60, 2012.

COLLWELL, Cip. What if nature, like corporations, had the right of person? **The Guardian**, Oct. 12, 2016.

CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF ECUADOR. October 20, 2008. **Political Database of the Americas**. Georgetown University. Available at: <https://tinyurl.com/ctetbe7x>. Accessed: 18 Feb. 2024.

COWEN, Michael; SHENTON, Robert. The invention of development. In: CRUSH, Jonathan (ed.). **Power of Development**. London: Routledge, 1995. p. 27-44.

CUBILLO-GUEVARA, Ana Patricia; HIDALGO-CAPITÁN, Antonio Luis; DOMÍNGUEZ-GÓMEZ, José André. El pensamiento sobre el Buen Vivir. Entre el indigenismo, el socialismo y el postdesarrollismo. **Revista Del CLAD Reforma y Democracia**, v. 60, p. 27-58, 2014.

DAILY, Gretchen; ELLISON, Katherine. **The New Economy of Nature: The Quest to make Conservation Profitable**. Washington, DC: Island Press, 2002.

EICHLER, Jessika; NAVARRO, Fanny Verónica Mora. Proceduralising indigenous peoples' demands: Indigenous environmental rights and legal pluralism in contemporary jurisprudence. **Legal Pluralism and Critical Social Analysis**, v. 55, n. 1, p. 5-34, 2023.

ESCOBAR, Arturo. **La invención del Tercer Mundo**. Construcción y desconstrucción del desarrollo. Caracas: Fundación Editorial el perro y la rana, 2007.

ESCOBAR, Arturo. Latin America at a Crossroads: Alternative Modernizations, Post-Liberalism or Post-Development? **Cultural Studies**, v. 24, n. 1, p. 1-65, 2010.

FATHEUER, Thomas. **Nova Economia da Natureza**. Uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Heinrich Böll Stiftung, 2014.

FRANCISCUS. **Laudato si'**. Sobre el cuidado de la casa común. Carta Encíclica de S.S. Francisco. Vaticano: Paulinas; Santiago de Chile: San Pablo, 2015.

FRIANT, Marti Calisto; LANGMORE, John. The Buen Vivir: A Policy to Survive the Anthropocene? **Global Policy**, v. 6, n. 1, p. 64-71, 2015.

GÓMEZ, Anahí *et al.* Resistencias sociales en contra de los megaproyectos hídricos en América Latina. **Estudios Latinoamericanos y del Caribe**, v. 97, p. 75-96, 2014.

GUDYNAS, Eduardo. Diez tesis urgentes sobre el nuevo extractivismo. Contextos y demandas bajo el progressismo sulamericano atual. *In*: SCHULDT, Jürgen; ACOSTA, Alberto; BARANDIARÁN, Alberto (ed.). **Extractivismo, política y sociedad**. Quito: CAAP / CLAES, 2009. p. 187-225.

GUDYNAS, Eduardo. Si eres tan progresista ¿Porqué destruyes la naturaleza? Neoextractivismo izquierda y alternativas. **Ecuador Debate**, v. 79, p. 61-81, 2010.

GUDYNAS, Eduardo; ACOSTA, Alberto. El Buen Vivir o la disolución de la idea del progreso. *In*: ROJAS, Mariano (coord.). **La medición del progreso y el bienestar**. Propuestas desde América Latina. México: Foro Consultivo Científico Tecnológico de México, 2010. p. 103-110.

HERMITTE, Marie-Angèle. La nature, sujet de droit? **Annales. Histoire, Sciences Sociales**, v. 66, n. 1, p. 173-212, 2011.

HOBBSBAWM, Eric; RANGER, Terence. **The Invention of Tradition**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

JIMÉNEZ, Ricardo. **Recovering and Valuing Other Ethical Pillars: Buen Vivir**. Working Paper for the International Workshop "Biocivilization for the Sustainability of Life and the Planet in the run-up to the Rio+20 Conference" (Rio de Janeiro, 9 to 12 Aug. 2011). Available at: <https://tinyurl.com/3kutwv6r>. Accessed: 18 Feb. 2024.

KEATING, Michael. **Plurinational Democracy**. Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era. Oxford: Oxford University Press, 2001.

KNIGHTS, Paul; O'NEILL, John. Consumption and Well-being. *In*: GABRIELSON, Teena *et al.* (ed.). **The Oxford Handbook of Environmental Political Theory**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 429-440.

KOSELLECK, Reinhart. **Futures Past**. On the Semantics of Historical Time. Cambridge, MA: MIT Press, 1985.

LATOUR, Bruno. Anthropology at the Time of the Anthropocene: A Personal View of What Is to Be Studied. *In*: BRIGHTMAN, Marc; LEWIS, Jerome (ed.). **The Anthropology of Sustainability**.

New York: Palgrave Macmillan, 2017. p. 35-49.

LOSEKANN, Cristiana; MAYORGA, Claudia (ed.). **Desastre na bacia do Rio Doce**. Desafios para a universidade e para instituições estatais. Rio de Janeiro: Folio Digital, 2018.

MACAS, Luis. Sumak Kawsay: la vida en plenitud. In: HIDALGO-CAPITÁN, Antonio Luis *et al.* (ed.). **Sumak Kawsay Yuyay**. Antología del Pensamiento Indigenista Ecuatoriano sobre Sumak Kawsay. Huelva: FIUCUHU, 2014. p. 169-176.

MALDONADO, Luis. El Sumak Kawsay/Buen Vivir/ Vivir Bien. La experiencia de la República del Ecuador. In: HIDALGO-CAPITÁN, Antonio Luis *et al.* (ed.). **Sumak Kawsay Yuyay**. Antología del Pensamiento Indigenista Ecuatoriano sobre Sumak Kawsay. Huelva: FIUCUHU, 2014. p. 192-201.

MCKAY, Ben M. The Politics of Convergence in Bolivia: Social Movements and the State. **Third World Quarterly**, v. 39, n. 2, p. 1-23, 2017.

O'DONNELL, Erin L.; TALBOT-JONES, Julia. Creating Legal Rights for Rivers: Lessons from Australia, New Zealand, and India. **Ecology and Society**, v. 23, n. 1, 2018.

ORDOÑEZ, Pilar Pérez. El presidente Rafael Correa y su política de redención. **Ecuador Debate**, v. 80, p. 77-94, 2010.

OSTROM, Elinor. **Governing the Commons**: The Evolution of Institutions for Collective Action. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. **Rules, Games, and Common-Pool Resources**. Ann Arbor, MI: University of Michigan Press, 1994.

RIBEIRO, Gustavo Lins. Poder, Redes e Ideologia no Campo do Desenvolvimento. **Novos Estudos Cebrap**, v. 80, p. 109-125, 2008.

RODGERS, Christopher P. *et al.* (ed.). **Contested Common Land**: Environmental Governance Past and Present. London: Earthscan, 2010.

ROUSSEAU, Bryant. New Zealand, Land and Rivers Can be People (Legally Speaking). **New York Times**, July 13, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**: ensaios sobre a sociologia retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado heterogêneo e o pluralismo jurídico. In: TRINDADE, João Carlos (ed.). **Conflito e Transformação Social**: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique. Porto: Afrontamento, 2003. p. 47-128. v. 1.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Que revolución ciudadana tiene quien la defienda? **Estudios Latinoamericanos**, v. 36, n. 2, p. 133-138, 2015.

SINGER, Peter. **Animal Liberation**. A New Ethics for our Treatment of Animals. New York: New

York Review, 1975.

SVAMPA, Maristella. **As fronteiras do neoextrativismo na América Latina**: conflitos socioambientais, giro ecoterritorial e novas dependências. São Paulo: Elefante, 2019.

TAPIA, Luis. **El horizonte plurinacional**. La Paz: Autodeterminación, 2015.

TOCKMAN, Jason; CAMERON, John. Indigenous Autonomy and the Contradictions of Plurinationalism in Bolivia. **Latin American Politics and Society**, v. 56, n. 3, p. 46-69, 2014.

VANHULST, Julien. El laberinto de los discursos del Buen vivir: entre Sumak Kawsay y Socialismo del siglo XXI. **Polis**, v. 14, n. 1, p. 233-261, 2015.

WALL, Derek. **The Commons in History**. Culture, Conflict and Ecology. Cambridge, MA: The MIT Press, 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos; AUGUSTIN, Sergio; WOLKMER, Maria Fátima S. O “Novo” Direito à água no constitucionalismo da América Latina. **INTERthesis**, v. 9, n. 1, p. 51-69, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo**. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La pachamama y el humano**. Buenos Aires: Ed. Madres de Plaza Mayo, 2011.

ZHOURI, Andréa; LASCHEFSKI, Klemens; BARROS, Doralise Pereira (ed.). **A insustentável leveza da política ambiental**: desenvolvimento e conflitos socioambientais. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

ZIAI, Aram. **Exploring post-development**. Theory and Practice, Problems and Perspectives. London: Routledge, 2007.



**DIGNIDADE HUMANA E NEGATIVIDADE: UM ESTUDO ACERCA DA
TEORIA DOS DIREITOS HUMANOS DE JAY BERNSTEIN**

**HUMAN DIGNITY AND NEGATIVITY: A STUDY ON JAY BERNSTEIN'S
THEORY OF HUMAN RIGHTS**

Submissão: 13 out. 2024

Aprovação para publicação: 22 nov. 2025

Saulo Monteiro Martinho de Matos

Doutor em Filosofia do Direito e Filosofia Social

Afiliação institucional: Universidade Federal do Pará – UFPA – (Belém, PA, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4396-7276>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/1755999011402142>

Email: saulomdematos@gmail.com

Arthur Pedroso de Almeida

Graduando em Direito

Afiliação institucional: Universidade Federal do Pará – UFPA – (Belém, PA, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-2708-8201>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/0799484206562048>

Email: arthur.almeida@icj.ufpa.br

Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):

MATOS, Saulo Monteiro Martinho de; ALMEIDA, Arthur Pedroso de. Dignidade humana e negatividade: um estudo acerca da teoria dos direitos humanos de Jay Bernstein. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 70, n. 3, p. 35-55, set./dez. 2025. ISSN 2236-7284. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i3.97254>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/97254>. Acesso em: 31 dez. 2025.

RESUMO

A teoria contemporânea dos direitos humanos é marcada pelo debate entre abordagens ortodoxas e políticas. Teorias ortodoxas ou morais aceitam as seguintes teses: *tese da natureza*, segundo a qual os direitos humanos são direitos morais, cuja titularidade é de todo ser humano em razão, exclusivamente, da sua humanidade, e *tese da fundamentação*, para a qual a existência e o conteúdo dos direitos humanos são identificados por meio do raciocínio moral natural, ainda que este possa vir a ser auxiliado por outras formas de raciocínio. As teorias políticas rejeitam integralmente ou em parte essas teses. Em contraste com ambas as vertentes, Jay Bernstein propõe uma compreensão da dignidade humana fundada na experiência da vítima, entendida como momento negativo capaz de revelar aspectos constitutivos da existência humana e, assim, gerar conteúdo normativo para a dignidade. O objetivo deste trabalho é analisar filosoficamente o conceito de dignidade humana a partir de sua relação com a negatividade social, definida como experiências de sofrimento, humilhação e violação. O método consiste em uma investigação crítica das duas correntes predominantes da teoria dos direitos humanos, articulada com os aportes teóricos de Bernstein. Os resultados indicam que a dignidade pode ser concebida não apenas como fundamento da prática institucional dos direitos humanos, mas também como categoria capaz de incorporar experiências de negatividade social em sua definição. Conclui-se que essa concepção amplia o alcance crítico da dignidade, permitindo denunciar injustiças e formas de sofrimento que se configuram como negação de um valor intrínseco essencial.

PALAVRAS-CHAVE

Dignidade humana. Negatividade. Direitos humanos. Jay Bernstein.

ABSTRACT

Contemporary human rights theory is shaped by the debate between orthodox and political approaches. Orthodox, or moral, theories endorse two central theses: the *thesis of nature*, according to which human rights are moral rights held by every human being solely by virtue of their humanity; and the *thesis of grounding*, which maintains that the existence and content of human rights can be identified through natural moral reasoning, even if supplemented by other forms of reasoning. Political theories reject these theses, in whole or in part. In contrast to both strands, Jay Bernstein proposes an account of human dignity rooted in the experience of the victim, understood as a negative moment capable of revealing constitutive aspects of human existence and, thereby, generating normative content for dignity. The aim of this article is to philosophically analyze the concept of human dignity in relation to social negativity, defined as experiences of suffering, humiliation, and violation. The method consists of a critical examination of the two predominant currents in human rights theory, articulated with Bernstein's theoretical insights. The results indicate that dignity may be conceived not only as the foundation of institutional human rights practice, but also as a category capable of integrating experiences of social negativity into its definition. The study concludes that this conception expands the critical scope of dignity, enabling the denunciation of injustices and forms of suffering that constitute the negation of an essential intrinsic value.

KEYWORDS

Human dignity. Negativity. Human rights. Jay Bernstein.

INTRODUÇÃO

Em torno do conceito de *direitos humanos*, sempre existiu uma ampla controvérsia filosófica. Em que pese as principais obras de teoria do direito do século XX – *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, *O Conceito de Direito*, de H. L. A. Hart, e *O Império do Direito*, de Ronald Dworkin – não dedicarem espaço para o debate em torno da fundamentação filosófica dos direitos humanos, a teoria dos direitos humanos é um dos campos com maior desenvolvimento desde o fim do século XX. Por *teoria dos direitos humanos* compreende-se, aqui, uma explicação reflexiva, geral e sistemática acerca de como o conteúdo dos direitos humanos pode ser identificado. Em outros termos, a teoria ou filosofia dos direitos humanos, no sentido discutido neste estudo, é tomada como uma área de conhecimento dedicada ao estudo dos modelos de justificação dos direitos humanos (válidos ou verdadeiros).

No contexto de tal preocupação teórica com os direitos humanos, um dos principais debates diz respeito às considerações acerca de sua fundamentação moral. Por fundamentação, entendem-se argumentos para justificar a existência de direitos humanos e identificar o seu conteúdo, isto é, estabelecer quais direitos (ou interesses, pretensões ou reivindicações) seriam realmente *direitos humanos* no sentido forte, de serem merecedores de proteção jurídica.

No interior desse debate, a dignidade humana é geralmente invocada como cumprindo papel central nas teses que procuram dar conta dos problemas de fundamentação acima elencados. A mobilização de dignidade nesse contexto pode possuir dois significados. De um lado, a função pode ser lida como uma de fundamentação moral do conjunto de direitos humanos positivados nos documentos internacionais ou de novos direitos ainda a serem descobertos. Aqui, a dignidade atuaria como elemento moral que permite, a partir da definição do valor intrínseco do humano, a derivação de um catálogo de direitos, atuando tanto como valor quanto como *status*. Ou, ainda, pode-se falar da dignidade enquanto *standard* de crítica para a prática atual envolvendo a aplicação e interpretação dos direitos humanos a partir do argumento de que tal prática estaria de modo insuficiente realizando o valor intrínseco que representa a dignidade. Essa segunda forma de uso decorre, de alguma maneira, da primeira, porém atuando com um sinal invertido, na contestação da ordem instituída em vez de em sua justificação.

O presente trabalho se insere de modo integral nesse segundo uso do conceito de dignidade, buscando trazer ao primeiro plano a natureza política do processo de definição da dignidade, de escolha de quem conta como humano e quais injustiças podem estar contidas nesse processo. Desse modo, procura-se, em primeiro lugar, apresentar duas grandes correntes na teoria dos direitos

humanos, as *teorias ortodoxas* e as *teorias políticas*. Elas serão trabalhadas como exemplo do primeiro uso do conceito de dignidade enquanto procedimento de justificação da prática institucional atual dos direitos humanos. Em seguida, procurar-se-á oferecer uma concepção alternativa de dignidade que, segundo a tese aqui proposta, é capaz de escapar das formulações abstratas centradas ou na agência racional, ou em procedimentos de deliberação oriundos de uma análise da própria prática institucional dos direitos humanos tal como existente. Inversamente, o conceito de dignidade humana proposto se preocupa essencialmente com a negatividade, isto é, com o papel que experiências negativas de desrespeito, humilhação e devastação social deveriam exercer nos argumentos sobre a fundamentação dos direitos humanos. Essa ideia de dignidade procura estabelecer como sujeito não mais o agente desincorporado ou o ser humano como categoria *a priori*, mas antes pessoas incorporadas e vulnerabilizadas que sofrem com tais experiências de humilhação e devastação.

Com isso, espera-se que a dignidade consiga se estabelecer como uma dignidade das vítimas, uma dignidade que seja capaz de estabelecer de que modo as pessoas podem se ver em situações nas quais esse valor intrínseco é destruído. Para tanto, será mobilizado como referencial teórico a obra do filósofo estadunidense Jay Bernstein intitulada *Torture and Dignity: an essay on moral injury*. A elaboração teórica feita por Bernstein poderá revelar, ao final, como a ideia de dignidade pode atuar como uma crítica tanto do modo como a fundamentação dos direitos humanos é tratada de maneira abstrata e distante da realidade social desses direitos pelas teorias ortodoxas e políticas, quanto da própria prática social dos direitos humanos, apontando para aquilo em que ela falha e como pode ser melhorada.

O artigo seguirá, portanto, a seguinte estrutura: primeiro serão apresentadas as teorias ortodoxas e políticas dos direitos humanos e o modo como tratam a dignidade (1); após, serão reconstruídos os argumentos de Bernstein na definição de seu conceito negativo e socializado de dignidade a partir do modo como experiências de sofrimento social podem ser observadas e analisadas fenomenologicamente para revelar o conteúdo da dignidade (2) e, em seguida, de qual dignidade falam tais experiências de negatividade (3). Por fim, será argumentado o ganho teórico que essa concepção oferece e o modo como ela pode estabelecer um conteúdo crítico para a dignidade (4).

1 TEORIAS ORTODOXAS E POLÍTICAS DOS DIREITOS HUMANOS

A teoria ortodoxa dos direitos humanos pode ser definida como aquela que aceita, conjuntamente, duas teses. Tese da natureza, segundo a qual os direitos humanos são direitos morais, cuja titularidade é de todo ser humano em razão, exclusivamente, da sua humanidade, e tese da fundamentação, para a qual a existência e o conteúdo dos direitos humanos são identificados por meio do raciocínio moral natural, ainda que este possa vir a ser auxiliado por outras formas de raciocínio, como, p.ex., o filosófico e jurídico (Tasioulas, 2009, p. 938).

A tese da natureza pode ser vista como uma tese sobre a ontologia dos direitos humanos, enquanto a tese da fundamentação diz respeito à fundamentação dos direitos humanos e ao processo pelo qual eles podem vir a ser justificados. As teorias ortodoxas são caracterizadas pela aceitação das duas teses, enquanto as teorias políticas são formadas por teorias que rejeitam, pelo menos, uma das duas.

Analisando a tese sobre a natureza dos direitos humanos *qua* direitos morais, tem-se que, para a teoria ortodoxa, a classificação dos direitos humanos como direitos exige que sejam compreendidos como sendo capazes de gerar deveres correlatos de proteção e de assegurar o efetivo exercício desses direitos a outros indivíduos ou instituições de modo categórico, isto é, independentemente da motivação do agente que possui o dever correlato e de quaisquer outras considerações circunstanciais que possam existir. Isso implica dizer que os direitos humanos *qua* direitos são excludentes em sua força normativa, ou “resistentes a *trade-offs*” (Tasioulas, 2010, p. 672, tradução nossa). Do mesmo modo, os direitos humanos, entendidos dessa forma, possuem uma fundamentação individualista que fará apelo a alguma característica que o detentor do direito possui – no caso, sua humanidade, tal como essa seja entendida – e que qualquer falha em cumprir os deveres correlatos implicará um mal contra o detentor do direito em específico, de modo que um direito só pode ser assim classificado se for titularizado por alguém que será individualmente atingido no caso de violações. Em suma, direitos, para que assim possam ser efetivamente chamados, devem: ser capazes de gerar deveres que atuam como razões excludentes e resistentes a considerações em sentido contrário, isto é, atuar como deveres categóricos independentemente de o agente portador do dever estar motivado no sentido de seu cumprimento (1); ser fundamentados em um aspecto específico do portador dos direitos, o qual é sempre um indivíduo, ainda que isso não implique uma concepção minimalista ou atomista de direitos (2); gerar deveres perfeitos, cujo descumprimento implique uma ofensa ou um mal causado a um indivíduo portador de direitos específico, individualizado (3) (Tasioulas, 2010, p. 656-657).

No que concerne ao aspecto moral desses direitos, pode-se dizer que eles “são independentes de qualquer forma de reconhecimento social. Pelo contrário, eles são construtos normativos racionais, cujo propósito é justamente aprimorar, e quando necessário, contrapor-se a essas outras esferas dirigentes da conduta humana” (Trivisonno; Rodrigues, 2019, p. 8). Dessa forma, direitos humanos são independentes de uma aplicação ou reconhecimento institucional específico e sua existência pode ser aferida em qualquer contexto, de modo que sua reivindicação se dá com fundamento no raciocínio moral que conduz o teórico à identificação da característica humana específica, que torna os seres humanos possuidores de um conjunto de direitos – conjunto esse a ser determinado de acordo com o modo como essa característica é definida, e não por meio de uma forma de racionalidade institucional que diz respeito aos fins específicos que ela possuiria. Para a teoria ortodoxa, a razão pela qual os direitos humanos existem e possuem força normativa seria, em última instância, moral, e não social.

Em resumo, a concepção ortodoxa como um todo poderá ser definida como o esforço de conceitualizar os direitos humanos como direitos de origem moral, que seres humanos possuem em razão de algum traço distintivo que concede esses direitos e distribui os deveres correlatos, sendo que o processo pelo qual se pode justificar a existência e o conteúdo desses direitos é um de uso moral da razão, que permite identificar a existência dessa característica moralmente valorosa e os direitos que dela seguem como condições para sua contínua existência e florescimento.

Desse modo, é evidente que a dignidade humana trabalhará no escopo da segunda tese, ou seja, como sendo o elemento ou um dos elementos morais dos quais o raciocínio moral natural poderá derivar o catálogo de direitos humanos. As teorias ortodoxas partem, então, da dignidade enquanto valor intrínseco dos seres humanos que pode ser identificado por uma qualidade ou um conjunto de qualidades que os tornaria distintamente humanos, pelo fator que torna a espécie humana merecedora de especial consideração moral. Isso, claro, independentemente do modo como o humano é definido e protegido por arranjos institucionais específicos, isto é, independente de quaisquer falhas institucionalmente contingentes no modo de aplicação desse valor.

O conteúdo substantivo do conceito, isto é, no que consiste exatamente o valor intrínseco que constitui o conteúdo da dignidade, não é igualmente definido ou conta com o mesmo nível de especificidade ao longo das teorias ortodoxas. Por exemplo, Griffin (2010) o associa diretamente com a “personalidade”, a qual é definida em termos de agência racional, especificamente a capacidade de cada um de escolher para si mesmo uma concepção de vida boa. Dirá ele a esse respeito que “ao que nós atribuímos valor, o que nós consideramos como dando dignidade à vida humana, é a nossa capacidade de escolher e perseguir nossa concepção de vida digna” (Griffin, 2010, p. 44, tradução nossa).

Tasioulas (2014), por outro lado, afirma que a dignidade humana é fundamento dos direitos humanos, mas que ela atua para tanto em comunhão com interesses humanos universais, ou seja, que não é dela que se podem derivar todos os direitos humanos que seres humanos julgam possuir – mesmo com a introdução do elemento das praticidades, como faz Griffin (2010) (Rodrigues, 2022, p. 8) –, mas que ela atua como um conceito de *status* que marca o pertencimento à espécie humana e que, portanto, permite, a quem ele é atribuído, pertencer a uma classe de seres cujos interesses devem ser respeitados na forma de direitos (Tasioulas, 2014, p. 55-56). Assim, a dignidade é o que permite que seres humanos possam ter interesses capazes de gerar direitos, mas não o interesse do qual derivam-se os direitos, como o é em Griffin (2010).

A concepção política dos direitos humanos pode ser vista como a rejeição ou da tese da natureza, alegando que direitos humanos não constituem uma espécie de direito moral, ou da tese da fundamentação, ou seja, alegando que o modo de fundamentação e justificação desses direitos se dá por uma modalidade diferente do raciocínio moral. Para os teóricos dessa concepção, os direitos humanos surgem não em razão da posse pré-institucional ou pré-social de alguma característica moralmente distintiva dos seres humanos, mas, sim, do estado atual do regime de direitos humanos instaurado a partir da Declaração e da Carta das Nações Unidas. Em outras palavras, eles não dependem do reconhecimento de algo no portador de direitos – como a personalidade ou interesses humanos – que seja próprio a ele e que preceda ou transcenda a existência das instituições que promulgam e fazem valer esses direitos (Baynes, 2009, p. 374).

Isso quer dizer que identificar o conceito de direitos humanos significa compreender como eles são utilizados no contexto da prática que se constituiu ao seu redor – e a seu respeito. Eles não são mais vistos como precedentes a essa prática, mas, sim, como por ela constituídos e existentes *vis-à-vis* o cumprimento de funções que são determinadas na própria prática (Etinson; Liao, 2012, p. 329). Essa “função” diz respeito ao modo como o apelo aos direitos humanos realiza algo no interior da própria prática e que de outro modo não seria possível realizar. Raz (2018, p. 141, tradução nossa) afirma, nesse sentido, que a existência dos direitos humanos como dependentes da prática internacional diz respeito ao fato de que essa prática é formada e alterada a partir do modo como esses direitos são positivados, de modo que o papel do teórico seria descobrir “as considerações normativas que norteiam a prática”. Por esse motivo, é possível também intitular essa visão de “pragmatista” (Luban, 2015) em vez de “política”, uma vez que é do ponto de partida dos usos específicos dos direitos humanos na prática social, determinada pelo regime internacional consolidado no pós-

Segunda Guerra, que se pode aferir *bottom-up* um conceito trabalhável de direitos humanos¹.

A diversidade teórica nas chamadas concepções políticas permite a identificação de diversas possíveis funções cumpridas pelos direitos humanos, sendo, entretanto, consensual que se trata de reivindicações contra autoridades (Trivisonno; Rodrigues, 2019, p. 9). Essas autoridades costumam ser compreendidas como estatais, embora isso não seja necessário, dado que a concepção política não se encontra vinculada ao sistema de proteção dos direitos humanos cuja unidade mínima seja o Estado, podendo ser vista sua função a partir da mobilização de agentes intraestatais, Organizações não Governamentais (ONGs) ou mesmo indivíduos (Follesdal, 2017). Ademais, essa função envolve também alguma modalidade específica de intervenção internacional, seja ela diplomática, econômica ou mesmo militar (Tasioulas, 2009, p. 942). Não há, contudo, um consenso sobre a natureza possível dessa intervenção. Por esse motivo, direitos humanos seriam “gatilhos para intervenções”, mas também condições mínimas de legitimidade internacional dos Estados, uma vez que o respeito à soberania ocorreria a partir do estabelecimento da ordem internacional dos direitos humanos, condicionado ao respeito a essas normas, de modo que elas teriam a função de autorizar intervenções na soberania dos Estados e de, ao mesmo tempo, legitimá-los perante a ordem internacional (Baynes, 2009, p. 375, tradução nossa).

Como consequência do enfoque da concepção política em identificar na prática um conceito de direitos humanos, passa-se de uma fundamentação baseada no exercício do raciocínio moral orientado para a verdade, como no caso da concepção ortodoxa, em direção a um exercício da razão pública em um nível internacional. Isso implica dizer que, para as concepções políticas, o que fundamenta os direitos humanos, tal como existem consagrados pela prática, é o fato de eles estarem em concordância e expressarem parte do conteúdo dessa razão pública, na forma de um conjunto de valores e pressuposições aceitos de modo geral por aqueles que participam da prática, ou de serem parte das existências de uma “justiça global” (Beitz, 2003, p. 44, tradução nossa).

Isso, ao ver dos teóricos políticos, possibilita a existência de desacordo substantivo sobre o conteúdo dos direitos humanos, uma vez que o exercício da razão pública está sempre em movimento, a depender das circunstâncias específicas de um determinado momento ou situação institucional, fazendo com que os valores sobre os quais todos concordam enquanto condições mínimas para a participação na sociedade política se alterem com o passar do tempo (Follesdal, 2017, p. 90). Assim, a fundamentação dos direitos humanos passa a constituir uma questão definida no escopo da razão pública compartilhada por todos aqueles agentes (estatais ou não) que participam da prática em

¹ Ainda que, ao tentarem descrever a prática à sua maneira, as concepções ortodoxas também se entendam como *bottom-up* (Rodrigues, 2022, p. 5).

questão, uma vez que esses direitos passam a ser entendidos como gerados a partir das relações institucionais específicas do indivíduo e cumprindo o papel de legitimar intervenções internacionais em caso de descumprimento. Assim, a aceitação dos parâmetros que constituem os direitos humanos pelas instituições, que constituem seus principais obrigados, passa a ser não mais um fato secundário, como no caso das concepções ortodoxas, mas o próprio fundamento de legitimidade desses direitos.

Sendo assim, é evidente que a fundamentação desses direitos deixa de ser uma questão de raciocínio moral e passa a ser definida por uma ideia de “razão pública” ou como parte dos requisitos de uma “justiça global” (Beitz, 2003, p. 44, tradução nossa). Essa razão pública dirá que os direitos humanos se baseiam no resultado de um processo global de deliberação acerca dos requisitos mínimos para a participação na comunidade global (Cohen, 2004, p. 210).

Esse processo, todavia, não precisa ser completamente consensual em relação às diferentes culturas que participam da prática dos direitos humanos, mas deve estar ancorado em premissas as quais devem, elas sim, passar por um teste de “não rejeitabilidade” (Follesdal, 2017, p. 89, tradução nossa). Portanto, pode-se discordar sobre o conteúdo dos direitos humanos desde que esse desacordo seja apresentado nos termos das premissas aceitas por todos os membros da prática. Beitz (2013, p. 289) retoma a dignidade humana nesse contexto, afirmando que ela permite à prática um ganho, na medida em que empodera os indivíduos a buscarem reparações por violações de seus direitos, de modo que a dignidade pode atuar de maneira “sistêmica” na formação de um maior engajamento popular com o avanço da prática. Nesse sentido a dignidade é vista como um valor que a prática avança, mas cujo conteúdo é definido, novamente, a partir de um processo de deliberação pública (Luban, 2015).

Feita essa pequena recapitulação dos aspectos centrais do modo como a dignidade humana é trabalhada no interior da teoria dos direitos humanos, cumpre agora examinar de perto os argumentos de Bernstein, com o intuito de posteriormente retornar em um confronto crítico com as teorias ortodoxas e políticas.

2 O PAPEL DAS EXPERIÊNCIAS DE SOFRIMENTO SOCIAL

A proposta de *Torture and dignity* é ambiciosa: contrariando todas as escolas modernas de filosofia moral, a obra pretende oferecer uma reconstrução da totalidade da “experiência moral”, a qual é constituída por “o que a moralidade é e como ela funciona”, colocando como conceitos paradigmáticos para a sua fundamentação a tortura e o estupro, não considerados somente “em si mesmos, mas centralmente como paradigmas de sofrimento moral [*moral injury*]” (Bernstein, 2015,

p. 1, tradução nossa). Desse modo, Bernstein pretende lastrear sua teoria moral nas experiências de sofrimento moral, no momento negativo da moralidade que poderia gerar, na figura da negação da negação, um conteúdo ético positivo. Para tanto ele partirá não mais, como fazem as teorias morais mais amplamente aceitas, da experiência do agente moral que procura condutas para a ação (Kant) ou do modelo de homem virtuoso (Aristóteles).

Sua teoria é antes fundamentada na definição correta e aprofundada do sofrimento moral que tem como sua figura subjetiva privilegiada a vítima, aquela que é efetivamente violada em tais situações. O intuito aqui é de que a experiência da vítima possa ser analisada enquanto momento negativo que revele certos traços constitutivos da existência humana que, por sua vez, permitirão a emergência de um conteúdo positivo na forma de um pensamento moral que procure antes evitar o mal do que realizar o bem. A escolha da tortura e do estupro se justificam na medida em que, enquanto formas paradigmáticas de ofensas morais, elas servirão, em sua negatividade, como impulso para o descobrimento daquilo que, por força da condição de ser humano, exprime a possibilidade de devastação. Sobre sua proposta para a filosofia moral fundada a partir das experiências de ofensas morais, dirá Bernstein (2015, p. 71, tradução nossa) que

[...] ao assumir para si a ideia e o ideal do sujeito autônomo, a filosofia moral moderna suprime o estrato mais profundo que alimenta essa ideia de subjetividade autônoma—nomeadamente, que na resposta horrorizada à tortura havia implícito um reconhecimento horripilante de que um ser humano pode sofrer *devastação*, que o que nos faz humanos é a possibilidade—para além da mortalidade e da depravação—de um indivíduo perder, para si e para os demais, sua posição de humano. Se, no século XVIII, tivesse emergido uma filosofia moral à altura do significado da tortura e da necessidade moral de a repudiar, ela teria sido uma filosofia da devastação. *Seres possuidores de dignidade são seres sujeitos à devastação.*

Certos traços do argumento já se antecipam nessa declaração de intenção do autor, a saber, a ideia de que a posição (“*standing*”) de ser humano, que é nada mais nada menos do que a própria dignidade, pode ser perdido, destruído – e é isso que caracteriza a ideia de devastação que será tão influente no curso de sua exposição – pela ação intencional de outros, e, ao mesmo tempo, que essa mudança de perspectiva em direção a um relato em primeira pessoa da experiência da vítima de ofensas morais se constitui como uma crítica da subjetividade autônoma, precisamente porque o valor intrínseco que é a dignidade não surge em razão de um atributo humano que faria parte de uma natureza metafísica, mas é, na realidade, concedido aos sujeitos por outros sujeitos, ou seja, ele depende do reconhecimento dos demais. A contingência do valor humano ao reconhecimento já permite responder provisoriamente por que a dignidade pode ser destruída: uma vez que ela emerge do reconhecimento mútuo, em sua ausência, ela passa a não mais existir.

Bernstein dedica então a primeira parte do livro à análise fenomenológica do estupro e da

tortura a partir da leitura de dois relatos: um tratando especificamente da experiência da tortura nos campos de concentração nazistas, escrito por um sobrevivente, e outro de estupro, relatado também por uma vítima². A ideia de partir da descrição fenomenológica de situações concretas, contudo, não implica haver um problema com a fundamentação normativa, mesmo porque a já mencionada saturação normativa da experiência humana é um pressuposto – hegeliano – do qual parte Bernstein. Sua pretensão é realizar a já mencionada “filosofia da devastação” que seja sensível e responsiva aos modos concretos a partir dos quais ela se efetua. Não há espaço aqui para se ocupar de modo pormenorizado da fenomenologia que ele emprega, mas é relevante enumerar quais os traços específicos da experiência humana ela revela e que podem ser o ponto de partida para a construção de seu conceito de dignidade. O autor descreve os seguintes traços, entre outros, que unem a tortura e o estupro enquanto experiências paradigmáticas de destruição do valor intrínseco do humano, de devastação (Bernstein, 2015, p. 118-119):

- *silenciamento*: há em ambos a perda da intencionalidade linguística na mão do estuprador/torturador, transformando suas manifestações expressivas da dor extrema como significando o oposto do que elas são para a vítima. O estuprador/torturador percebe os gritos e urros, portanto, não como um sinal de que sua conduta necessita cessar diante do mal que causa, mas como razões para prosseguir, como incentivo para causar mais dor;
- *vida e morte*: a distinção clara que possuímos usualmente entre a vida e a morte é apagada no estupro/tortura, em que a vítima sofre um assassinato social, isto é, uma forma de morrer em vida, na qual ela perde a característica distintiva que lhe faz humana, a saber, a expectativa naturalizada de que a dor é algo ruim, que merece reprovação e que enseja o auxílio;
- *desamparo existencial*: Bernstein o define como uma consequência das categorias anteriores em que a relação do eu com o mundo é desfeita em seu lado intencional pela ação intencional do outro. A vítima perde com isso a capacidade de se determinar, de se enxergar como possuindo um lugar nesse mundo e é lançada à consciência de sua própria finitude e desamparo que lhe é constitutivo. Entende a manifestação sintomatológica desse estado na síndrome de estresse pós-traumático que passa a ser o componente mor do autoentendimento da vítima após o evento;

² Trata-se dos relatos de Jean Améry e de Susan J. Brison, respectivamente. O interesse de Bernstein pela fenomenologia de tais experiências não está tanto no impacto emocional que elas têm sobre seus leitores, mas em reconstruir racionalmente as dimensões morais da existência humana – incorporada – aqui desenvolvidas. Para ficar com um exemplo de cada, Bernstein encontra nas descrições de Améry, mais especificamente na interação torturador/torturado, a revelação da dimensão social da dor, do fato de que os sujeitos estão à mercê dos outros para a manutenção de sua própria integridade física e moral. Já em Brison, Bernstein observa uma outra forma de identificar pela ausência o caráter constitutivo das relações intersubjetivas materiais, incorporadas, para a existência moral dos indivíduos. O estupro então significa, nesse contexto, a perda da confiança nas relações com os outros, uma vez que se toma ciência, do modo mais doloroso possível, do que significa ter essas expectativas tácitas violadas.

– *perda da confiança no mundo*: consequência de todas essas categorias é precisamente o estado de hipervigilância, insônia, pesadelos que marcam as defesas psíquicas de seu eu contra o reconhecimento da possibilidade de que tal dor, tal mal, é possível e pode ocorrer. Bernstein reitera que esses sintomas, todavia, não constituem o efetivo mal causado pelo estupro, mas que são antes exatamente sintomas do que ocorreu: a dissolução das condições que fazem a experiência ordinária possível, a mais básica dessas sendo a confiança no mundo, o processo no qual, por meio da confiança preditiva moralizada de que os outros sujeitos o tomam como um igual, como alguém que tem valor e que não deve ser machucado, o sujeito é mantido ignorante de sua vulnerabilidade e de sua absoluta dependência em relação aos demais.

Essas categorias, incluindo a perda de confiança no mundo – que é a própria consequência da experiência do estupro/tortura – mostram em qual medida o senso de eu, a relação do sujeito consigo mesmo, é dependente de sua relação com o mundo, de modo que um mal causado por outros causa necessariamente o colapso do modo como o sujeito se entende. A perda da relação com os demais é a perda da relação consigo mesmo.

Observa-se que o relato inicia, então, com uma relação regular com o mundo calcada na expectativa de que a dor é algo que não deve haver, algo que enseja um cuidado e esforços para que seja evitada (Bernstein, 2015, p. 79). A essa relação Bernstein chama de “confiança no mundo”, a qual constitui uma expectativa normativa – mas não moral – que Bernstein chamará de “onde a solidariedade humana e animal convergem” (Bernstein, 2015, p. 100, tradução nossa). Contudo, observa-se que essa confiança é ao mesmo tempo uma forma de esquecimento – esquecimento de que seres humanos são seres corporalmente constituídos que podem, por serem lançados ao mundo por essa corporeidade, ser torturados, estuprados, devastados a qualquer momento, isto é, que justamente a abertura para as experiências do mundo é a mesma porta pela qual os indivíduos podem ser brutalmente invadidos.

O valor explicativo da tortura e do estupro, portanto, é que elas tornam os sujeitos dolorosamente cientes de sua própria vulnerabilidade, e destroem a confiança que antes estruturava a relação deles com os demais e com o ambiente. Essa confiança não é facilmente ou mesmo totalmente restaurada, pois o senso de vulnerabilidade que marca os sintomas da síndrome de estresse pós-traumático se embrenha profundamente na psiquê (Bernstein, 2015, p. 121). Contudo, ainda é preciso definir por que seres humanos são devastados: o valor intrínseco pode ser destruído por meio de ofensas à integridade corporal. A resposta dada anteriormente, de que esse valor é aprendido a partir de experiências de reconhecimento, precisa de um preenchimento para poder responder aos traços experienciais identificados na análise fenomenológica do estupro e da tortura.

3 DIGNIDADE NEGATIVA

A ideia que pode fornecer um bom ponto de partida é a de incorporação, pois se pessoas são entidades corpóreas que não podem existir sem sua manifestação física e, ao mesmo tempo, são valores, alguma ligação substancial deve ser feita entre a existência física e a existência moral enquanto detentora de um valor intrínseco, enquanto ser digno. Nesse sentido, essa ligação decorre da própria análise fenomenológica do estupro e da tortura, uma vez que os efeitos nocivos desses males em muito ultrapassam o momento no qual eles estão sendo vividos e muitas vezes perduram por muitos anos, o que só seria possível se a violação da corporeidade fosse vista, em si, como afetando o valor intrínseco da vítima. Somente um corpo normativamente saturado, visto como a incorporação do ser enquanto fim em si mesmo, como Bernstein (2013, p. 52) dirá a partir da análise de Fichte, pode explicar o modo usual como se atrela o ato físico do estupro à reprovabilidade, sendo esta centrada na ausência de autodeterminação da vítima.

E isso dá ensejo para que ele prossiga para afirmar que o corpo funciona como realização material do valor que o indivíduo possui e que a violação de um e de outro estão intrinsecamente conectadas (Bernstein, 2005, p. 314). Ter valor significa ter seu corpo respeitado, não invadido sem que haja consentimento expresso. Se seres humanos são seres vulneráveis em sua corporeidade, seu valor é realizado exatamente na proteção de seus corpos. Isso por sua vez se liga, para Bernstein, ao caráter da dor como fornecedora de razões para a ação, de modo que está ligada à estrutura normativa da personalidade em que ela aparece, como o que não deveria acontecer com o sujeito na medida em que ele se reconhece como tendo valor e, portanto, direito ao seu corpo. Desse modo,

[...] a integridade corporal é um fim mais forte que os meios porque, simplesmente, meu corpo não é mero instrumento para minha habitação no mundo, mas é o eu, ou ao menos uma realização completa de mim, e se eu tenho enquanto pessoa um valor intrínseco, então meu corpo é intrinsecamente valioso, ou ao menos o portador imediato de meu valor intrínseco (Bernstein, 2015, p. 144, tradução nossa).

A tortura e o estupro, ao instituírem o torturador/estuprador como soberano em relação à vítima, e ao se instituírem como o modo particular de inserção da vítima no mundo posteriormente ao evento, revelam que a vontade autônoma, agência racional e autoridade moral são dadas ao sujeito pelos outros, são intersubjetivamente constituídas. Ou, ainda, porque a capacidade para ter uma relação com o mundo e consigo pode ser destruída pela ação de um outro ser humano, os outros devem ter, em primeiro lugar, um papel essencial em constituí-la.

Esse ponto essencial sobre o caráter corpóreo, material e intersubjetivo da dignidade avança,

em Bernstein, um passo a mais no caminho de estabelecer seu conceito, restando apenas definir de que modo, especificamente, outros seres humanos podem influir de modo constitutivo na formação da personalidade do ser enquanto dotado de valor intrínseco. Bernstein responderá no sentido de que o senso de valor intrínseco que alguém se atribui no curso da sua vida – e que vem a ser traduzido no valor intrínseco que se atribuem aos seres humanos de modo genérico – surge de uma experiência de primeiro amor bem-sucedido, de modo que ele procurará demonstrar que ser amado pelos cuidadores primários é a forma paradigmática do reconhecimento puro, porque primeira e condição de possibilidade para o surgimento de uma personalidade autônoma que enxerga a si mesma como possuindo valor intrínseco.

Com isso, pode-se entender que o conceito de dignidade tal como aparece nos documentos de direitos humanos, na forma da afirmação do valor intrínseco de todos, passa a remeter a um relato ético – não mais moral – acerca do modo como a vida social é estruturada a partir de relações de reconhecimento recíprocas entre seres humanos que se entendem como possuindo valor intrínseco e que reconhecem os demais como possuindo igual valor.

Ao mesmo tempo, essas relações de reconhecimento, por serem socialmente contingentes, implicam que a concessão da dignidade deverá ser medida com base na integração do indivíduo a uma comunidade política por meio da igualdade de direitos (Bernstein, 2018a). Se se entende o que é o valor intrínseco e qual seu conteúdo, entende-se também que esse relato é estrutural, na medida em que coloca as condições mínimas para que possa haver indivíduos se relacionando de modo significativo consigo mesmos e com o ambiente a partir da confiança no mundo, que é uma forma de descrever a teia opaca e difusa de relações de reconhecimento recíproco.

Desse modo, sua materialidade dependerá do modo específico como uma determinada sociedade está organizada, de modo que não se está falando de um conteúdo moral de dignidade, como no caso das concepções ortodoxas, mas, sim, de um conteúdo ético que permite a descrição de condições mínimas para a existência em comunidade (Bernstein, 2015, p. 215), a saber, a manutenção de uma rede de relações de reconhecimento que permita a todos a inclusão plena na comunidade política. O requisito da inclusão plena é relevante porque Bernstein compreende que esse é o modo que sociedades modernas que aderem à prática dos direitos humanos reconhecem um indivíduo como sendo um ser humano pleno, como tendo dignidade (Bernstein, 2018a), de modo que esta permanece sendo o valor intrínseco reconhecido por meio da concessão de direitos, com o acréscimo de explicar de que maneira tal valor surge e quais tipos de práticas sociais podem destruí-lo.

A experiência da negatividade que serve de impulso para as considerações de Bernstein faz com que o conteúdo ético positivo da dignidade, que é a negação dessa negatividade, funcione não

como uma bula prescritiva do que indivíduos devem fazer, mas, sim, das condições mínimas que não se devem violar – a autonomia corporal, por meio de sua proteção jurídica, uma vez que o Estado de Direito é “a instituição da integridade corporal como fonte da dignidade humana” (Bernstein, 2015, p. 55, tradução nossa) – para que se possa considerar todos como possuindo igual dignidade.

Defende-se aqui que essa forma de tratamento da dignidade humana oferece avanços relevantes em relação às alternativas ortodoxas e políticas disponíveis, cumprindo um papel que não é fundacionalista em sentido forte, como o querem autores como Griffin, mas que também não fica restrito ao núcleo mínimo do conceito de *status* de seres humanos que possuem valor intrínseco. Não que Bernstein não considere a dignidade um conceito de *status*, visto que ela continua sendo para ele o conceito distintivo da espécie humana que a faz digna de consideração moral especial, por meio da proteção de direitos humanos. Entretanto, esse *status* agora conta com uma fundação ética na vulnerabilidade constitutiva e dependência da sociedade para a aquisição e manutenção desse valor intrínseco por meio de relações de reconhecimento, o que, por sua vez, dá a ele uma fundamentação capaz de mobilizar uma força e critérios normativos de correção sem que para isso deva incorrer na acusação de etnocentrismo. As vantagens descritas serão trabalhadas no tópico a seguir.

4 O POTENCIAL CRÍTICO DA DIGNIDADE NEGATIVA

A concepção de dignidade humana acima descrita permite articular de modo mais preciso de que modo a institucionalização de direitos humanos pode ser justificada enquanto garantia da integridade corporal de seres humanos entendidos como vulneráveis. Se seres humanos são constitutivamente frágeis e vulneráveis, isto é, se isso é algo que eles são *em si* por conta do modo intersubjetivo pelo qual sua personalidade é formada, pela dependência dos outros para formar uma concepção de si, resta ainda definir o que eles serão *para si*. Esse momento de autointerpretação na formação do que se é *para si* permanece sempre em tensão com o que se é *em si*, de modo que a contradição entre ambos é o próprio motor do devir do sujeito que busca se entender (ainda que esse sujeito seja coletivo), o que já fora identificado por Robert Brandom³. Nesse sentido, a existência de

³ Em *The structure of desire and recognition*, Brandom desenvolve um argumento de matriz hegeliana para a formação da autoconsciência que se baseia na ideia – essa também oriunda de Hegel – de que: “Nesse sentido, criaturas essencialmente autoconscientes são (parcialmente) criaturas *autoconstituíntes*” (Brandom, 2007, p. 126, tradução nossa). O momento do *para si*, isto é, da autointerpretação dos sujeitos nas práticas sociais de reconhecimento nas quais eles enquadram a vulnerabilidade que têm *em si*, é capaz de alterar parcialmente a própria estrutura dessa vulnerabilidade, precisamente porque esse *em si* não é apartado das relações sociais, mas é, antes, a própria formulação da necessidade constitutiva de uma abertura ao mundo. Trata-se, portanto, de substituir uma concepção estática daquilo que faz dos homens propriamente sujeitos e de dar a eles, no lugar dela, uma *história* de como esse sujeito se

algo que a humanidade é *em si* – vulnerável e dependente dos demais – implica a possibilidade de diferentes versões do que ela é *para si* – membro de um bando, um cidadão de um Estado, um sujeito de direitos humanos internacionalmente reconhecidos –, as quais estarão em relação dialeticamente tensa com esse seu conteúdo a ser desdobrado e desenvolvido.

Portanto, a leitura de Bernstein sobre a historicidade e o conteúdo do conceito de dignidade permite evitar ambas as armadilhas postas em lugar pelas concepções políticas e ortodoxas: de um lado, evita-se a projeção totalizante de uma essência humana ou mesmo de um *status* que se mantém inalterado ao longo da história, ao se introduzir a tensão entre esse *em si* a que as teorias ortodoxas julgam ter acesso imediato e os diferentes *para si* da humanidade que constituem o momento de mediação e realização desse conteúdo que é alterado a cada iteração. De outro, não se imagina que a dignidade está restrita ao que diz a prática ou às funções que ela coloca para o conceito, mas, sim, é possível, em um movimento dialético descrito, apontar para a inadequação entre uma determinada interpretação do que a humanidade é *para si* e o que ela é *em si*, de modo que o conceito, em sua *ossificação* presente nos documentos de direitos humanos e em sua aplicação prática, pode ser criticado de modo imanente não à própria prática, mas sim a ele próprio.

Uma teoria que reconheça isso possui a clara vantagem de manter sempre em mente que os arranjos institucionais, os quais são objetivações das relações de confiança que estabelecem seu valor intrínseco, destinados a proteger a dignidade (como é o caso dos direitos humanos), devem estar cientes e ciosos do fato de que ela é uma conquista frágil e que pode a todo momento ser posta em xeque. A existência cada vez mais ameaçada de pessoas da comunidade LGBTI+, dos povos originários, dos negros e das mulheres dá testemunho de que uma teoria da dignidade humana deve dar conta de tratar dessas violações e a elas responder.

O movimento realizado vai do tratamento abstrato das violações à dignidade pelas teorias hegemônicas dos direitos humanos, o qual se concentra na reafirmação ineficaz de que um *status* foi e está sendo violado, para um tratamento concreto, que é capaz de partir não da violação da norma, mas da violação da pessoa, de seu relato concreto, para, então, identificar de que modo esse indivíduo presentemente conta como menos humano do que os demais e, acima de tudo, de que forma arranjos institucionais melhores podem ser propostos.

Dito isso, é possível concluir que a dignidade pode atuar como conceito que não só justifica

autoconstitui e se autodestrói por meio de sua capacidade distintiva de alterar a si pela alteração de suas relações sociais.

a existência de direitos humanos, mas que também permanece como algo dotado de potencial subversivo, na medida em que pode, com suas próprias armas, levantar, a determinadas práticas institucionais no tratamento de determinados grupos minoritários, a acusação de não estarem sendo reconhecidos por essas instituições de forma tão integral quanto seus pares. Ao se condenar uma parcela da população a taxas grotescas de desemprego ou a outras muitas situações de vulnerabilidade, está-se fazendo nada além do que afirmar categoricamente que alguns importam menos que outros, que uns são mais humanos que outros.

Bernstein (2015, p. 315, tradução nossa) dirá acerca desse papel crítico, na conclusão do livro, que:

Às vezes também o Estado de Direito não parece ter essa força moral: porque as leis positivas podem, formalmente, ter qualquer conteúdo que o corpo soberano decidir, a lei pode ser uma forma de dominação, controle e devastação. Ao longo dos últimos dois séculos, está além de qualquer sombra de dúvida que a lei foi instrumento de controle, dominação e repressão.

Recuperar o *insight* de que o Estado de Direito surge como forma de reconhecimento do fato de que a tortura soberana devasta os indivíduos em seu sentido mais básico, enquanto tais, e que essa devastação é possível porque o valor intrínseco dos seres humanos é instituído a partir de relações de reconhecimento socialmente contingentes, é permitir uma força de insurgência contra as piores crueldades cometidas por Estados e outras instituições. Isso permite transformar a própria fundação do Estado, na forma de sua dívida de respeito para a autonomia corporal, como instância crítica privilegiada na destruição das práticas sociais que erodem a atmosfera de confiança que sustenta a vida em sociedade.

Com isso se atende também a condição de que uma teoria da dignidade humana não pode deixar de ser insurrecional, na linguagem proposta por Étienne Balibar e apropriada por Bernstein. Isso significa dizer que a dignidade empurra ao mesmo tempo à institucionalização de garantias que lhe são fundamentais e ao reconhecimento da insuficiência dessa institucionalização na forma das novas e contínuas violações de dignidade que não cessam de ocorrer, por meio da contradição incessante entre os seres vulneráveis que demandam o cuidado do outro que os seres humanos são *em si* e as diferentes formas de discriminação e devastação que povoam as diferentes formas que são *para si*. Lendo Balibar, Bernstein (2018b, tradução nossa) não deixa de notar que a “experiência de violação da dignidade é a que orienta a experiência ética, a força do negativo necessária para uma política insurrecional balibariana”, de modo que essa contradição não deixa de ser o motor que mobiliza o conceito de dignidade para fornecer um horizonte de crítica e de realização daquilo que significa, em sua acepção mais enfática, ser humano.

Em *What is a Politics of the Rights of Man?*, Balibar (1994) elabora a seguinte questão: — Podem os direitos humanos ainda servir como ferramenta de emancipação? Dito de outra forma: uma vez impugnada a formulação da dignidade humana tal como ela aparece como elemento de fundamentação nas teorias dos direitos humanos, podem eles ainda se inserir positivamente na luta política à qual estão lançados em sua historicidade?

Para Balibar (1994), uma política dos direitos humanos deve partir precisamente das experiências de sua negação, ou ainda, da negatividade que passa a fazer parte integrante do conceito de dignidade. Isso significa que ela não pode atuar meramente como elemento de estabilidade da ordem democrática. Nas palavras do autor, os direitos humanos “[...] levam a democracia ao seu limite, já que nunca podem se contentar em conquistar ou oferecer garantias jurídicas para direitos civis [...]” (Balibar, 1994, p. 224, tradução nossa), mas devem necessariamente se estender para além de sua configuração atual.

Trata-se de uma verdadeira insurreição permanente que deve deixar falar o sofrimento, que é a eliminação da dignidade, para fazer jus à verdadeira dignidade. Apesar de não se perder de vista o valor e a necessidade de se reconstruir a democracia depois de levada até seus limites e além deles (Balibar, 1994, p. 211), sendo descabido abandonar os direitos humanos e a dignidade, é sempre necessária sua refundação a partir dos ganhos do processo de revolta contra a ordem estabelecida. Tal atitude é causada porque o caráter negativo e socializado da dignidade e dos direitos humanos impede que eles apenas “se ajustem às novas dinâmicas sociais” (Balibar, 1994, p. 224, tradução nossa), uma vez que isso não é nada além de capitulação ante a devastação que de fato ocorre. É necessário, portanto, enfrentar o risco da perturbação da ordem – pois sem ele os direitos permanecem reféns (Balibar, 1994, p. 225) – para lutar afirmativamente pela verdadeira realização daquilo que essa ordem diz defender, para afirmar o verdadeiro sentido da dignidade contra suas falsas imagens.

Trata-se, nesse caso, de uma concepção negativa e militante – militante porque negativa e negativa porque militante – de dignidade que é capaz não somente de fornecer uma determinação significativa para o seu conteúdo conceitual, mas também de recolocá-lo como arma possível no horizonte das lutas políticas.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou empreender a proposição e a defesa de um conceito negativo de dignidade humana a partir das teses desenvolvidas pelo filósofo Jay Bernstein.

Tratou-se da tentativa de articular tal concepção filosoficamente e de inseri-la no contexto dos debates realizados no interior da teoria dos direitos humanos acerca do chamado problema da fundamentação. Nesse âmbito, por problema da fundamentação, compreendem-se os argumentos que procuram justificar que certos interesses ou certas características da existência humana são merecedores de proteção jurídica da qual todos gozam em razão tão somente de sua humanidade. Além disso, as questões de fundamentação também dizem respeito à natureza e ao conteúdo daquilo que é protegido.

Procedeu-se, então, primeiramente, com a reconstrução de argumentos feitos em torno da dignidade, por duas das correntes teóricas majoritárias na teoria dos direitos humanos: as concepções ortodoxas e as concepções políticas. A partir daí, procurou-se delimitar de que maneira as experiências de sofrimento social poderiam vir a cumprir um papel relevante no processo de determinação do conteúdo conceitual da dignidade. Isso se deu tanto com o intuito de superar a armadilha de abstração do conceito de dignidade, seja para noções de agência racional, seja para o interior de processos deliberativos internacionais, quanto de estabelecer de que maneira o conceito poderia se tornar mais capaz de dar conta das experiências de sofrimento e negatividade que marcam a existência de grupos subalternizados.

Tal proposta toma forma a partir dos argumentos de Bernstein, que realiza, precisamente nesse sentido, uma mudança de eixo no conceito de dignidade. O autor procura definir o valor intrínseco que constitui a dignidade e o *status* jurídico ao qual ela corresponde como sendo, na realidade, fruto de relações de reconhecimento social bem-sucedidas.

Essa inflexão socializante que condiciona a própria existência da dignidade ao reconhecimento recíproco estabelece que é somente a partir de experiências de negação desse valor que se toma consciência do quanto ele é dependente dos outros. Com isso, chega-se a uma concepção de dignidade que inclui em sua própria determinação conteudística os momentos nos quais ela aparece negada e que, em sua imagem invertida, sua negação determinada, revelam seu verdadeiro conteúdo. Essa nova ideia de dignidade, por sua vez, impõe pensar o conteúdo e a existência dos direitos humanos como um debate político de luta pela efetiva proteção do frágil e vulnerável corpo humano. Defendeu-se, aqui, que o conceito de dignidade pensado dessa forma pode adquirir um caráter militante em defesa dos oprimidos.

REFERÊNCIAS

- BALIBAR, Étienne. What is a Politics of the Rights of Man? *In*: BALIBAR, Étienne. **Masses, Classes, Ideas**. Routledge: Nova Iorque, 1994.
- BAYNES, Kenneth. Toward a political conception of human rights. **Philosophy & Social Criticism**, v. 35, n. 4, p. 371-390, 2009.
- BEITZ, Charles. Human Dignity in the Theory of Human Rights: Nothing But a Phrase? **Philosophy & Public Affairs**, v. 41, n. 3, p. 259-290, 2013.
- BEITZ, Charles. What Human Rights Mean. **Daedalus**, v. 132, n. 1, p. 36-46, 2003.
- BERNSTEIN, Jay M. Recognition and Embodiment: Fichte's Materialism. *In*: BUSCH, Hans-Cristoph Schmidt am; ZURN, Christopher F. **The Philosophy of Recognition: Historical and Contemporary Perspectives**. Plymouth: Lexington Books, 2013.
- BERNSTEIN, Jay M. **Rights**. *In*: Political Concepts: a critical lexicon. 2018b. v 4. Disponível em: <https://tinyurl.com/47m74x6r>. Acesso em: 21 mar. 2022.
- BERNSTEIN, Jay M. Rule of Law. *In*: BERNSTEIN, Jay M.; OPHIR, Adir; STOLER, Ann Laura. **Political Concepts: A Critical Lexicon**. Nova Iorque: Fordham University Press, 2018a.
- BERNSTEIN, Jay M. Suffering Injustice: Misrecognition as Moral Injury in Critical Theory. **International Journal of Philosophical Studies**, v. 13, n. 3, p. 303-324, 2005.
- BERNSTEIN, Jay M. **Torture and Dignity: An Essay on Moral Injury**. Chicago: The University of Chicago Press, 2015.
- BRANDON, Robert B. The Structure of Desire and Recognition. **Philosophy & Social Criticism**, v. 33, n. 1, p. 125-148, 2007.
- COHEN, Joshua. Minimalism About Human Rights: The Most We Can Hope For? **Journal of Political Philosophy**, v. 12, n. 2, p. 190-213, 2004.
- ETINSON, Adam; LIAO, Matthew. Political and Naturalistic Conceptions of Human Rights: A False Polemic? **Journal of Moral Philosophy**, v. 9, n. 3, p. 327-352, 2012.
- FOLLESDAL, Andreas. Theories of Human Rights: Political or Orthodox – Why It Matters. *In*: MALIKS, Reidar; SCHAFFER, Johan (org.). **Moral and political conceptions of human rights: implications for theory and practice**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2017.
- GRIFFIN, John. **On human rights**. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- LUBAN, David. Human Rights Pragmatism and Human Dignity. *In*: CRUFT, Rowan; LIAO, S. Matthew; RENZO, Massimo (ed.). **Philosophical foundations of human rights**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- RAZ, Joseph. On Waldron's Critique of Raz on Human Rights. *In*: ETINSON, Adam (ed.). **Human**

Rights: Moral or Political? Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 139-144. DOI: <https://doi.org/10.1093/oso/9780198713258.003.0008>.

RODRIGUES, Gabriel C. V. Os direitos humanos no pensamento de James Griffin. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 18, n. 1, e2212, 2022.

TASIOULAS, John. Are Human Rights Essentially Triggers for Intervention? **Philosophy Compass**, v. 4, n. 6, p. 938-950, 2009.

TASIOULAS, John. Human Dignity and the Foundations of Human Rights. *In*: MCCRUDDEN, Christopher (ed.). **Understanding human dignity**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

TASIOULAS, John. Taking Rights out of Human Rights. **Ethics**, v. 120, n. 4, p. 647-678, 2010.

TRIVISONNO, Alexandre T. G.; RODRIGUES, Gabriel C. V. O conceito de direitos humanos: ortodoxo ou político? **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, v. 19, n. 3, p. 703-730, 2019.



**ACESSORIEDADE ADMINISTRATIVA E (DES)VINCULAÇÃO ENTRE
PROCESSOS ADMINISTRATIVO E PENAL NO MERCADO DE
CAPITAIS: IN(TER)DEPENDÊNCIA OU INDIFERENÇA ENTRE AS
ESFERAS?**

**ADMINISTRATIVE ACCESSORINESS AND THE (DIS)CONNECTION
BETWEEN ADMINISTRATIVE AND CRIMINAL PROCEEDINGS IN
CAPITAL MARKETS: IN(TER)DEPENDENCE OR INDIFFERENCE
BETWEEN THE SPHERES?**

Submissão: 21 fev. 2025

Aprovação para publicação: 8 nov. 2025

Viviane Müller Prado

Doutora em Direito Comercial

Afiliação institucional: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito SP – (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7641-9738>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/1077938978877029>

Email: viviane.prado@fgv.br

Marcelo Costenaro Cavali

Doutor em Direito Penal

Afiliação institucional: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito SP – (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8633-0371>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/8770906950067750>

Email: marcelo.cavali@fgv.br

Thiago Cochenski Borba

Mestrando em Direito Comercial

Afiliação institucional: Universidade de São Paulo – USP – (São Paulo, SP, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-6412-3619>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/5716168669322730>

Email: thiagocborba@gmail.com

Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):

PRADO, Viviane Müller; CAVALI, Marcelo Costenaro; BORBA, Thiago Cochenski. Acessoriedade administrativa e (des)vinculação entre processos administrativo e penal no mercado de capitais: in(ter)dependência ou indiferença entre as esferas? **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 70, n. 3, p. 57-90, set./dez. 2025. ISSN 2236-7284. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i3.98580>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/98580>. Acesso em: 31 dez. 2025.

RESUMO

Este artigo examina a interação entre as esferas administrativa e penal na persecução do *insider trading* e da manipulação de mercado no Brasil. Sob o prisma da *accessoriedade administrativa* no direito penal, são duas as perguntas de pesquisa. No aspecto material, questiona-se se, diante das divergências entre decisões nas duas esferas, há *accessoriedade* dos tipos penais ao direito do mercado de capitais. No aspecto processual, analisa-se se decisões proferidas em uma esfera são consideradas na outra. A metodologia consiste no exame de decisões penais e administrativas contrastantes sobre os mesmos fatos, identificadas por meio de buscas, com o uso de palavras-chave, em sistemas jurisprudenciais nos sítios eletrônicos de tribunais, envolvendo os ilícitos de manipulação de mercado e *insider trading*. Conclui-se que os juízes interpretam os tipos da Lei nº 6.385/1976 a partir das normas do mercado de capitais, porém, alguns, sob o dogma da independência das instâncias, contrariam decisões administrativas sem se desincumbir do ônus argumentativo do dissenso, deixando de apresentar fundamentos específicos que justifiquem a adoção de posicionamento contrário, em violação à coerência sistêmica e à segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE

Insider trading. Manipulação de mercado. *Accessoriedade administrativa*. Direito penal. Regulação de mercado de capitais.

ABSTRACT

This article examines the interaction between the administrative and criminal spheres in the prosecution of insider trading and market manipulation in Brazil. From the perspective of *administrative accessoriness* in criminal law, the study addresses two research questions. From a substantive standpoint, it asks whether, in light of divergences between decisions rendered in the two spheres, criminal offenses are accessory to capital markets law. From a procedural standpoint, it analyzes whether decisions issued in one sphere are taken into account in the other. The methodology consists of examining contrasting criminal and administrative decisions concerning the same facts, identified through keyword-based searches in jurisprudential databases available on the websites of courts, involving the offenses of market manipulation and insider trading. The article concludes that judges interpret the offenses set forth in Law No. 6,385/1976 in light of capital markets regulations. However, some judges, invoking the dogma of the independence of proceedings, depart from administrative decisions without discharging the argumentative burden required to justify such dissent, thereby failing to provide specific grounds for adopting a contrary position, in violation of systemic coherence and legal certainty.

KEYWORDS

Insider trading. Market manipulation. Administrative accessoriness. Criminal law. Capital markets regulation.

INTRODUÇÃO

Confiança dos investidores, condições de acesso igualitário a informações relevantes e lisura no sistema de negociação são atributos essenciais para o desenvolvimento do mercado de capitais. Por afetarem esses pressupostos de regular funcionamento do mercado, são condenáveis condutas como o uso de informação privilegiada para obtenção de vantagens indevidas e práticas fraudulentas de manipulação do mercado, seja para alterar artificialmente os preços dos ativos nele negociados, seja para simular movimentos de demanda e oferta de valores mobiliários.

Desde 2001, seguindo a tendência de mercados relevantes mundo afora, a repressão ao uso de informação privilegiada (*insider trading*) e à manipulação de mercado ganhou reforço no sistema jurídico brasileiro com a criminalização de tais condutas, já consideradas ilícitos administrativos desde 1976. Tais condutas passaram a se submeter a uma duplicidade de esferas punitivas (criminal e administrativa), com o que se pretende sinalizar a sua alta reprovabilidade. Esta escolha origina uma série de desafios para a eficiência e a justiça do sistema de proteção do mercado de capitais.

Em primeiro lugar, pode-se questionar a própria constitucionalidade – e a convencionalidade – dessa opção legislativa diante do princípio do *ne bis in idem*¹. Embora tradicionalmente se considerasse que esse princípio impediria apenas a existência de mais de um processo ou mais de uma sanção *penal* pelo mesmo fato, mais recentemente tem-se visto uma tendência de ampliação da incidência do princípio, que vedaria, igualmente, a possibilidade de aplicação de sanções penal e administrativa pelo mesmo fato – ao menos quando a sanção administrativa fosse identificada como *materialmente penal*².

Ainda prevalece, contudo – embora cada vez mais colocado em xeque –, o dogma da independência das instâncias, que tem como um dos seus corolários a possibilidade de múltiplo sancionamento, em esferas diferentes, da mesma conduta³. Enquanto não ocorrer uma alteração legislativa ou uma virada jurisprudencial no Brasil, conviver-se-á com a possibilidade de a mesma conduta contra o mercado de capitais ser punida como infração administrativa e como crime.

¹ Apesar de não previsto expressamente na Constituição brasileira, tal princípio pode ser extraído, implicitamente, de outros princípios, como os da proporcionalidade, da segurança jurídica e da garantia da coisa julgada. Além disso, tendo sido incorporado em convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.4), possui *status* supralegal.

² Esse tem sido o entendimento adotado, notadamente no que diz respeito a ilícitos contra o mercado de capitais, tanto pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos – v.g., no caso *Grande Stevens et autre c. Italie* (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 2014), como pelo Tribunal de Justiça da União Europeia – entre outros, no caso *Garlsson Real Estate* (Tribunal de Justiça da União Europeia, 2018).

³ Um primeiro precedente relevante em que se questiona (conquanto de forma meramente tangencial) a possibilidade de múltiplo sancionamento foi, no Supremo Tribunal Federal (STF), a Rcl. 41557, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 15/12/2020.

Aceita essa premissa, impõe-se o desafio de interpretar como se dá a interação entre a esfera administrativa e a penal. Essa interação pode ser examinada sob dois prismas: um material e um processual.

Sob o prisma material, está-se diante daquilo que a doutrina denomina *acessoriedade administrativa* do direito penal (Tiedemann, 2010, p. 1). Trata-se, em síntese, do fenômeno caracterizado pela construção dos tipos penais com a utilização de referências a institutos do direito administrativo. Como será tratado adiante, essa relação de acessoriedade pode se manifestar como dependência de conceitos, atos gerais ou atos concretos administrativos.

Do ponto de vista processual, trata-se de saber se e em que medida as decisões proferidas em processos sancionadores administrativos vinculam a esfera penal⁴.

O objetivo deste artigo é examinar a interação entre as esferas administrativa e penal sob os aspectos material e procedimental. Passados 24 anos da criminalização do *insider trading* e da manipulação de mercado, o estudo granular de decisões divergentes tem o potencial de identificar como tem ocorrido a relação entre as esferas.

São duas as perguntas de pesquisa que se pretende responder. A primeira, focada sob o aspecto material, questiona se divergências constatadas entre as decisões proferidas nas esferas penal e administrativa permitem afirmar a existência de acessoriedade dos tipos penais ao direito do mercado de capitais. A segunda, preocupada com o aspecto processual, examina se as decisões proferidas na esfera penal são mencionadas e, em caso positivo, se são levadas em conta na via administrativa – e vice-versa.

Para responder às perguntas, foram levantados casos com dupla persecução e isolados aqueles que apresentaram julgamentos contrapostos. Com a análise das razões da divergência, retorna-se às bases teóricas da acessoriedade e da interdependência entre as instâncias para verificar o seu potencial explicativo para o posicionamento divergente.

A conclusão da pesquisa é a de que, do ponto de vista da acessoriedade administrativa, há um reconhecimento, por parte dos magistrados criminais, da necessidade de compreensão dos institutos do mercado de capitais para a delimitação do alcance dos tipos penais. Já do ponto de vista processual, nos julgados em que foram encontradas divergências entre as esferas penal e administrativa, há uma carência de diálogo entre os órgãos decisórios, ainda embasados no dogma da

⁴ Note-se aqui a diferença da vinculação processual para a acessoriedade ao ato administrativo individual: naquela, o parâmetro de referência é a decisão administrativa, no processo sancionador, sobre a prática de um ilícito administrativo; nesta, o parâmetro é um ato administrativo (que pode ter conteúdo decisório), exarado fora de um processo sancionador, cuja ocorrência é expressamente referida pelo tipo penal como elemento necessário de sua realização.

independência das instâncias.

O percurso da exposição será o seguinte: após esta introdução, o texto expõe a teoria da acessoriedade para compreender as interfaces entre as esferas penal e administrativa nos crimes contra o mercado de capitais, seguida de exposição das normas que tipificam as condutas ilícitas em ambas as esferas. Na sequência o artigo apresenta a metodologia para seleção e definição dos casos que apresentaram resultados divergentes, com posterior análise dos julgados e seus fundamentos para condenação ou absolvição dos acusados. Por fim, faz-se a contraposição entre os achados da pesquisa empírica e os fundamentos teóricos. Ao final, é apresentada a conclusão.

1 INTERAÇÃO ENTRE AS ESFERAS

Nesta seção serão discutidos a acessoriedade administrativa e os efeitos das decisões administrativas sobre as penais.

1.1 ACESSORIEDADE ADMINISTRATIVA (ASPECTO MATERIAL)

Não é incomum no direito brasileiro a existência de tipos penais que comportam persecução nas esferas criminal e administrativa. Os exemplos são variados, como ilícitos ambientais, de trânsito, financeiros, tributários, entre tantos outros. O cenário reflete uma aproximação tamanha entre o direito penal e o administrativo que os tipos penais costumam se valer de remissões às normas administrativas, em maior ou menor grau.

É inegável a construção de certos tipos penais com base na regulação administrativa. Por esse motivo, ao discutir a relação da regulação com crimes ambientais, a doutrina alemã⁵ passou a falar na “acessoriedade administrativa” dos tipos penais.

O conceito foi trazido, ao Brasil, inicialmente por Greco (2006), sendo seguido por outros autores como Costa (2010) e Lobato (2010), também no âmbito de delitos ambientais, mas cujas considerações são extensíveis aos demais tipos penais que se valem de remissões a normas regulatórias. Hoje, o instituto já se encontra consolidado na literatura nacional, sendo utilizado com frequência na doutrina penal⁶.

A acessoriedade pode ser dividida em três categorias⁷: a) *acessoriedade conceitual*, em que

⁵ Vide, como exemplo, Heine (1993).

⁶ Vide, como exemplo, Naves (2019) e Silveira (2019).

⁷ Destaca-se, como bem aponta Naves (2019), que as nomenclaturas da acessoriedade administrativa (por vezes denominada “assessoriedade”) e de suas categorias costumam variar entre os autores, sem que, contudo, o conteúdo do instituto apresente diferenças significativas.

a lei penal se vale de conceitos previamente empregados no direito administrativo; b) *acessoriedade ao ato administrativo geral*, que consiste na norma penal em branco, em que o conteúdo do injusto penal é complementado por normas administrativas (regulamentos); e, por fim, c) *acessoriedade ao ato administrativo individual*, quando o tipo penal faz menção a atos administrativos e licenças, exigindo-se a violação de um ato administrativo específico.

1.2 EFEITOS DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS SOBRE AS PENAS (ASPECTO PROCESSUAL)

As espécies de acessoriedade, apesar de muito utilizadas na doutrina, são focadas na tipicidade do delito, havendo outros fatores que elevam a complexidade da interação entre as esferas administrativa e penal. O instituto pouco auxilia, sobretudo, a se compreender a potencial dinâmica entre as decisões proferidas em cada instância, diante do paradigma da independência das esferas, há muito estabelecido pelo STF⁸.

A fim de alcançar outras nuances da interação entre as esferas no julgamento dos ilícitos de mercado, conforme sugerido por Cavali (2018), entende-se que o peso das decisões administrativas sobre as penais pode ser examinado por meio de três grandes questões: eminentemente fáticas, eminentemente jurídicas e eminentemente técnicas.

Tais categorias, embora marcadas “por certa artificialidade”⁹ (Cavali, 2018, p. 354), mostram-se úteis para compreender nuances da interação entre as esferas penal e administrativa, ainda que as diferenças entre elas possam ser tênues nos casos concretos, como se verá na análise a seguir. Por esse motivo, adota-se o termo *eminente*, para enfatizar que o ponto de maior destaque entre elas seria fático, jurídico ou técnico.

As questões eminentemente fáticas são relacionadas aos “fatos brutos”, ou seja, os “aspectos da realidade fenomênica diretamente apreensíveis pelos sentidos e passíveis de comprovação” (Cavali, 2018, p. 354). As questões eminentemente jurídicas, por sua vez, são aquelas que dependem de métodos interpretativos tipicamente jurídicos, ou seja, utilizam-se de linguagem jurídica comum (Cavali, 2018, p. 356) – em que se enquadram, por exemplo, os aspectos relacionados à acessoriedade

⁸ Os precedentes do STF que refletem a independência das esferas remetem à década de 1960, perdurando até os dias atuais. Vide, por todos, RE 50886/SP, Relator(a): Min. Luiz Gallotti, Primeira Turma, julgado em 29/08/1963; e RE 1169564/SP, Relator(a): Min. Nunes Marques, Segunda Turma, j. em 24/02/2021.

⁹ A “artificialidade” apontada é baseada em duas premissas: a) a interpretação das normas apartada da realidade fática não é admitida pela moderna teoria hermenêutica; e b) a diferença entre questões técnicas e jurídicas depende da análise de sua predominância, pois qualquer controvérsia sobre a legislação do mercado de capitais será também de natureza jurídica (Cavali, 2018, p. 354).

administrativa dos tipos penais. Por fim, as questões eminentemente técnicas são as estritamente relacionadas ao conhecimento especializado dos reguladores (no caso, do mercado de capitais), cuja complexidade demanda uma análise por profissionais com *expertise* no assunto.

Em nenhum desses casos haverá uma subordinação da esfera criminal às conclusões alcançadas na seara administrativa – ainda que, em determinadas situações, a decisão penal possa ser vinculante ao processo administrativo^{10, 11}. Especialmente no que toca às questões jurídicas e técnicas, o debate ainda se faz presente entre os que sustentam uma independência maior do Judiciário nessas análises (embora não uma ausência de diálogo)¹² e os que enxergam, em delitos que comportam certo grau de remissão a normas administrativas, uma subordinação completa dos julgadores criminais a entendimentos de ordem administrativa¹³.

Posto isso, resta compreender como tais ferramentas doutrinárias se comportam na análise prática de casos envolvendo ilícitos do mercado de capitais julgados tanto na via administrativa quanto na judicial, visando entender se tais instrumentos ajudam a compreender as singularidades na persecução dessas condutas.

2 CRIMES CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS E ILÍCITOS DO MERCADO SECUNDÁRIO

Para fortalecer a proteção dos investidores no mercado de capitais brasileiro e garantir a lisura e a credibilidade nas negociações do mercado secundário, houve, em 2001, importante reforma nas Leis 6.385/1976 e 6.404/1976. Com a edição da Lei 10.303/2001, entre as novidades legislativas, foram criminalizadas as condutas de uso de informação privilegiada e de manipulação do mercado, mediante a inclusão dos art. 27-C e 27-D na Lei 6.385/1976. Tais práticas ilícitas já eram proibidas, mas com consequências punitivas apenas na esfera administrativa, a partir da entidade sancionadora – a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

¹⁰ Há muito o STF assentou o entendimento de que, quando reconhecida a inexistência material de fatos ou de negativa de autoria, as decisões penais possuem efeitos vinculantes à esfera administrativa. Por todos, *vide* STF, MS 21708/DF, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. em 09/11/2000; e STF, RE 1272316 ED-AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 21/12/2020.

¹¹ Além disso, o recente art. 21, § 4º, da Lei 8.429/1992 expandiu esse entendimento ao apontar que a absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação de improbidade administrativa, comunicando-se todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386, do CPP.

¹² Nesse sentido, *vide*, por todos, Cavali (2018).

¹³ *Vide* Silveira (2019).

2.1 INSIDER TRADING: ILÍCITO PENAL E ADMINISTRATIVO

Na redação original de 2001, no art. 27-D, foi criminalizado o *insider trading*, com a criação de um crime próprio, que somente poderia ser cometido pelos detentores do dever de sigilo em relação a informações relevantes. Estabeleceu-se pena de reclusão de um a cinco anos e multa de até três vezes o montante da vantagem ilícita, obtida com a prática criminosa.

Com a reforma pela Lei 13.506/2017, a norma penal foi ampliada para abarcar todos que se utilizassem de informação privilegiada, passando o art. 27-D a prever um crime comum. Houve ainda criminalização da conduta de repasse de informação sigilosa por pessoa que tenha tido acesso a ela por posição profissional, com pena aumentada em 1/3 se também houver usado a informação relevante quando deveria manter sigilo (art. 27-D, §§ 1º e 2º, da Lei 6.385/1976).

Apesar de a criminalização ter ocorrido em 2001, desde 1976 já era proibido aos administradores de companhias abertas valer-se de informação privilegiada para obter vantagem, com a vedação prevista no art. 155 da Lei 6.404/1976¹⁴ (LSA ou Lei das S.A). Essa norma era complementada pela regulamentação administrativa da CVM, que determinava que ninguém (e não apenas os administradores) poderia negociar em razão de informação ainda não divulgada ao mercado, pela vedação de práticas não equitativas, nos termos da Instrução CVM 31/1984. Na mesma reforma de 2001 em que houve a criminalização, foi incluído o § 4º no art. 155 da Lei 6.404/1976, reforçando em lei que a proibição de *insider trading* se aplicava a qualquer pessoa que tivesse acesso a informações relevantes ainda não divulgadas¹⁵.

Na esfera administrativa, é relevante fazer menção à Instrução CVM 358/2002, com regras que estabeleceram presunções relativas para os casos de *insider trading*. Esse normativo foi revogado pela Resolução CVM 44/2022, na qual se recoloca com mais clareza tais presunções, organizando-as em presunção de uso, presunção de acesso e presunção de conhecimento, para pessoas que tenham ligações profissionais com a fonte da informação, chamadas de *insiders* primários.

De toda forma, nota-se que os elementos do tipo penal e do tipo administrativo em vigor são muito próximos, tal qual se pode observar no Quadro 1, comparativo:

¹⁴ Sobre o desenvolvimento da vedação ao uso de informação privilegiada no Brasil, bem como para dados sobre a efetividade do regime jurídico, vide Lucchesi (2011), Prado, Cavali, Rachman e Vilela (2020), Proença (2005) e Santos, Osório e Wellisch (2012).

¹⁵ Sobre a atuação do Ministério Público Federal (MPF) no combate ao *insider trading*, vide Santos (2025).

Quadro 1 – Comparação dos elementos constitutivos dos tipos administrativo e penal de *insider trading*

Tipo Administrativo	Tipo Penal
I. Informação relevante, ainda não divulgada. II. Acesso a tal informação. III. Utilização da informação em negociação de valores mobiliários. IV. Finalidade de auferir vantagem, para si ou terceiros.	a) Utilização da informação, mediante negociação de valores mobiliários, em nome próprio ou de terceiros. b) Informação ainda não divulgada ao mercado. c) Informação relevante, capaz de propiciar vantagem indevida, para si ou para outrem.

Fonte: autoria própria.

Essa proximidade nos textos normativos faz com que se reconheça, nos elementos objetivos do tipo penal, aspectos de acessoriedade administrativa, ao tratar de: a) “valores mobiliários”, cuja definição exige remissão ao art. 2º, da Lei 6.385/1976, como exemplo de acessoriedade administrativa conceitual; b) “informação relevante, ainda não divulgada”, que exige remissão à atual Resolução CVM 44/2021¹⁶, em especial seu art. 2º, para a compreensão do conteúdo do injusto, tratando-se de acessoriedade administrativa conceitual; e c) “dever de sigilo”, definido no art. 8º, da Resolução CVM 44/2021, como outro exemplo de acessoriedade administrativa ao ato administrativo conceitual.

2.2 MANIPULAÇÃO DE MERCADO: ILÍCITO PENAL E ADMINISTRATIVO

Em 2001, a criminalização da manipulação de mercado ocorreu com a inclusão do art. 27-C, cuja redação foi alterada pela Lei 13.506/2017.

Na origem da disciplina jurídica, o combate aos ilícitos de mercado secundário, na via administrativa, foi mencionado como finalidade no exercício das atribuições legais do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central do Brasil (Bacen), pela Lei 4.728/1965, no art. 2º, incisos III e IV, que posteriormente foram enumeradas como as práticas ilícitas na Resolução Bacen 39/1966, art. 93.

Com a criação da CVM pela Lei 6.385/1976, foi alocada para a nova autarquia competência regulatória que antes era do Bacen, e especificou-se que o CMN e a CVM devem exercer suas atribuições para evitar ou coibir modalidades de fraude ou manipulação destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço dos valores mobiliários negociados no mercado (art. 4º, V), bem como deu-se competência à CVM para definir a configuração de condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários, ou de manipulação de preço; e de operações fraudulentas e práticas não equitativas na distribuição ou intermediação de valores (art. 18, II, d).

Entre os primeiros normativos da CVM, foi editada a Instrução CVM 08/1979 para

¹⁶ Para análise do impacto da Resolução CVM 44 no crime de *insider trading*, vide Velludo Salvador Netto, Villa Mello e Bertolino (2022).

conceituar as práticas ilícitas mencionadas no referido art. 18, II, d), da Lei 6.385/1976. Na Nota Explicativa 14/1979 (Brasil, 1979b) foi declarado que:

A vista dessa última opção - substituir ou estender os conceitos até agora em vigor - entendeu a CVM conveniente adotar a segunda solução, ampliando, a vista da experiência já acumulada, o alcance dos dispositivos já constantes da Resolução no 39, e conceituando de forma propositadamente genérica, situações que configuram operações ou práticas incompatíveis com a regularidade que se pretende assegurar ao mercado de valores mobiliários.

A Instrução CVM 08/1979 (Brasil, 1979a) adotou os seguintes conceitos:

- a) condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários: aquelas criadas em decorrência de negociações pelas quais seus participantes ou intermediários, por ação ou omissão dolosa provocarem, direta ou indiretamente, alterações no fluxo de ordens de compra ou venda de valores mobiliários;
- b) manipulação de preços no mercado de valores mobiliários: utilização de qualquer processo ou artifício destinado, direta ou indiretamente, a elevar, manter ou baixar a cotação de um valor mobiliário, induzindo terceiros à sua compra e venda;
- c) operação fraudulenta no mercado de valores mobiliários: aquela em que se utilize ardil ou artifício destinado a induzir ou manter terceiros em erro, com a finalidade de se obter vantagem ilícita de natureza patrimonial para as partes na operação, para o intermediário ou para terceiros;
- d) prática não equitativa no mercado de valores mobiliários: aquela de que resulte, direta ou indiretamente, efetiva ou potencialmente, um tratamento para qualquer das partes, em negociações com valores mobiliários, que a coloque em uma indevida posição de desequilíbrio ou desigualdade em face dos demais participantes da operação.

Esse mesmo conteúdo normativo foi repetido na Resolução CVM 62/2022, atualmente em vigor.

Nota-se que a norma penal de manipulação de mercado, diferentemente do crime de *insider trading*, tem conteúdo (parcialmente) diverso do fixado na regra administrativa. A redação do art. 27-C da Lei 6.385/1976 mesclou aspectos dos diversos ilícitos administrativos voltados a punir atos de manipulação, com destaque aos ilícitos de criação de condições artificiais de demanda, oferta ou preço e de manipulação de preços.

Confira-se a análise de seus elementos constitutivos no Quadro 2:

Quadro 2 – Comparação dos elementos constitutivos dos tipos administrativo e penal de manipulação

Tipo Administrativo	Tipo Penal
Condições artificiais de demanda, oferta ou preço	a) Realizar operações simuladas ou manobras fraudulentas. b) Idoneidade para afetar o processo de formação de um valor mobiliário. c) Finalidade de elevar, manter ou baixar a cotação, preço ou volume negociado de um valor mobiliário. d) Finalidade de obter vantagem indevida ou lucro, ou causar danos a terceiros.
I. Realização de negócios artificiais.	
II. Provocação de alterações no fluxo de ordens de compra ou venda de valores mobiliários.	
III. Dolo de gerar essas alterações.	
Manipulação de preços	
I. Utilização de processo ou artifício.	
II. Voltados a promover cotações falsas ou enganosas.	
III. Induzir terceiros a negociar valores mobiliários com as cotações artificialmente produzidas.	
IV. Dolo específico de alterar as cotações de um valor mobiliário e negociar com base nelas.	

Fonte: autoria própria.

Observadas as similaridades entre as redações, nota-se, como destacado em Cavali (2018), que o tipo penal do art. 27-C somente possui aspectos de acessoriedade administrativa conceitual. Ela é expressa somente no tocante ao elemento dos “valores mobiliários”, tal qual exposto acima quanto ao delito de *insider trading*.

Para além da acessoriedade, outra questão também merece destaque na análise desse tipo penal: a existência de um emaranhamento linguístico entre a redação das normas penais e administrativas a ponto de, logicamente, mostrar-se impossível que uma conduta se enquadre no tipo penal sem que incida em ao menos um dos ilícitos de mercado da Resolução CVM 62/2022.

3 CASOS COM JULGAMENTOS DIVERGENTES NAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA

Nesta seção será apresentada a metodologia do estudo e discutidos os casos específicos.

3.1 METODOLOGIA

Para identificar os processos envolvendo crimes contra o mercado de capitais e com resultados divergentes nas esferas penal e administrativa, utilizou-se de levantamento em pesquisa concluída no âmbito do programa de iniciação científica da Fundação Getúlio Vargas/SP (Borba, 2023)¹⁷. A referida pesquisa levantou os casos já sentenciados referentes a todos os crimes da Lei 6.385/1976, inclusive aquele previsto no art. 27-E. Naquela pesquisa, os casos foram identificados a

¹⁷ A pesquisa localizou um total de 21 processos-crime já sentenciados referentes aos crimes contra o mercado de capitais, assim como 19 processos administrativos sancionadores na CVM correspondentes aos mesmos fatos narrados na ação penal, de modo que, *em dois casos*, concluiu-se que não houve persecução na via administrativa. Para mais informações sobre a metodologia para a identificação desses casos, *vide* Borba (2023).

partir de buscas com palavras-chave nos sítios eletrônicos de tribunais competentes para julgar crimes contra o mercado de capitais (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e tribunais regionais federais), assim como em veículos de imprensa e sítio eletrônicos que oferecem bancos de dados jurisprudenciais acerca de processos penais em trâmite, tomando como marco temporal a data de 13/06/2021.

No levantamento, as decisões foram separadas em três grupos:

a) convergentes, com decisões condenatórias ou absolutórias em ambas as esferas; b) divergentes, onde foi encontrada alguma linha de divergência entre as decisões; e c) análise prejudicada, o que ocorreu por questões como a não ocorrência de [Processo Administrativo Sancionador] PAS correspondente à ação penal, celebração de acordos de suspensão condicional do processo ou termo de compromisso no PAS, desclassificação ou extinção da pretensão punitiva (Borba, 2023, p. 26).

Tal metodologia foi replicada no presente texto, estendendo-se o marco temporal utilizado para até 31/12/2024, para atualização da pesquisa. Para as finalidades deste artigo, foram analisados apenas os processos relacionados aos ilícitos de *insider trading* e manipulação de mercado. Como resultado, foram identificados os seguintes casos contendo resultados divergentes em cada esfera, reproduzidos no Quadro 3:

Quadro 3 – Casos com decisões divergentes nas esferas penal e administrativa

Caso	Tipo penal (Lei 6.385/1976)	Processo Penal	PAS
OSX	27-C e 27-D	Condenação	Ilícito não imputado
Mundial ¹⁸	27-C	Condenação	Absolvição
OGX Petróleo	27-C	Condenação	Absolvição
Brasil Ecodiesel	27-D	Absolvição	Condenação
Corretora Novinvest	27-C	Absolvição	Condenação
Brasil Brokers	27-D	Absolvição	Condenação

Fonte: autoria própria.

Diante desses resultados, o presente artigo procura chamar atenção para ponto ainda não debatido acerca dos casos de divergência: o que levou as esferas de julgamento administrativa e criminal a decidirem de maneira diversa? Foram questões fáticas, jurídicas (na qual se inclui o exame da acessoriedade administrativa) ou técnicas? Ou se trata de ponto ainda não identificado? Houve remissão em uma esfera à decisão na outra?

Para enfrentar esses pontos, foram estabelecidas três perguntas fundamentais para o exame dos casos de acordo com os objetivos da pesquisa:

a) houve divergência conceitual entre as esferas, sobre os elementos dos tipos penais e administrativos?

¹⁸ Referente ao processo-crime de autos nº 5021321-43.2013.4.04.7100/RS.

- b) houve menção à forma de vinculação entre as esferas, em especial à independência das instâncias?
- c) os fundamentos da decisão proferida na outra esfera foram considerados pelo julgador?

A seguir os casos de divergência identificados serão individualmente analisados, para resposta a essas perguntas.

3.2 CASO OSX

O caso trata do PAS/CVM nº RJ2013/13172 e do processo-crime de autos nº 0042650-05.2014.4.02.5101, ambos movidos contra o acionista controlador da OSX Construção Naval S.A.

Em breve síntese, foi-lhe imputada a utilização de informação privilegiada sobre o novo plano de negócios da companhia – que estabeleceu uma significativa redução de investimentos – antes de sua divulgação, mediante alienação de cerca de nove milhões de ações da OSX. Após a revelação do fato relevante, a cotação caiu de R\$ 3,40 para R\$ 2,34, tendo o acusado, alegadamente, evitado prejuízo de R\$ 10.506.614,00.

Tanto no PAS da CVM quanto no processo criminal, o acionista foi acusado de *insider trading*, de ter se utilizado de informação relevante ainda não divulgada, para evitar prejuízos financeiros.

No âmbito do processo penal, contudo, o MPF entendeu que o acusado, além de praticar *insider trading*, também cometeu o crime de manipulação de mercado. O *Parquet* alegou que o acusado se valeu de sua posição de acionista controlador para omitir, no fato relevante de 17/05/2013, a divulgação da informação de redução dos investimentos da companhia no novo plano de negócios. Ainda, o acusado teria continuado a divulgar informações otimistas sobre a empresa em suas redes sociais, para atrair investidores, enquanto pessoalmente se desfazia de suas ações.

Na análise dos mesmos fatos, mas com imputações diferentes, as decisões nas esferas administrativa e criminal foram diversas (Quadro 4):

Quadro 4 – Caso OSX Construção Naval S.A.

	Comissão de Valores Mobiliários	Justiça Criminal
Acusação	Art. 155, § 1º, da LSA e art. 13, da Instrução CVM 358/2002.	Arts. 27-C e 27-D, da Lei 6.385/1976.
Decisão	Condenação: <i>insider trading</i> .	Condenação: <i>insider trading</i> e manipulação de mercado.
Fundamentos	I. Informações divulgadas pela OSX eram relevantes, com evidente impacto negativo sobre seus resultados futuros. II. O enquadramento ao <i>free float</i> não afasta a proibição de negociação em posse de informação privilegiada. III. O <i>insider trading</i> independe de eventual lucro na negociação. IV. O acusado poderia ter solicitado a divulgação de fato relevante, não havendo que se falar em inexigibilidade de conduta diversa.	<i>Insider trading</i> I. Acusado confessou ter conhecimento da informação relevante antes das negociações e de sua divulgação. II. A decisão de alterar o plano de negócios é informação relevante, pois previa significativa redução de investimentos. III. Quanto ao enquadramento ao <i>free float</i> , o acusado deveria ter consultado a CVM sobre a possibilidade de alienar papéis na pendência de fato relevante. IV. O <i>insider trading</i> é crime formal e, portanto, independe de lucros.
		Manipulação de mercado I. Houve omissão na divulgação de fato relevante e exposição de falsos prognósticos positivos da companhia. II. Condutas se amoldam à elementar “manobra fraudulenta”.

Fonte: autoria própria.

A divergência no presente caso se revela já no momento das imputações: enquanto em ambas as esferas se imputou o ilícito de *insider trading*, apenas o MPF ofereceu denúncia por manipulação de mercado. Por consequência, o acionista foi condenado por *insider trading* em ambas as esferas; já por manipulação de mercado, foi condenado somente no âmbito criminal.

Quanto ao delito de uso indevido de informação privilegiada, a sentença se valeu do art. 2º da então vigente Instrução CVM 358/2002 para estabelecer um conceito de “informação relevante”¹⁹. A decisão do Colegiado da CVM e o Termo de Acusação foram citados como provas da materialidade, mas sem destacar os fundamentos da decisão.

Para a manipulação de mercado, imputada apenas na esfera criminal, o juízo destacou o art. 3º, §§ 1º e 2º, da Instrução CVM 358/2002 ao apontar o dever de informar do diretor de relações com investidores, assim como o art. 157, § 4º, da LSA. A não imputação do ilícito na esfera administrativa não foi mencionada na sentença, mas provas colhidas pela CVM foram mencionadas para fixar a materialidade. Ademais, não foi tratada a forma de vinculação entre as esferas administrativa e

¹⁹ Assim dispôs a sentença: “A expressão informação relevante constitui elemento normativo do tipo, é uma norma penal em branco, e por isso depende de complementação [...]. Por sua vez, a Resolução CVM nº 358/02, em seu artigo 2º preceitua [...] informação relevante é aquela 1) importante no âmbito da empresa capaz de alterar o valor do título mobiliário, 2) sigilosa e não divulgada em tempo hábil ao mercado, e 3) capaz de propiciar a alguém vantagem indevida e usada antes de propalada ao mercado [...]”.

criminal.

Portanto, conclui-se que, na interpretação dos mesmos fatos, houve divergência a respeito de *questões jurídicas*, pois se discordou, desde o início, da subsunção das condutas do acusado ao ilícito de manipulação de mercado. Mas não houve, por parte do MPF, qualquer menção ao fato de que a conduta não foi imputada administrativamente, tampouco uma justificativa para tomar posição divergente em relação à decisão da CVM.

3.3 CASO OGX PETRÓLEO E GÁS PARTICIPAÇÕES S.A.

O caso trata de acusação de manipulação de mercado, contra executivos da OGX Petróleo e Gás Participações S.A. no âmbito do PAS/CVM nº RJ2014/6517 e do processo criminal de autos nº 0042651-87.2014.4.02.5101/RJ.

Aponta-se que esses executivos teriam divulgado, em quatro ocasiões, informações excessivamente otimistas acerca de futuros negócios da empresa, já sabendo de sua inviabilidade, com o fim de manipular o mercado. Além disso, divulgadas as informações, alguns deles teriam alienado ações da companhia, garantindo lucros pessoais.

As informações seriam referentes à produção de barris de petróleo em certas plataformas, em que a “estimativa de volume de óleo recuperável” foi dada como certa, não obstante o projeto estar em fase pré-operacional. Contudo, a exploração se revelou economicamente inviável, culminando no pedido de recuperação judicial da companhia.

As decisões em cada esfera, como exposto no Quadro 5, foram divergentes:

Quadro 5 – Caso OGX Petróleo e Gás Participações S.A.

	Comissão de Valores Mobiliários	Justiça Criminal
Acusação	Inciso II, b, da Instrução CVM 08/1979, e art. 153, da Lei 6.404/1976 c/c art. 14 da Instrução CVM 480/2009.	Art. 27-C, da Lei 6.385/1976 (por quatro vezes).
Decisão	Absoluções e Condenações	Condenação
Fundamentos	<p>I. Absoluções das acusações de manipulação de mercado:</p> <p>a. informações de possíveis reservas de petróleo, em fase pré-operacional, constituem fato relevante, podendo ser divulgadas sem a certeza da viabilidade do projeto;</p> <p>b. o fato relevante refletia os riscos e o que era de conhecimento da companhia à época;</p> <p>c. oscilação nos preços das ações não foi além da esperada após a divulgação do fato relevante;</p> <p>d. apesar de comentários otimistas, não ficou demonstrado ardil ou intenção de manipular o mercado.</p> <p>II. Condenações por divulgação de fato relevante com omissão material: revelação tardia e omissão da impossibilidade de exploração.</p>	<p>I. A informação de possíveis reservas de petróleo, ainda que constituísse fato relevante, não foi acompanhada de dados verdadeiros.</p> <p>II. Companhia foi propositadamente omissa na divulgação dos riscos e incertezas das informações.</p> <p>III. Executivos já sabiam da inviabilidade da exploração das áreas, conforme relatórios de auditoria omitidos.</p> <p>IV. Oscilação nos preços das ações foi elevada após a divulgação dos fatos relevantes.</p>

Fonte: autoria própria.

Como visto, o caso revela resultados e interpretações frontalmente opostas entre ambas as esferas acerca da prática de manipulação de mercados por executivos da OGX.

No âmbito do PAS/CVM decidiu-se que não estaria provado um ardil ou intenção, por parte dos executivos, de manipular o mercado, que a divulgação do fato relevante, em momento pré-operacional, era devida e que as provas dos autos *não indicavam* que a companhia já sabia da inviabilidade da exploração das áreas. Já no processo criminal posterior, à luz de um acervo probatório diverso, entendeu-se que os executivos da OGX, antes da divulgação dos fatos relevantes, já haviam sido informados das incertezas na exploração das áreas, de modo que seus comentários “otimistas” e as informações divulgadas foram interpretadas como se buscassem induzir investidores a erro ao omitirem os reais riscos dos negócios.

A sentença não apresentou divergência conceitual quanto aos elementos dos tipos penal e administrativo, mas citou as Instruções CVM 358/2002 e 480/2009 e o art. 157, § 4º, da Lei das S.A. para apontar quais informações deveriam ser divulgadas. Quanto à vinculação entre as esferas, o juízo destacou que a decisão da CVM “não enfrentou/analisa as questões sob o aspecto criminal, que exige conhecimento profundo que vai muito além de um exame sob aspecto de infração administrativa”, ressaltando a independência entre as esferas.

Os fundamentos da decisão administrativa foram atacados pela sentença, em especial a interpretação do Colegiado, de que as informações divulgadas pela companhia seriam apenas “otimistas”, enquanto a magistrada entendeu se tratar de verdadeiro “ardil”²⁰.

Dessa forma, as divergências observadas se referem, especialmente, a *questões fáticas*, diante do diferente acervo probatório que instruiu cada caso, além de diferente interpretação sobre a extensão dos alertas de riscos a serem inseridos nos fatos relevantes divulgados, o que levou a resultados diversos em cada âmbito.

3.4 CASO MUNDIAL

O caso trata de uma acusação de manipulação de mercado e *insider trading* contra alguns agentes autônomos de investimentos, entre eles R. F., e M. C., diretor de relações com investidores da Mundial S.A. Para fins didáticos, cada acusação será, na sequência, discutida em apartado.

3.4.1 Caso Mundial – *insider trading*

A acusação de *insider trading*, no PAS nº RJ2012/11002, voltou-se apenas contra o agente autônomo R. F., enquanto a M. C. foi imputada a violação ao seu dever de sigilo, pois este teria repassado àquele informações privilegiadas da Mundial S.A., para que fossem utilizadas na negociação de valores mobiliários.

Na esfera criminal, por sua vez, tanto R. F. quanto M. C. foram acusados do crime do art. 27-D, da Lei 6.385/1976. O caso foi analisado nos autos nº 5067096-18.2012.4.04.7100/RS, com subsequente apelação perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4).

Os resultados alcançados quanto ao tipo de *insider trading*, após reforma da sentença pelo TRF4, mantiveram-se convergentes, mas sua observação merece destaque (Quadro 6):

²⁰ Assim dispôs a sentença: “Fato que ficou comprovado nos autos, e salta aos olhos é que, no presente caso, não houve o emprego apenas de estimativas ‘otimistas’, como firmou o Colegiado da CVM [...], mas sim ardil, em detrimento do mercado de capitais, que, lamentavelmente, passou ao largo do ilustre Colegiado. O que vem corroborar o convencimento de que os acusados acreditavam na impunidade de suas condutas, que a fiscalização da CVM deixou de diligenciar em fase administrativa”.

Quadro 6 – Caso Mundial S.A. (*insider trading*)

	Comissão de Valores Mobiliários	Justiça Criminal	
		1ª instância	2ª instância
Acusação	Art. 155, § 4º, da Lei 6.404/1976, c.c art. 13, § 1º, da Instrução CVM 358/2002; e art. 155, § 1º, da Lei 6.404/1976, c.c. art. 8º da Instrução CVM 358/2002.	Art. 27-D, da Lei 6.385/1976.	
Decisão	Absolvição	Condenação	Absolvição
Fundamentos	<p><i>Insider trading</i></p> <p>I. Não há provas de que R. F. detinha informações privilegiadas da empresa.</p> <p>II. R. F. especulava deter informações, mas suas previsões não se confirmaram.</p> <p>III. As informações repassadas por M. C. a R. F. não são informações relevantes.</p> <p>IV. As operações de R. F. destoam das vistas em casos de <i>insider trading</i>.</p> <p>Violação do dever de sigilo</p> <p>I. Não comprovado que M. C. repassou a R.F. informações sobre o faturamento e venda de terrenos da Mundial.</p> <p>II. As informações enviadas por M. C. a R. F. são públicas.</p>	<p>I. R. F. e M. C. concorreram para usar informações privilegiadas na negociação de ações da Mundial S.A.</p> <p>II. R. F. demonstrava conhecer informações relevantes ainda não divulgadas.</p> <p>III. M. C. encaminhou a R. F. listas de acionistas e informações sobre vendas de terrenos.</p>	<p>I. Provas são insuficientes para apontar que R. F. detinha informação privilegiada da Mundial S.A.</p> <p>II. As informações enviadas por M. C. a R. F. são genéricas ou de acesso público.</p> <p>III. Não comprovada a proximidade entre M. C. e R. F. para justificar suposto conluio.</p>

Fonte: autoria própria.

As divergências observadas se deram apenas no âmbito do primeiro grau de jurisdição criminal em relação à decisão do Colegiado da CVM, mas revelam pontos interessantes para análise, em especial diante da ordem cronológica das decisões, razão pela qual serão tratadas a seguir.

A sentença penal foi proferida antes da decisão da CVM, de forma que não foram feitas considerações quanto ao decidido no PAS. No entanto, tendo a CVM exercido a prerrogativa do art. 26, § único, da Lei 7.492/1986 e atuado como assistente de acusação, sua influência no processo penal foi considerável, com seguidas menções ao termo de acusação apresentado no PAS e às evidências nele contidas. Além disso, para tratar do elemento “informação relevante”, a sentença fez referência ao art. 2º da Instrução CVM 358/2002, alinhando-se, portanto, ao entendimento na esfera administrativa.

A decisão da CVM, posterior à sentença criminal, apesar de citar o processo penal, não mencionou a fundamentação do juízo para tomar decisão contrária e, assim, absolver os acusados da prática de *insider trading*. Além disso, o Colegiado rejeitou pedido das defesas, de juntada, ao PAS,

de depoimentos colhidos na esfera criminal. Quanto aos conceitos empregados, manteve-se o entendimento consolidado na CVM sobre “informação relevante”, referida no tipo administrativo.

Já os acórdãos proferidos pelo TRF4 em sede de apelação, posteriores à decisão do Colegiado da CVM, no tocante ao *insider trading*, alinharam seu posicionamento ao da autarquia. Os acórdãos: a) citaram os arts. 2º e 8º da Instrução CVM 358/2002 e a decisão da CVM no PAS para tratar dos conceitos de informação relevante e dever de sigilo; b) destacaram a decisão absolutória da CVM; e c) reforçaram a independência entre as esferas penal e administrativa para afastar a tese de ausência de justa causa, ressaltando a relevância probatória do PAS.

Da leitura das decisões, nota-se que as discordâncias, mesmo corrigidas pelo TRF4, motivaram-se por *questões jurídicas*, diante da divergência a respeito do caráter *relevante* das informações repassadas por M. C. a R. F. à luz do tipo penal e da então vigente Instrução CVM 358/2002; e *fáticas*, na interpretação diversa sobre provas contidas em ambas as esferas.

3.4.2 Caso Mundial – manipulação de mercado

Quanto ao ilícito de manipulação de mercado, a acusação apontou que os agentes autônomos implementaram um esquema de *pump and dump* em ações da Mundial S.A. Para tanto, utilizaram sistemas de *high frequency trading* e contas de clientes para adquirir números elevados de ações e, assim, multiplicar o valor de mercado dos papéis, auferindo lucros. O papel de M. C. teria sido disseminar informações positivas em fatos relevantes e garantir a aprovação em assembleia do desdobramento (*split*) das ações, o que permitiu ao grupo negociar um volume ainda mais elevado de ativos.

Na justiça criminal, as imputações foram examinadas em autos apartados, sendo R. F. e M. C. processados nos autos nº 5067096-18.2012.4.04.7100/RS, enquanto os demais agentes autônomos foram julgados nos autos nº 5021321-43.2013.4.04.7100/RS. Já na esfera administrativa, todos os réus foram julgados no PAS/CVM nº RJ2012/11002.

Contudo, quanto à manipulação de mercado, o resultado alcançado foi diverso (Quadro 7):

Quadro 7 – Caso Mundial S.A. (manipulação de mercado)

	Comissão de Valores Mobiliários	Justiça Criminal	
		1ª instância	2ª instância
Acusação	Incisos II, b, da Instrução CVM 08/1979.	Art. 27-C, da Lei 6.385/1976.	
Decisão	Condenação e Absoluções	Condenações e Absolução	Condenações e Absolução
Fundamentos	Condenação de R. F. I. Alto volume de negócios com ações da empresa, para si e para clientes. II. Disseminação de notícias positivas sobre a empresa e incentivo a clientes. III. Elevação artificial dos papéis, de R\$ 0,64 a R\$ 4,73; finda a atuação, caíram para R\$ 0,70.	Condenação de R. F. I. Alto volume de negócios com ações da empresa, para si e para clientes. II. Disseminação de notícias positivas sobre a empresa e incentivo a clientes. III. Orquestrou o <i>split</i> das ações.	Condenação de R. F. I. Remessa ao 1º grau para proposta de suspensão condicional do processo, negada pelo MPF. II. Retorno dos autos ao TRF4 e confirmação da condenação.
	Absolução de M. C. I. Não restou provado que M. C. atuou nos atos de manipulação de R. F. II. Registrou apenas uma operação, de baixo valor. III. Fatos relevantes atenderam ao princípio do <i>full disclosure</i> .	Condenação de M. C. I. Atuou próximo a R.F. para os atos de manipulação. II. Ampliou a exposição midiática da empresa. III. Adquiriu ações da companhia à época.	Absolução de M. C. I. Não há prova de dolo de manipular o mercado. II. <i>Split</i> de ações e exposição midiática já eram planejados. III. Não confirmada a proximidade com R. F. IV. Absolução na CVM.
	Absolução dos demais agentes autônomos I. Volume baixo de negócios com papéis da empresa são indicativos da irrelevância para a cotação. II. Ausência de provas de que concorreram para a manipulação.	Absolução de um e condenação dos demais agentes autônomos I. Comprovação de que concorreram para a manipulação. II. Baixo volume de negócios não afasta a manipulação, pois afetaram a cotação. III. Absolução de P. M. por falta de provas.	Condenação dos demais agentes autônomos I. Mantidas as condenações dos agentes autônomos. II. Reforma da dosimetria da pena: adequação da pena-base com 1/6 de aumento para cada vetor do art. 59, do CP.

Fonte: autoria própria.

Como se observa, foram alcançados resultados divergentes nas condenações de M. C. em primeiro grau – revertida pelo TRF4 – e dos demais agentes autônomos – mantida pelo TRF4 –, todos absolvidos na esfera administrativa.

A sentença condenatória de M. C. e R. F., proferida antes da conclusão do PAS, valeu-se somente do termo de acusação da CVM para analisar possíveis consequências na esfera administrativa, sem mencionar a relação entre as esferas. Quanto aos elementos do tipo penal, o magistrado mencionou que a Instrução CVM 08/1979 “fornece importante subsídio para a interpretação do tipo penal”.

A decisão do Colegiado da CVM, proferida pouco após a sentença penal, apesar de mencioná-la em mais de uma ocasião, não examinou as razões de decidir do juízo criminal ou fez qualquer consideração acerca da relação entre as esferas.

Os acórdãos do TRF4 quanto à manipulação de mercado de M. C.²¹ e de R. F.²², assim como a sentença, destacaram a Instrução CVM 08/1979 como “valioso subsídio interpretativo para a identificação dos elementos do tipo” penal. Ao se alinharem à posição da autarquia, ambos mencionaram provas e o conteúdo da decisão administrativa, primeiro para confirmar a materialidade do delito e, em seguida, para afastar a responsabilidade de M. C. e confirmar a condenação de R. F. Não houve menção à forma de relação entre as esferas penal e administrativa.

Já a sentença penal condenatória dos demais acusados, proferida após a decisão do Colegiado da CVM, também destacou a Instrução CVM 08/1979 ao tratar dos elementos do tipo penal e decidir pela atipicidade das “práticas não equitativas empregadas sem a finalidade de manipulação de preços”. Ao divergir da decisão da CVM, a sentença destacou a independência entre as esferas, além de *individualmente contraditar os fundamentos da decisão administrativa*²³ e sua interpretação do acervo probatório²⁴, destacando os motivos que levaram o magistrado a uma conclusão diversa.

Em segundo grau, o TRF4 deu parcial provimento aos apelos dos acusados, somente para reformar a dosimetria da pena, mas manteve a sentença integralmente no tocante ao mérito. O tribunal não fez considerações sobre a interface entre as esferas penal e administrativa.

Examinados os dados apontados, podem-se atribuir os resultados diversos a dois principais fatores: *a)* no que se refere a *questões fáticas*, houve interpretação diversa das provas do envolvimento de M. C. e dos demais agentes autônomos no esquema de manipulação; e *b)* no que tange a *questões jurídicas*, houve divergência a respeito da caracterização ou não da finalidade típica de “elevar, manter ou baixar a cotação, o preço ou o volume negociado de um valor mobiliário”.

3.5 CASO CORRETORA NOVINVEST

Trata-se de processos administrativo (PAS/CVM nº 30/2005) e criminais movidos contra membros das corretoras Novinvest Corretora de Valores Mobiliários Ltda. (“Novinvest”), Schahin Corretora de Câmbio e Valores Mobiliários S.A. (“Schahin”) e São Paulo Corretora de Valores S.A.

²¹ Trata-se da apelação de autos nº 5067096-18.2012.4.04.7100/RS.

²² Trata-se da apelação de autos nº 5015871-75.2020.4.04.7100/RS.

²³ Assim apontou a sentença: “A despeito da conclusão em sentido diverso alcançada pelos julgadores da CVM, julgo que os elementos trazidos aos autos comprovam de modo suficiente a materialidade do delito de manipulação de mercado, conforme fundamentação acima exposto, à qual me remeto”.

²⁴ *Vide*, como exemplo, a análise na sentença dos argumentos da CVM acerca da acusação contra P. B. C.: “Analisando os elementos de prova carreados a estes autos, estou em discordar das conclusões da autarquia em relação à atuação do acusado e ao ânimo que moveu sua conduta. Com efeito, reputo comprovado que [...] aderiu à conduta de [...] e contribuiu de forma relevante para a manipulação do preço das ações da Mundial S/A”.

(“São Paulo”) pela prática do crime de manipulação de mercado e dos ilícitos de prática não equitativa e operações fraudulentas.

Para fins de contexto legislativo, destaca-se que à época vigia uma Resolução do CMN²⁵ que estabelecia que fundações de previdência privada não poderiam realizar operações *day trade*. Logo, para as fundações, ao final do pregão, restava uma posição fixa de compra ou venda líquida, informada pelos corretores.

Assim, alguns corretores da Schahin, Novinvest e São Paulo teriam passado a oferecer uma espécie de “seguro” aos clientes, em prejuízo de duas fundações de previdência privada. Isso era possível pois, ao final do pregão, havia a “reespecificação” das ordens de compra e venda às fundações sempre que os clientes da corretora enfrentassem prejuízos em operações *day trade*.

Segundo o voto do diretor-relator na CVM, o esquema era assim operado:

- a) os comitentes beneficiários operavam na BM&F (Bovespa futuro) e/ou na Bovespa (opções) no mesmo período e com os mesmos ativos negociados pelas fundações, fechando *day trades* quase sempre lucrativos;
- b) quando as cotações dos ativos subiam e os primeiros negócios executados no dia pela corretora eram de compra, ou quando as cotações caíam e os primeiros negócios eram de venda, o *day trade* era fechado com êxito e nenhum desses negócios era especificado em nome da Fundação Rede Ferroviária Federal (Refer) ou do Zircônio Fundo de Investimento em Ações NUC. Caso o mercado não se comportasse dessa forma, os negócios eram especificados para as fundações. Portanto, só havia ordens de negociação especificadas para as fundações quando a estratégia operacional adotada pelos comitentes beneficiários no início do pregão não lhes era favorável, significando que a revenda (no primeiro caso) ou a recompra (no segundo caso) teria que ser feita com prejuízo, impossibilitando que os *day trades* tivessem sucesso. Tal forma de agir justifica o fato de as fundações não atuarem em determinados pregões;
- c) o sucesso do esquema foi possível porque as especificações dos comitentes finais, na BM&F, eram feitas após o final do pregão ou até o final das “janelas” de especificação, a depender da época da realização do negócio, ou, no caso da Bovespa, com a utilização indiscriminada do código de “cliente 0”;
- d) os comitentes beneficiários paravam de operar ou não mais obtinham ajustes do dia positivos com o mesmo grau de sucesso, quando a Refer ou o Zircônio deixavam de atuar.

Na CVM, foram oferecidas acusações contra os corretores (intermediários), seus clientes

²⁵ Art. 61, II, da Resolução CMN 3.121/2003.

beneficiários (comitentes beneficiários) e alguns gestores das fundações que teriam atuado em conluio com o grupo, imputando-lhes os ilícitos de prática não equitativa e de operação fraudulenta. Já no processo-crime, o MPF ofereceu denúncias pelo crime de manipulação de mercado, divididas conforme as corretoras.

Em relação à corretora Novinvest, as decisões em cada esfera alcançaram resultados opostos (Quadro 8):

Quadro 8 – Caso Corretora Novinvest

	Comissão de Valores Mobiliários	Justiça Criminal	
		1ª instância	2ª instância
Acusação	Inciso II, c e d, da Instrução CVM 08/1979.	Art. 27-C, da Lei 6.385/1976.	
Decisão	Absolvições e Condenações	Absolvição	Absolvição
Fundamentos	<p>I. Estão preenchidos os requisitos do ilícito de operações fraudulentas:</p> <p>a. processamento regular das ordens era fraudado com a reespecificação entre comitentes (“ardil ou artifício”);</p> <p>b. direcionamento de negócios em detrimento das fundações (“induzir ou manter terceiros em erro”);</p> <p>c. favorecimento dos clientes das corretoras (“finalidade de se obter vantagem ilícita”).</p> <p>II. Reespecificação das ordens favoreceu os clientes beneficiários, constituindo prática não equitativa.</p> <p>III. Resultados para pessoas físicas: (i) 12 condenações por prática não equitativa; (ii) oito condenações por operações fraudulentas; (iii) 11 absolvições.</p>	<p>I. Acusação apenas reproduziu as provas apresentadas no PAS.</p> <p>II. Ausência de provas suficientes da reespecificação das ordens em detrimento das fundações.</p> <p>III. Inexistência de provas de que houve lucros a terceiros ou prejuízo aos fundos.</p>	<p>I. Mantida a sentença absolutória.</p> <p>II. Em relação aos réus absolvidos na CVM, não foram produzidas novas provas em relação ao PAS, para sustentar a condenação.</p> <p>III. Provas produzidas pela CVM não foram corroboradas na esfera criminal.</p>

Fonte: autoria própria.

Como se vê no Quadro 8, na justiça criminal todos os acusados foram absolvidos. Ao divergir da decisão da CVM, a sentença não expôs os fundamentos ou razões de decidir da autarquia, mas apontou a insuficiência de provas para a condenação criminal, a independência entre as esferas penal e administrativa e a insuficiência do PAS como base exclusiva para a condenação.

Após apelação do MPF, o TRF2 manteve a decisão absolutória, entendendo pela ausência de provas suficientes para a condenação. Para os réus já absolvidos pela CVM, o acórdão destacou

que não foram produzidas novas provas para sustentar a condenação. Já no caso dos réus condenados administrativamente, o tribunal entendeu que as conclusões da autarquia não foram corroboradas por provas produzidas no processo criminal, ressaltando a independência das instâncias penal e administrativa.

As divergências verificadas no presente caso, como se vê, deram-se por elementos probatórios – o que permite enquadrá-las como *questões fácticas*. Em síntese, enquanto o Colegiado da CVM entendeu estarem suficientemente provados os elementos que caracterizam os ilícitos administrativos de operações fraudulentas e práticas não equitativas, a justiça criminal concluiu pela ausência de provas suficientes da existência de um esquema fraudulento²⁶.

3.6 CASO BRASIL ECODIESEL

O caso trata de acusações de *insider trading* oferecidas nas esferas administrativa e criminal contra um conselheiro da Brasil Ecodiesel S.A. que, em posse de informação privilegiada sobre uma futura fusão entre a empresa e a Maeda S.A. Agroindustrial (“Maeda”), teria negociado valores mobiliários.

Segundo a acusação, em 30/09/2010, em reunião do Conselho da Brasil Ecodiesel S.A. para a contratação de um novo diretor presidente, o candidato cotado sugeriu a fusão com a Maeda. Pouco após, em 01/10/2010, a Revista Exame publicou uma entrevista com o conselheiro “S. T.” da Brasil Ecodiesel, na qual ele confirmou a escolha do novo diretor presidente e nutriu rumores da possível fusão com a Maeda.

Em 20/10/2010, o conselheiro “M. C.”, também presente na reunião, negociou, em nome de seu filho, ações da Brasil Ecodiesel no valor de R\$ 2.075.472,00. Contudo, a informação sobre a fusão ainda estava pendente de divulgação oficial: apenas em 25/10/2010 a Brasil Ecodiesel emitiu um comunicado para informar do início das negociações e, em 07/12/2010, divulgou fato relevante sobre a aprovação da operação.

Tanto na esfera administrativa quanto na criminal, M. C. foi acusado pela prática de *insider trading*. Os resultados, contudo, foram diversos em cada esfera:

²⁶ Destaca-se que a comparação entre os casos restou prejudicada quanto a alguns dos acusados: a) cinco acusados no âmbito do PAS não foram denunciados pelo MPF nas ações penais subsequentes – dois dos quais foram condenados na esfera administrativa; b) dois acusados no PAS celebraram acordos de suspensão condicional do processo na justiça criminal; e c) um acusado no PAS faleceu antes da conclusão do processo-crime.

Quadro 9 – Caso Brasil Ecodiesel

	Comissão de Valores Mobiliários	Justiça Criminal	
		1ª instância	2ª instância
Acusação	Art. 155, § 1º, da LSA e art. 13, da Instrução CVM 358/2002.	Art. 27-D, da Lei 6.385/1976.	
Decisão	Condenação	Absolvição	Absolvição
Fundamentos	I. Divulgação da informação ocorreu em 25/10/2010. II. M. C. negociou em nome do filho. III. Companhia declarou que informou os conselheiros sobre a fusão, antes do fato relevante. IV. Foi a única negociação de ações por M. C. no ano, nas vésperas do fato relevante, em valores expressivos.	I. Divulgação da informação ocorreu em 01/10/2010. II. Publicização da informação era desconhecida pelos gestores da Brasil Ecodiesel. III. Não restou provado que M. C. detinha informações mais amplas da operação. IV. Ser conselheiro não gera a presunção de conhecer a negociação.	I. Manteve, por maioria, a decisão de primeiro grau. II. A publicação de 01/10/2010 era “bastante enfática” quanto à operação.

Fonte: autoria própria.

Como se observa no quadro acima, o Colegiado da CVM decidiu que a divulgação da informação, com seu conhecimento generalizado, deu-se somente com o comunicado ao mercado; portanto, posteriormente às operações realizadas por M. C., o que enquadraria sua conduta no ilícito de *insider trading*. Além disso, o Colegiado condenou o conselheiro S. T. por violação ao dever de sigilo previsto no art. 155, § 1º, da LSA e no art. 8º da Instrução CVM 358/2002.

O juízo criminal, por outro lado, entendeu que a informação sobre a fusão já havia sido divulgada quando realizada a entrevista do conselheiro S. T. pela Revista Exame, de modo que, quando realizadas as operações por M. C., a informação relevante já seria de domínio público, afastando o crime de *insider trading*. Apesar de citar o PAS, a sentença não mencionou seus fundamentos, não tratou da interface entre as esferas penal e administrativa e não se valeu da regulação do mercado para interpretar elementos do tipo penal – mas sem divergir sobre os conceitos empregados.

O entendimento foi mantido pelo TRF3, que confirmou que a informação já era de conhecimento público no momento das operações. O acórdão do TRF3, por sua vez, destacou o conteúdo da decisão da CVM, mas ressaltou que seria mais adequado à esfera penal “considerar que a informação a ser levada em conta era aquela que foi divulgada pela revista”, confirmada meses depois sem maiores modificações.

Portanto, a divergência nas decisões do Colegiado da CVM e no Judiciário se deu na interpretação de *questões fácticas* – mais especificamente, sobre o momento que a informação relevante se tornou pública – para qualificar o elemento “*ainda não divulgada ao mercado*”, presente

tanto no tipo administrativo quanto no penal.

3.7 CASO BRASIL BROKERS

O caso trata de acusações formuladas na CVM (PAS nº RJ2015/13651) e na Justiça Federal do Rio de Janeiro (autos nº 5016494-50.2018.4.02.5101/RJ) contra acionistas controladores da Brasil Brokers, A. S. F e L. S, pela prática de *insider trading* em razão da negociação de ações de emissão da companhia em dias anteriores à divulgação de informações financeiras trimestrais (ITRs). Os controladores teriam recebido prévias dos resultados que seriam incluídas nas ITRs, tendo vendido ações nos dias subsequentes à obtenção das informações.

A. S. F. não auferiu lucro com as vendas, as quais resultariam em um saldo negativo de R\$ 2.336,00 caso as tivesse vendido após a divulgação da ITR. L. S., por sua vez, evitou um prejuízo de R\$ 1.480,00 com a operação.

Nas esferas administrativa e criminal, os processos tiveram resultados divergentes (Quadro 10):

Quadro 10 – Caso Brasil Brokers

	Comissão de Valores Mobiliários	Justiça Criminal
Acusação	Art. 155, § 4º, da Lei 6.404/1976, c/c art. 13, § 4º, da Instrução CVM 358/2002.	Art. 27-D, da Lei 6.385/1976.
Decisão	Condenações	Absolvição
Fundamentos	<p>I. Os acusados praticaram ilícito de <i>insider trading</i> ao venderem ações anteriormente à divulgação das ITRs.</p> <p>II. A informação detida pelos acusados era relevante, pois:</p> <p>a. independia do formato em que era apresentada (relatórios prévios ou definitivos);</p> <p>b. continha as principais métricas financeiras da companhia.</p> <p>III. Quanto às informações recebidas nos 15 dias anteriores à divulgação de demonstrações financeiras, o art. 13, § 4º, da Instrução CVM 358/2002 estabelece presunção relativa de uso das informações para as negociações realizadas no período.</p> <p>IV. O ilícito de <i>insider trading</i> é material e independe da obtenção de lucros.</p> <p>V. Não havia hábito de negociações dos acusados que justificasse as operações.</p>	<p>I. Inexistência de provas de que as informações recebidas seriam “relevantes”.</p> <p>II. Informações prévias não eram “exatamente” as mesmas divulgadas.</p> <p>III. Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) teria entendido que as informações não demonstravam “nenhuma quebra de tendência” para impactar o valor das ações.</p> <p>IV. Inexistência de prova de dolo dos agentes, de obter vantagem indevida decorrente das operações.</p> <p>V. Decisão administrativa foi baseada em provas indiciárias e na presunção relativa do art. 13, § 4º, da Instrução CVM 358/2002, inaplicável na esfera penal.</p>

Fonte: autoria própria.

O quadro acima revela que a CVM entendeu que a informação detida pelos controladores previamente à divulgação seria relevante, pois continha as principais métricas financeiras da empresa

e coincidia com as divulgadas posteriormente. Já o juízo criminal, à luz do conceito de “informação relevante” da Instrução CVM 358/2002, rebateu o entendimento da autarquia ao apontar que não havia exata correspondência entre a ITR e as informações prévias ou prova de que as informações poderiam influenciar na cotação das ações, não sendo, portanto, “relevantes”.

Ademais, para as operações ocorridas nos 15 dias anteriores à divulgação da ITR (“*blackout period*”), enquanto a CVM se valeu da presunção relativa do art. 13, § 4º, da Instrução CVM 358/2002, o juízo criminal, em alusão à decisão administrativa, destacou a necessidade de provas inequívocas de dolo para fim de uma condenação criminal, não sendo possível se valer dessa presunção.

Portanto, as divergências entre as decisões da CVM e da justiça criminal teriam sido motivadas principalmente por *questões jurídicas*, decorrentes de interpretações diversas sobre a qualificação da informação detida pelos acusados como relevante para fins da antiga Instrução CVM 358/2002, e *fáticas*, derivadas da inexistência de provas suficientes de dolo dos acusados para resultar em uma condenação criminal.

3.8 ACESSORIEDADE E (DES)VINCULAÇÃO ENTRE AS ESFERAS

Como exposto, nesta pesquisa foram selecionados somente casos em que houve divergência entre as decisões administrativa e penal. Quando examinadas as razões da divergência, verifica-se que na maior parte dos casos em que houve dissenso entre as esferas, ele se deu em relação a questões fáticas. Também houve discordância em relação a alguns aspectos de interpretação jurídica, mas nenhuma discrepância se situou no âmbito técnico. O Quadro 11 relaciona e sumariza as divergências nos casos analisados:

Quadro 11 – Divergências sobre questões fáticas, jurídicas ou técnicas em cada caso

Caso	Tipo penal (Lei 6.385/1976)	Divergência
OSX	Arts. 27-C e 27-D	Jurídica
OGX Petróleo	Art. 27-C	Fática
Mundial ²⁷	Art. 27-C	Fática e jurídica
Corretora Novinvest	Art. 27-C	Fática
Brasil Ecodiesel	Art. 27-D	Fática
Brasil Brokers	Art. 27-D	Fática e jurídica

Fonte: autoria própria.

A primeira pergunta que este artigo se propôs a responder focou a relação entre as instâncias penal e administrativa sob o aspecto material, questionando se divergências constatadas entre as

²⁷ Referente ao processo-crime de autos nº 5021321-43.2013.4.04.7100/RS.

decisões proferidas em cada esfera permitem afirmar a existência de acessoriedade dos tipos penais ao direito do mercado de capitais.

A resposta a essa pergunta é afirmativa: há um reconhecimento, por parte dos magistrados criminais, da necessidade de compreensão dos institutos do mercado de capitais para a delimitação do alcance dos tipos penais. Todas as sentenças examinadas sustentaram que certos elementos dos tipos penais são formados a partir de conceitos do direito societário e do mercado de capitais ou de atos administrativos de caráter normativo emanados da CVM.

A segunda pergunta formulada nesta pesquisa envolve questão mais polêmica e diz respeito ao aspecto processual. Questiona-se se as decisões proferidas na esfera administrativa são mencionadas e, em caso positivo, se são levadas em conta na via penal – e vice-versa. O Quadro 12 ilustra o exame ou não, pela esfera penal, dos fundamentos da esfera administrativa:

Quadro 12 – Modo de interface entre as esferas nas decisões analisadas

Caso	Vinculação entre as esferas	Divergência conceitual	Fundamentação em relação à decisão da CVM
OSX	Não	Não	Não
OGX Petróleo	Sim	Não	Sim
Mundial ²⁸	Sim	Não	Sim
Corretora Novinvest	Sim	Não	Não
Brasil Ecodiesel	Não	Não	Não
Brasil Brokers	Sim	Não	Sim

Fonte: autoria própria.

A conclusão a que se chega é a de que não existe um reconhecimento claro da necessidade de diálogo entre os órgãos decisórios. Embora alguns louváveis precedentes – notadamente na esfera penal – tenham, ao adotar entendimento divergente daquele acolhido na CVM, fundamentado as razões da divergência, em outros casos não houve, sob o escudo do dogma da independência das instâncias²⁹, qualquer confronto racional dos argumentos que sustentaram a decisão administrativa.

4 CONCLUSÃO

A remissão, expressa ou implícita, no tipo penal a institutos de outros ramos jurídicos, chamada *acessoriedade* do direito penal (Tiedemann, 2010, p. 1), impõe ao julgador penal o

²⁸ Referente ao processo-crime de autos nº 5021321-43.2013.4.04.7100/RS.

²⁹ O uso indiscriminado do argumento da independência das instâncias, sem o esclarecimento sobre seu significado, pode levar à concepção da independência como a “indiferença”, o que “funciona como um bloqueio à reflexão jurídica sobre *como* diferentes programas jurídicos sancionatórios devem interagir e se relacionar quando incidentes sobre um mesmo fato” (Machado, 2019, p. 286).

conhecimento, a interpretação e a correta aplicação desses institutos. Não existem conceitos especificamente penais desses institutos, distintos do significado que possuem em seu ramo de origem. A análise dos casos examinados demonstra o reconhecimento dessa univocidade conceitual por parte dos juízes criminais.

Não obstante, constata-se a existência de um preocupante grau de desconsideração dos fundamentos e conclusões das decisões administrativas pelos juízes criminais, amparados no dogma da independência das instâncias.

Não parece haver divergência na doutrina quanto à necessidade, imposta pela exigência de coerência sistemática do ordenamento jurídico, de que a esfera penal tenha seriamente em consideração a decisão tomada pela CVM. Há dissenso apenas quanto ao grau de vinculação do Poder Judiciário a essa conclusão, se absoluto ou relativo.

Para certa corrente, representada, entre outros, por Renato de Mello Jorge Silveira (2019), a decisão administrativa é absolutamente vinculante para a esfera penal, à luz do princípio da subsidiariedade. Argumenta o professor de direito penal da USP que, se a conduta sequer foi considerada um ilícito administrativo, não poderia caracterizar o tipo penal que toma tal ilicitude extrapenal como seu necessário pressuposto. Nas suas palavras, tratando justamente dos crimes contra o mercado de capitais, “uma consideração negativa em âmbito administrativo simplesmente desmerece a resposta penal” (Silveira, 2019, p. 262).

Para uma segunda corrente, a que aqui se entende ser a mais acertada, a decisão administrativa seria relativamente vinculante. Nesse sentido, a acusação e o juízo criminal até podem divergir do entendimento da CVM. Ainda assim, nessa hipótese, a acusação teria um especial ônus argumentativo de demonstrar – e comprovar – o equívoco da posição adotada pela autarquia. Os fundamentos da decisão administrativa, nesse sentido, “devem ser detalhadamente enfrentados pelo juiz criminal, sobre quem recairá um ônus adicional na fundamentação da comprovação do injusto. Caberá notadamente ao MPF demonstrar razões especialmente relevantes para afastar o entendimento adotado no âmbito administrativo” (Cavali, 2018, p. 358).

Considerando-se que, à luz da acessoriedade que lhes caracteriza, os tipos penais do mercado de capitais, invariavelmente, pressupõem uma infração administrativa, viola a coerência sistêmica e atenta contra o direito fundamental à segurança jurídica que uma mesma conduta possa, por um lado, nem sequer ser imputada, ou ser considerada atípica, na esfera administrativa e, por outro lado, ser tida por penalmente típica por um juiz criminal – sem que, no mínimo, o magistrado se desincumba do ônus argumentativo de fundamentar o dissenso. Uma decisão que deixe de enfrentar tais argumentos será nula, por deficiência de fundamentação (art. 315, § 2º, IV, CPP).

Em especial retomando os casos OSX, OGX e Mundial, nos quais houve a absolvição/não imputação no âmbito administrativo e condenação na esfera penal, caberia ao Poder Judiciário um diálogo profundo e transparente com a decisão administrativa, a fim de justificar de modo convincente a razão da divergência. Por outro lado, em casos de absolvição na esfera criminal, como da Novinvest e da Brasil Ecodiesel, os fundamentos da decisão administrativa não foram tratados por completo nas sentenças.

No que diz respeito especificamente às divergências acerca da comprovação ou não das condutas ilícitas (*questões fáticas*), é preciso se pensar em mecanismo que proteja a coerência e a integridade do sistema punitivo. Na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, para que sejam admissíveis procedimentos paralelos nas esferas administrativa e penal em relação ao mesmo fato, é necessário que sejam conduzidos “[...] de maneira a evitar, tanto quanto possível, qualquer duplicação na coleta e na avaliação da prova, notadamente por meio de interação adequada entre as várias autoridades competentes, para garantir que a conclusão sobre os fatos em um âmbito procedimental seja replicada no outro” (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 2016, tradução nossa). Também essa deve ser uma exigência sistêmica: não é (mais) admissível que os mesmos fatos se considerem provados em uma instância e não provados em outra.

Em conclusão, é preciso que haja diálogo efetivo, transparente e honesto entre as esferas penal e administrativa. O dogma da independência das instâncias, ao menos na forma absoluta em que era concebido, está morto. Mas é preciso sepultar o defunto.

REFERÊNCIAS

BORBA, Thiago Cochenski. **Impactos regulatórios nos crimes contra o mercado de capitais:** acessoriedade administrativa e seus reflexos processuais. Relatório de pesquisa. Programa de Iniciação Científica da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – São Paulo (FGV DIREITO SP). São Paulo, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/w4u6j2mv>. Acesso em: 20 fev. 2025.

BRASIL. 3ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ. Sentença. **Autos nº 0042650-05.2014.4.02.5101**. Julgado em 24/09/2019c.

BRASIL. 3ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ. Sentença. **Autos nº 0042651-87.2014.4.02.5101**. Julgado em 09/06/2020a.

BRASIL. 5ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ. Sentença. **Autos nº 5016494-50.2018.4.02.5101**. Julgado em 30/09/2022b.

BRASIL. 7ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Porto Alegre/RS. Sentença. **Autos nº 5067096-18.2012.4.04.7100**. Julgado em 07/11/2016d.

BRASIL. 7ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Porto Alegre/RS. Sentença. **Autos nº 5021321-43.2013.4.04.7100**. Julgado em 13/09/2018b.

BRASIL. 7ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ. Sentença. **Autos nº 0503567-85.2015.4.02.5101**. Julgado em 05/02/2019a.

BRASIL. 7ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ. Sentença. **Autos nº 0023050-95.2014.4.02.5101**. Julgado em 02/09/2016a.

BRASIL. 7ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ. Sentença. **Autos nº 0042662-19.2014.4.02.5101**. Julgado em 21/10/2016c.

BRASIL. 7ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ. Sentença. **Autos nº 0023129-74.2014.4.02.5101**. Julgado em 20/10/2016b.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução 3.121, do Conselho Monetário Nacional, de 25 de setembro de 2003**. Disponível em: <https://tinyurl.com/8n8th848>. Acesso em: 12 dez. 2025.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução 39, do Conselho Monetário Nacional, de 20 de outubro de 1966**. Disponível em: <https://tinyurl.com/vwez5zsf>. Acesso em: 12 dez. 2025.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Instrução Normativa 08, de 8 de outubro de 1979a**. Disponível em: <https://tinyurl.com/4ufem49z>. Acesso em: 12 dez. 2025.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Nota Explicativa 14, de 8 de outubro de 1979b**. Disponível em: <https://tinyurl.com/36eud7w3>. Acesso em: 12 dez. 2025.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Processo Administrativo Sancionador nº 30/2005**. Diretor Relator: Roberto Tadeu Antunes Fernandes. Julgado em 11/12/2012.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Processo Administrativo Sancionador nº 09/2012**. Diretora Relatora: Ana Dolores de Novaes. Julgado em 25/11/2014.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Processo Administrativo Sancionador nº RJ2012/11002**. Diretor Relator: Roberto Fernandes. Julgado em 08/12/2016e.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Processo Administrativo Sancionador nº RJ2013/13172**. Diretor Relator: Henrique Moreira. Julgado em 13/07/2017b.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Processo Administrativo Sancionador nº RJ2015/13651**. Diretor Relator: Gustavo Gonzalez. Julgado em 19/06/2018a.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Processo Administrativo Sancionador nº RJ2014/6517**. Diretor Relator: Henrique Moreira. Julgado em 25/06/2019b.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Resolução 62, de 19 de janeiro de 2022a**. Disponível em: <https://tinyurl.com/4fwz6fwa>. Acesso em: 12 dez. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://tinyurl.com/y6at5nvu>. Acesso em: 12 dez. 2025.

BRASIL. **Lei 13.506, de 13 de novembro de 2017a**. Dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários; [...]. Disponível em: <https://tinyurl.com/399vuuv6>. Acesso em: 12 dez. 2025.

BRASIL. **Lei 4.728, de 14 de julho de 1965**. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Disponível em: <https://tinyurl.com/ydebfjsc>. Acesso em: 12 dez. 2025.

BRASIL. **Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976a**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <https://tinyurl.com/fd6x7fpt>. Acesso em: 12 dez. 2025.

BRASIL. **Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976b**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <https://tinyurl.com/2amvyhcc>. Acesso em: 12 dez. 2025.

BRASIL. **Lei 7.492, de 16 de junho de 1986**. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <https://tinyurl.com/3drjvcym>. Acesso em: 12 dez. 2025.

BRASIL. **Lei 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: <https://tinyurl.com/9xa6aesm>. Acesso em: 12 dez. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 21708/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2000, DJ 18/05/2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 41557**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 09/03/2021a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1169564/SP**. Relator(a): Min. Nunes Marques, Segunda Turma, julgado em 24/02/2021, DJe 01/03/2021b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1272316 ED-AgR**. Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 21/12/2020, DJe 10/02/2021c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 50886/SP**. Relator(a): Min. Luiz Gallotti, Primeira Turma, julgado em 29/08/1963, DJ 10/10/1963.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Apelação Criminal nº 0100946-55.2018.4.02.0000/RJ**. Julgado em 21/04/2021e.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal nº 5015871-75.2020.4.04.7100/RS**. Julgado em 21/10/2020b.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal nº 5067096-18.2012.4.04.7100/RS**. Julgado em 18/12/2020c.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal nº 5021321-43.2013.4.04.7100/RS**. Julgado em 02/06/2021d.

CAVALI, Marcelo. **Manipulação do mercado de capitais**: fundamentos e limites da repressão penal e administrativa. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental**: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194, jan./fev. 2006.

HEINE, Günter. Acessoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 46, n. 1, p. 289-315, jan./abr. 1993.

LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 120-162, 2010.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. O objeto de tutela penal no delito de insider trading. Uma análise crítica a partir da dogmática penal contemporânea. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 19, n. 90, p. 137-161, 2011.

MACHADO, Maíra Rocha. Independência como indiferença: ne bis in idem e múltipla incidência sancionatória em casos de corrupção. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 55, p. 257-295, jul.-dez. 2019.

NAVES, José Paulo Micheletto. **Tipicidade, assessoriedade administrativa e erro no direito penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

PRADO, Viviane Muller; CAVALI, Marcelo; RACHMAN, Nora; VILELA, Renato. **Insider trading**: normas, instituições e mecanismos de combate no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Araes Editores, 2020.

PROENÇA, José Marcelo. **Insider trading**: regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SANTOS, Alexandre P. dos; OSÓRIO, Fábio M.; WELLISCH, Julya Sotto Mayor. **Mercado de capitais**: regime sancionador. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Nahama Gomes dos. Duas décadas de atuação do Ministério Público Federal em crimes contra o mercado de capitais: lacunas, prioridades e perspectivas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, e1210, set./dez. 2025. Disponível em: <https://tinyurl.com/yjjpnne3>. Acesso em: 12 nov. 2025.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Crimes conta o mercado de capitais. In: SOUZA, Luciano Anderson de; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coord.). **Direito penal econômico**: leis penais especiais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. v. 1.

TIEDEMANN, Klaus. **Wirtschafts-strafrecht**: Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten. 3. ed. Hürth: Carl Heymanns Verlag, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Garlsson Real Estate SA and Others v Commissione Nazionale per le Società e la Borsa**. 20/03/2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/ytd59re2>. Acesso em: 20 fev. 2025.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Affaire Grande Stevens et autres c. Italie (Requêtes nos 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10)**. 04/03/2014. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdz9nunx>. Acesso em: 20 fev. 2025.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Case of A and B v. Norway (Applications nos. 24130/11 and 29758/11)**. Julgado em 15/11/2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/338kv53u>. Acesso em: 20 fev. 2025.

VELLUDO SALVADOR NETTO, Alamiro; VILLA MELLO, Juliana; BERTOLINO, José Rodolfo Juliano. O crime de insider trading e a nova resolução CVM 44/2021. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 30, n. 354, p. 4-6, maio 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/4sx35dp8>. Acesso em: 13 nov. 2025.



RISCO AMBIENTAL E RESPONSABILIDADE OBJETIVA NA BACIA DE SANTOS: DESAFIOS JURÍDICOS ANTE A EXPLORAÇÃO PETROLÍFERA EM ÁREAS ECOLÓGICAMENTE SENSÍVEIS

ENVIRONMENTAL RISK AND STRICT LIABILITY IN THE SANTOS BASIN: LEGAL CHALLENGES IN OIL EXPLORATION IN ECOLOGICALLY SENSITIVE AREAS

Submissão: 19 jun. 2025

Aprovação para publicação: 15 nov. 2025

Valdenio Mendes de Souza

Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável

Afiliação institucional: Centro Universitário Dom Helder (Belo Horizonte, MG, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-4616-9225>

Lattes iD: <https://lattes.cnpq.br/9958499224174603>

Email: valdeniomendes@gmail.com

Aretusa Fraga Costa

Mestra em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável

Afiliação institucional: Centro Universitário Dom Helder (Belo Horizonte, MG, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-6831-7426>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/1741657862511716>

Email: aretusa.costa@educacao.mg.gov.br

Elcio Nacur Rezende

Doutor em Direito

Afiliação institucional: Centro Universitário Dom Helder (Belo Horizonte, MG, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2369-8945>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/7242229058954148>

Email: elcionrezende@yahoo.com.br

Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):

SOUZA, Valdenio Mendes de; COSTA, Aretusa Fraga; REZENDE, Elcio Nacur. Risco ambiental e responsabilidade objetiva na Bacia de Santos: desafios jurídicos ante a exploração petrolífera em áreas ecologicamente sensíveis. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 70, n. 3, p. 91-110, set./dez. 2025. ISSN 2236-7284. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i3.100148>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/100148>. Acesso em: 31 dez. 2025.

RESUMO

Nesta pesquisa é analisada a eficácia do sistema jurídico da responsabilidade civil objetiva aplicado à exploração petrolífera na Bacia de Santos, considerando os efeitos ambientais associados à atividade e as fragilidades normativas e institucionais que comprometem a salvaguarda de áreas ecologicamente sensíveis. O estudo tem como objetivo analisar a capacidade do sistema jurídico atual em prevenir e reparar danos ambientais resultantes de operações em mar aberto, identificando limites técnicos, processuais e estruturais na responsabilização dos agentes econômicos. A metodologia utilizada é qualitativa, com levantamento documental e análise normativa, fundamentada no método dedutivo e com dados empíricos sobre episódios de contaminação, vazamentos e degradação do meio ambiente na região. A investigação parte do princípio constitucional de que a responsabilidade objetiva ambiental, embora prevista em lei, revela-se ineficaz ante a multiplicidade de danos coletivos, a morosidade processual e a deficiência das estruturas de fiscalização. O estudo propõe, com base nos achados, o aperfeiçoamento das sanções civis, a ampliação da atuação administrativa e o fortalecimento da governança ambiental por meio de mecanismos de regulação técnica, uso de tecnologias de monitoramento, fiscalização e instrumentos de prevenção obrigatória. A pesquisa conclui que o modelo jurídico vigente, ainda que formalmente avançado, precisa ser reformulado em seus mecanismos de efetivação, para alcançar resultados concretos na tutela do meio ambiente marinho. A responsabilização civil, nesse contexto, deve integrar uma política jurídica mais ampla, preventiva e comprometida com a justiça ambiental, e os direitos difusos em sua plenitude.

PALAVRAS-CHAVE

Bacia de Santos. Direito ambiental. Exploração petrolífera. Responsabilidade objetiva. Risco ecológico.

ABSTRACT

This study analyzes the effectiveness of the legal regime of environmental strict liability as applied to oil exploration in the Santos Basin, considering the environmental impacts associated with such activity and the normative and institutional weaknesses that compromise the protection of ecologically sensitive areas. The objective of the research is to assess the capacity of the current legal system to prevent and remedy environmental damage resulting from offshore operations, identifying technical, procedural, and structural limitations in holding economic agents accountable. The methodology is qualitative and is based on documentary research and normative analysis, grounded in the deductive method and supported by empirical data on episodes of contamination, oil spills, and environmental degradation in the region. The investigation departs from the constitutional principle that environmental strict liability, although formally established in law, has proven ineffective in the face of the multiplicity of collective harms, procedural delays, and deficiencies in enforcement and oversight structures. Based on its findings, the study proposes the strengthening of civil sanctions, the expansion of administrative action, and the enhancement of environmental governance through technical regulation mechanisms, the use of monitoring technologies, inspection practices, and mandatory preventive instruments. The research concludes that the current legal model, while formally advanced, requires a reconfiguration of its enforcement mechanisms in order to achieve concrete results in the protection of the marine environment. In this context, civil liability should be integrated into a broader, preventive legal policy committed to environmental justice and to the full protection of diffuse rights.

KEYWORDS

Santos Basin. Environmental law. Oil exploration. Strict liability. Ecological risk.

INTRODUÇÃO

A crescente expansão das atividades petrolíferas no litoral brasileiro tem imposto novos desafios ao direito ambiental, sobretudo diante das implicações jurídicas e ecológicas da exploração em áreas ecologicamente sensíveis. Nesse contexto, a Bacia de Santos, localizada na Região Sudeste do Brasil, figura como um dos principais polos de extração de petróleo em águas profundas, exigindo um olhar crítico sobre os impactos socioambientais produzidos.

O presente artigo tem como foco o risco ambiental decorrente dessa atividade econômica e a aplicação da responsabilidade civil objetiva como instrumento de tutela jurídica do meio ambiente. A delimitação da pesquisa busca aprofundar a análise da eficácia normativa ante os danos irreversíveis causados por incidentes de grandes proporções.

A partir desse recorte, impõe-se o seguinte questionamento central: — Até que ponto o sistema jurídico constituído, sob a perspectiva da responsabilidade objetiva, é eficaz na prevenção e reparação dos danos ambientais decorrentes da exploração petrolífera na Bacia de Santos, especialmente diante das fragilidades normativas e institucionais na proteção de áreas sensíveis?

Nessa perspectiva, o presente estudo tem como objetivo analisar a capacidade do sistema jurídico atual de prevenir e reparar danos ambientais resultantes de operações em mar aberto, identificando limites técnicos, processuais e estruturais na responsabilização dos agentes econômicos.

A relevância do estudo consiste no fato de que as práticas exploratórias vigentes têm intensificado os riscos ambientais, enquanto os mecanismos de controle, fiscalização e responsabilização demonstram, de forma concreta, limites de atuação. A escolha da Bacia de Santos como objeto de estudo justifica-se pela sua importância estratégica e pelas ameaças que se impõem à biodiversidade marinha, às populações costeiras e aos ecossistemas frágeis do entorno.

Além disso, destaca-se a importância do contexto histórico e jurídico do tema, tendo em vista que a Constituição brasileira consagra, por meio de princípios jurídicos, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental de terceira geração. A proteção ambiental, nesse sentido, ultrapassa a esfera normativa e assume um caráter intergeracional, exigindo a efetividade dos princípios da prevenção, da precaução e do poluidor-pagador.

Essa questão repercute em comunidades pesqueiras, reservas extrativistas e zonas de amortecimento, exigindo compromisso com a justiça socioambiental. No campo acadêmico, a análise crítica da aplicação da responsabilidade civil objetiva em contextos altamente tecnificados representa um avanço para o amadurecimento doutrinário sobre a temática. Quanto a isso, cumpre observar que as pesquisas recentes têm priorizado a análise normativa e jurisprudencial da responsabilidade civil

ambiental, mas ainda há lacunas significativas quanto à efetividade prática da reparação integral e a interdisciplinaridade da questão, envolvendo aspectos jurídicos, técnicos e ecológicos. Desse modo, impõe-se um aprofundamento metodológico rigoroso que dialoga com as categorias dogmáticas do direito ambiental.

A pesquisa é qualitativa, de natureza exploratória e analítica, fundamentada no método dedutivo, uma vez que parte de princípios jurídicos gerais, como o dever constitucional de proteção ambiental e o regime da responsabilidade civil objetiva, para examinar casos e dados empíricos específicos da Bacia de Santos, buscando verificar a coerência entre o modelo normativo e sua aplicação prática.

Complementarmente, utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica e levantamento documental, com análise normativa de documentos legais e regulamentares (como a Constituição Federal de 1988, a Lei nº 6.938/1981, o Decreto nº 6.514/2008 e a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)), bem como de decisões judiciais e relatórios técnicos emitidos por órgãos ambientais nacionais.

A delimitação temporal compreende o período entre 2018 e 2025, correspondente à intensificação das operações petrolíferas no pré-sal e ao aumento dos incidentes ambientais registrados na região. A delimitação espacial circunscreve-se à Bacia de Santos, abrangendo os litorais dos estados do Rio de Janeiro, de São Paulo, do Paraná e de Santa Catarina.

O referencial teórico trata dos fundamentos jurídicos da responsabilidade civil ambiental no Brasil, analisa os riscos ecológicos concretos da exploração de petróleo na Bacia de Santos e examina as dificuldades jurídicas relativas ao nexo causal e à efetivação da responsabilização civil. Por fim, propõe ajustes normativos e mecanismos de reforço institucional voltados à proteção ambiental efetiva nesse contexto. Cada parte busca aprofundar, de maneira crítica, os elementos fundamentais para a compreensão do objeto proposto.

Com isso, pretende-se oferecer uma contribuição acadêmica consistente, voltada à consolidação de um arcabouço jurídico que esteja em conformidade com os princípios constitucionais ambientais e que responda, de modo eficaz, aos riscos impostos pela atividade petrolífera. Tal proposta se consubstancia na proteção da tutela ambiental, sustentada por autores como Celso Antonio Pacheco Fiorillo, na obra *Curso de direito ambiental brasileiro* (2020), e por Édis Milaré, em *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco* (2015).

As considerações finais promovem uma reflexão sobre os principais pontos discutidos, além de questionar os limites da legislação vigente, propondo caminhos interpretativos e normativos que possam fortalecer a responsabilização e a reparação dos danos ambientais. Em suma, trata-se de um

esforço teórico-jurídico com potencial de impactar tanto a produção acadêmica quanto as práticas institucionais de proteção ambiental no país.

1 A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL SOB A PERSPECTIVA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL: REFLEXÕES A PARTIR DO CASO DA BACIA DE SANTOS

A Constituição Federal de 1988 introduziu um marco paradigmático na proteção ambiental brasileira ao consolidar o meio ambiente como direito fundamental e de natureza difusa, a ser defendido pelo Estado e pela coletividade. O § 3º do art. 225 instituiu a responsabilidade penal e civil objetiva por danos ambientais, interrompendo a lógica tradicional da responsabilidade subjetiva no Direito Civil (Brasil, 1988; Milaré, 2015).

Essa previsão constitucional confere caráter autônomo à tutela ambiental, promovendo uma mudança do ônus da prova em benefício da coletividade afetada. Portanto, trata-se de um avanço normativo que impõe ao infrator o dever de reparar, independentemente de culpa. A responsabilização ambiental, portanto, está ancorada na lógica do risco integral, que não admite excludentes (Fiorillo, 2020).

Nesse cenário, a Lei nº 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, constitui a base infraconstitucional mais relevante para a aplicação do regime da responsabilidade civil ambiental. O art. 14, § 1º, dessa lei estabelece, de forma expressa, a responsabilidade objetiva do poluidor por danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade (Brasil, 1981; Milaré, 2015).

Essa responsabilidade deve se ater aos princípios da prevenção e da precaução, elementos essenciais para agir diante das incertezas ecológicas e dos danos futuros. Contudo, não se trata apenas de uma sanção retroativa, mas de um instrumento de contenção e freio às condutas degradantes. Assim, o fundamento da responsabilidade repousa menos sobre o resultado e mais sobre o risco assumido pela atividade (Leite; Ayala, 2020).

É nesse ponto que o princípio do poluidor-pagador adquire centralidade no debate jurídico, orientando a internalização dos custos ambientais nos processos da cadeia produtiva. Esse princípio visa desestimular práticas empresariais negligentes, ao passo que promove a justiça intergeracional. Embora consagrado em documentos internacionais e na jurisprudência pátria, seu efetivo cumprimento encontra entraves na implementação prática, especialmente quando os danos ocorrem em ambientes marinhos (Amado, 2020).

A ausência de monitoramento constante e a dificuldade de mensuração dos impactos

agravam a invisibilidade das vítimas ambientais, o que revela a insuficiência dos institutos meramente reparatórios, ante uma realidade marcada por riscos cumulativos. Torna-se, portanto, fundamental a implementação de ações preventivas e o reforço da responsabilidade ambiental, de modo a assegurar uma proteção eficaz para os ecossistemas e para as gerações vindouras (Amado, 2020).

Adicionalmente, é importante considerar que o Decreto nº 6.514/2008 regulamenta as infrações administrativas ambientais, compondo, juntamente com a responsabilidade civil e penal, o tripé sancionatório (Brasil, 2008). Contudo, Andrade (2023) destaca que esse decreto carece de efetividade na prática, em razão da fragilidade institucional dos órgãos ambientais e da lentidão dos processos administrativos.

Nesse contexto, ainda que haja previsão de multas e sanções, os valores aplicados raramente alcançam montantes capazes de reverter os danos causados ou de impedir a reincidência. Na prática, grandes empresas absorvem as penalidades como parte de seus custos operacionais. Isso desvirtua a função pedagógica da norma sancionadora e reduz a importância do direito ambiental como ferramenta de mudança social (Andrade, 2023).

Outro elemento essencial no âmbito legislativo é a noção de meio ambiente como bem jurídico coletivo, difuso e indivisível, o que exige um tratamento jurídico compatível com sua natureza. A constitucionalização do meio ambiente representou um avanço significativo, trazendo consigo a ampliação dos sujeitos ativos e passivos da responsabilidade, incluindo entes públicos e privados (Freitas; Cavalcanti, 2021).

Dessa forma, a atuação da coletividade, dos ministérios públicos e das entidades civis legitimadas assume protagonismo nacional na defesa do patrimônio ecológico. Entretanto, ainda existem barreiras processuais significativas que dificultam o acesso à justiça ambiental. Muitas vezes, os danos são complexos, transfronteiriços e de lenta manifestação, o que desafia a lógica tradicional da causalidade linear (Freitas; Cavalcanti, 2021).

Paralelamente, deve-se considerar que o dano ecológico não se limita a perdas materiais ou econômicas imediatas, mas abrange lesões a valores imateriais, como o equilíbrio sistêmico e os modos de vida tradicionais. Desse modo, a função reparadora da responsabilidade ambiental deve ser ampliada para contemplar medidas compensatórias, restaurativas e preventivas (Moreira; Lima; Moreira, 2019).

O modelo reparatório clássico não é suficiente para atender à complexidade dos desastres ambientais modernos; por isso, há a necessidade de construção de parâmetros jurisprudenciais que incorporem a lógica do dano moral ambiental coletivo e sua repercussão social prolongada, assegurando, assim, uma proteção mais ampla e eficiente (Moreira; Lima; Moreira, 2019).

Dessa forma, observa-se que o regime da responsabilidade civil objetiva ambiental assume caráter eminentemente protetivo e distributivo, sendo orientado por uma função social do direito ambiental, e não se trata apenas de atribuir culpa, mas de preservar o interesse público por meio de instrumentos jurídicos eficazes. Essa perspectiva enfatiza a importância de uma ação conjunta e preventiva dos órgãos ambientais e do Poder Judiciário (Fiorillo, 2020).

A responsabilização é, portanto, um mecanismo de tutela e não de mera punição. Contudo, o sucesso dessa estrutura normativa depende da articulação entre normas constitucionais, infraconstitucionais e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial, mas a prática demonstra que essa articulação nem sempre se concretiza de modo harmônico. Isso evidencia a necessidade premente de aprimoramento legislativo e de uma interpretação mais uniforme, para assegurar eficácia na defesa do meio ambiente (Fiorillo, 2020).

Por consequência, é possível perceber, especificamente, que a responsabilização ambiental ainda carece de mecanismos processuais céleres e de ações preventivas integradas, capazes de enfrentar as novas formas de degradação provocadas pela expansão da atividade petrolífera. A ausência de estudos de impacto ambiental robustos e o desrespeito às zonas de amortecimento configuram situações recorrentes em licenças concedidas com celeridade (Fiorillo, 2020).

Nesse contexto, o risco ambiental torna-se elemento central, pois desloca o foco da responsabilização para a estrutura da própria atividade econômica. A partir disso, emerge o debate sobre a função preventiva do direito ambiental como instrumento de contenção de danos futuros. Essa estratégia reforça a importância de uma regulação estrita e do monitoramento constante, para reduzir impactos e salvaguardar os ecossistemas em risco (Fiorillo, 2020).

Com efeito, o modelo brasileiro de responsabilidade civil ambiental encontra-se tensionado por uma realidade empírica que desafia seus pressupostos normativos. A rigidez do aparato jurídico nem sempre é suficiente para conter a fluidez dos danos ambientais provocados em escala marinha, e essa dissonância destaca a exigência de uma adaptação normativa que leve em conta as particularidades e desafios ambientais atuais (Fiorillo, 2020).

Nesse sentido, os casos envolvendo a exploração na Bacia de Santos evidenciam que o grau de complexidade ecológica ultrapassa os limites da previsão legal. O desafio, então, consiste em compreender como esses fundamentos se articulam com o risco tecnológico e o avanço da atividade petrolífera sobre áreas de alta sensibilidade ecológica. É a partir dessa problemática que se impõe o exame mais específico da Bacia de Santos e dos riscos associados à sua exploração (Fiorillo, 2020).

1.1 A BACIA DE SANTOS E OS RISCOS AMBIENTAIS ASSOCIADOS À EXPLORAÇÃO PETROLÍFERA

A Bacia de Santos localiza-se no litoral sudeste do Brasil, abrangendo os estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná e Santa Catarina, estendendo-se por aproximadamente 352 mil km². Considerada uma das maiores províncias petrolíferas do país, sua importância econômica é indiscutível, sobretudo após a descoberta de grandes reservas no pré-sal. No entanto, essa potência econômica exige uma análise crítica dos efeitos socioambientais resultantes da exploração intensiva (Martins; Gomes, 2022), pois essa relevância energética convive com uma alta vulnerabilidade ecológica, uma vez que a região abriga recifes de coral, manguezais, restingas e áreas marinhas protegidas, que demandam atenção especial.

A intensificação da atividade petrolífera impõe pressões crescentes sobre esses ecossistemas. Nesse contexto, torna-se necessário reforçar os mecanismos de prevenção, controle e compensação ambiental destinados à conservação da biodiversidade costeira e marinha (Martins; Gomes, 2022).

A despeito dessa importância ambiental, a expansão da exploração na Bacia de Santos avança sobre áreas de preservação e sobrepostas a territórios de comunidades tradicionais, como pescadores artesanais e populações caiçaras. Esses grupos vêm sofrendo impactos diretos em suas práticas produtivas e na segurança alimentar, decorrentes da redução dos estoques pesqueiros e da contaminação das águas (Silva; Costa, 2023).

Além disso, é recorrente a ausência de consultas prévias, livres e informadas, desrespeitando o princípio da participação. O conflito entre os interesses econômicos e os direitos socioambientais emerge como fator de desequilíbrio jurídico e territorial. Portanto, é essencial implementar mecanismos que garantam a escuta e a participação ativa das comunidades impactadas, conforme estabelecido na Convenção 169 da OIT e na legislação ambiental do Brasil (Brasil, 2004; Silva; Costa, 2023).

Com base em levantamentos realizados por órgãos de fiscalização ambiental, registrou-se um aumento de 34% nos incidentes operacionais associados ao derramamento de óleo entre 2018 e 2024, apenas no trecho paulista da Bacia. Esses episódios, embora muitas vezes invisibilizados pela distância da costa, produzem impactos devastadores em cadeia (Antunes; Bezerra, 2025). Os danos a plânctons, peixes e aves costeiras podem comprometer o equilíbrio ecológico por décadas.

Ainda que existam protocolos de emergência, sua aplicação encontra entraves logísticos, burocráticos e institucionais. A morosidade das respostas impede a contenção eficaz dos efeitos. Assim, é essencial intensificar a cooperação entre entidades públicas e privadas, para diminuir o tempo de resposta e maximizar a eficácia das medidas de mitigação (Souza, 2023).

Ademais, um fator agravante identificado por estudos técnicos inéditos do IBAMA e da ANP refere-se à fragmentação dos sistemas de monitoramento. Em diversas plataformas da Bacia de Santos, sensores de vazamento e dados oceanográficos não são transmitidos em tempo real, dificultando a tomada de decisões imediatas. Essa deficiência tecnológica prejudica a efetividade das medidas e evidencia a necessidade premente de investimentos em infraestrutura inteligente e interconectada (Silva; Costa, 2023).

A ausência de uma política nacional integrada de prevenção a desastres ambientais na indústria petrolífera contribui para a recorrência de eventos. Os dados revelam a falência da lógica reativa, diante de riscos que exigiriam estratégias contínuas e interinstitucionais de precaução. Portanto, torna-se essencial a criação de um marco regulatório sólido, focado na governança ambiental preventiva, enfatizando a transparência, a ciência e o envolvimento da sociedade (Antunes; Bezerra, 2025).

Sob outra perspectiva, é necessário compreender a relação assimétrica entre os grandes conglomerados petrolíferos e os órgãos ambientais, bem como a concentração do poder decisório nas mãos de agentes econômicos transnacionais. Essa assimetria enfraquece o princípio da precaução e prejudica a eficácia da regulamentação ambiental em situações de elevada complexidade ecológica (Percival; Schroeder; Miller; Leape, 2024).

A imposição de condicionantes ambientais robustas durante o licenciamento enfrenta, ao mesmo tempo, pressão política e econômica sobre os órgãos reguladores, o que compromete a autonomia técnica de seus pareceres. Muitas autorizações são concedidas com base em estudos de impacto superficiais, o que revela a fragilidade dos instrumentos de controle. A desproporção entre os riscos assumidos e os mecanismos de mitigação é patente (Percival; Schroeder; Miller; Leape, 2024). De fato, observa-se que os riscos ambientais na Bacia de Santos não se limitam à possibilidade de catástrofes pontuais, mas envolvem degradações lentas e silenciosas, como a acidificação da água, a bioacumulação de metais pesados e o deslocamento de espécies. A despeito de sua natureza difusa, esses impactos são cumulativos e, muitas vezes, irreversíveis (Araújo, 2017).

Dessa forma, a função socioambiental dos bens naturais marinhos exige do Estado um controle mais rigoroso sobre atividades que coloquem em risco o equilíbrio dos ecossistemas. A lógica da compensação posterior, por meio de programas de recuperação, mostra-se ineficaz diante da complexidade dos danos. Consequentemente, torna-se essencial a implementação de mecanismos econômicos e regulamentadores que priorizem a prevenção, substituindo a cultura de reparação tardia pela proteção antecipada dos recursos naturais (Araújo, 2017).

Outro ponto crítico é a baixa incidência de estudos que avaliam os efeitos sinérgicos entre

diversas fontes de impacto. A sobreposição entre exploração petrolífera, tráfego marítimo intenso, pesca industrial e mudança climática cria um cenário de múltiplas pressões. Essa complexidade requer estratégias interdisciplinares que unam ciência, política e regulação, numa perspectiva ecossistêmica (Silva; Costa, 2023).

No entanto, a ausência de avaliação integrada nos processos de licenciamento impede a análise adequada das consequências. A fragmentação institucional e a escassez de dados de longo prazo dificultam a atuação preventiva. Portanto, a responsabilidade civil por danos futuros carece de sustentação probatória consistente, abrindo espaço para a impunidade ambiental (Silva; Costa, 2023).

Nesse contexto, é preciso destacar o desequilíbrio entre os instrumentos de regulação e os interesses financeiros que movem os grandes empreendimentos de exploração petrolífera. Os dados disponíveis revelam que, entre 2020 e 2024, mais de 78% dos pareceres ambientais para atividades de perfuração na Bacia foram emitidos com dispensa de audiências públicas (Antunes; Bezerra, 2025). Essa prática contradiz o princípio democrático da gestão ambiental e enfraquece o controle social sobre decisões de alto risco, indicando que o sistema federativo brasileiro ainda não conseguiu implementar um modelo de governança ambiental eficaz na zona costeira, o que evidencia a necessidade premente de políticas públicas unificadas que unam as entidades federativas em prol de objetivos ambientais compartilhados (Martins; Gomes, 2022).

Por fim, torna-se urgente refletir sobre como os riscos ambientais na Bacia de Santos podem ser compreendidos à luz de uma responsabilização jurídica eficaz. A existência de um regime jurídico protetivo não tem sido suficiente para inibir práticas predatórias ou para assegurar a reparação integral dos danos já causados. Assim, é necessário reexaminar as normas e instituições à luz dos princípios da precaução e da prevenção (Martins; Gomes, 2022).

1.2 FRAGILIDADES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS ATIVIDADES PETROLÍFERAS: CAUSALIDADE, DANO E LEGITIMIDADE

A responsabilização civil por danos ambientais depende da demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do agente poluidor e o dano ocorrido. No entanto, esse elemento assume contornos desafiadores nas atividades petrolíferas *offshore*, cujos impactos se manifestam de forma difusa, prolongada e, muitas vezes, imperceptível a curto prazo, o que compromete a vinculação direta entre ação e resultado (Machado, 2017).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), embora reconheça a teoria do risco integral, ainda exige a existência de elementos técnicos mínimos que justifiquem a imputação, e a dificuldade está

em isolar causas em sistemas ecologicamente complexos. Portanto, a responsabilização pode se revelar ineficiente diante da incerteza científica ou da falta de evidências técnicas que confirmem a conexão direta entre a conduta e o dano (Machado, 2017).

Essa dificuldade é ampliada quando se observa a multiplicidade de agentes envolvidos nos processos de exploração e transporte de petróleo, cada um com responsabilidades fragmentadas. A atuação de poluidores indiretos, como subcontratadas e operadores logísticos, não é suficientemente contemplada na jurisprudência nacional. Essa falha normativa e interpretativa implica a responsabilização ineficaz de todos os participantes da cadeia de produção, possibilitando que parte dos impactos ambientais permaneça sem tutela jurídica (Farias; Bim, 2017).

A responsabilização solidária ainda encontra resistência, especialmente quando os danos ambientais são diluídos no tempo e no espaço. Os relatórios técnicos, muitas vezes inconclusivos, tornam-se frágeis diante da pressão jurídica exercida por grandes empresas. O resultado é um campo de incertezas que enfraquece o poder de reação do sistema jurídico, possibilitando disputas prolongadas e protelatórias, que prejudicam tanto a eficácia da reparação ambiental quanto a responsabilização dos participantes envolvidos (Farias; Bim, 2017).

O conceito de dano ambiental coletivo, embora consolidado na doutrina, ainda enfrenta obstáculos em sua quantificação e reparação. A natureza imaterial do dano, somada à ausência de um titular individual lesado, impõe desafios à fixação de valores compensatórios justos. Assim, o conceito de dano moral ambiental, reconhecido pelo STJ como passível de indenização, nem sempre é aplicado com coerência (Gonçalves, 2020).

Theodoro Júnior (2016) observa que os julgadores oscilam entre decisões simbólicas e outras que conferem maior densidade à reparação moral coletiva. Essa instabilidade enfraquece o caráter pedagógico e dissuasório da responsabilização, principalmente diante de grandes empresas, para as quais condenações de baixo valor não constituem um empecilho relevante para a persistência de práticas danosas.

Outro ponto crítico diz respeito à legitimidade ativa nas ações coletivas ambientais, uma vez que a atuação do Ministério Público, associações civis e defensores públicos esbarra na sobrecarga institucional e em limitações de ordem processual. Diniz (2019) argumenta que a efetividade da tutela ambiental coletiva depende não apenas da previsão legal, mas da capacitação técnica e autonomia dos órgãos legitimados.

Leite e Ayala (2020) comentam que, em diversos casos analisados na Bacia de Santos, verifica-se a ausência de litígios judiciais, mesmo diante de evidências de degradação. Nesse sentido, a cultura da conciliação extrajudicial, embora válida, não deve substituir o papel das ações civis

públicas como instrumento de controle rigoroso. Esses acordos extrajudiciais, frequentemente estabelecidos sem a participação adequada das comunidades impactadas ou sem clareza nos critérios técnicos, tendem a levar a soluções vulneráveis e insuficientes para garantir a reparação necessária.

Paralelamente, observa-se uma debilidade normativa no que se refere às sanções administrativas previstas no Decreto nº 6.514/2008. Apesar da existência de um elenco de penalidades, a execução prática das sanções enfrenta obstáculos burocráticos e resistências políticas. Ademais, a ausência de critérios objetivos e uniformes para a graduação das penas enfraquece a fiscalização e permite decisões arbitrárias (Andrade, 2023; Brasil, 2008). Disso decorre que os autos de infração ambiental são frequentemente anulados por vícios formais, prescrição ou ausência de provas robustas, e o resultado é uma sensação de impunidade institucionalizada, em que o risco de ser sancionado é inferior ao lucro obtido pela degradação, compondo um cenário em que se evidencia a necessidade de revisão normativa, com foco na efetividade das punições administrativas (Andrade, 2023).

No plano doutrinário, a responsabilidade civil ambiental deve ser compreendida não como exceção, mas como regra de imputação diante de atividades intrinsecamente arriscadas, como a extração de petróleo. A adoção da teoria do risco integral implica o afastamento de excludentes tradicionais como caso fortuito e força maior, mas essa diretriz ainda é ignorada em decisões que relativizam a culpa (Tartuce, 2021), nas quais a fragilidade argumentativa de laudos periciais tem sido usada como justificativa para a absolvição de agentes poluidores, mesmo em contextos de evidente degradação. Em vez de enfatizar a obrigação de precaução, frequentemente o Judiciário atribui a responsabilidade de provar às vítimas ou ao Estado, invertendo a lógica de proteção do direito ambiental. Isso demonstra a insuficiência das ferramentas técnico-jurídicas disponíveis (Tartuce, 2021).

Além disso, os processos judiciais ambientais sofrem com a morosidade e com a baixa especialização dos magistrados em matéria ambiental, o que compromete a qualidade das decisões. A ausência de varas ambientais especializadas em muitas regiões do país contribui para a banalização dos litígios ambientais. As ações se arrastam por anos sem solução definitiva, enquanto o dano se perpetua ou se agrava. Nesse sentido, a justiça ambiental carece de uma reestruturação institucional que inclua formação técnica, prioridade processual e mecanismos eficazes de cumprimento das decisões (Carvalho, 2021).

Em outra vertente, observa-se que os valores fixados a título de indenização por dano ambiental não correspondem à magnitude dos prejuízos socioecológicos. Muitas vezes, a reparação limita-se a valores irrisórios diante da capacidade financeira das empresas envolvidas. Isso representa

não apenas um enfraquecimento da função reparatória, mas também da função dissuasória da responsabilidade civil (Machado, 2017).

A ausência de critérios técnicos padronizados para a mensuração dos danos dificulta a atuação do Judiciário, e tal situação torna-se ainda mais grave quando se consideram os impactos cumulativos das atividades petrolíferas em zonas de alta biodiversidade, afetando a eficácia das sentenças judiciais. Isso favorece a continuidade da impunidade e a negligência com os limites ecológicos (Machado, 2017).

É importante destacar que os danos ambientais derivados da exploração na Bacia de Santos envolvem principalmente comunidades vulnerabilizadas, compostas por pescadores artesanais, mulheres extrativistas e populações ribeirinhas, cujas vozes raramente são ouvidas nos processos judiciais ou administrativos. São grupos que, historicamente, foram marginalizados, cuja ausência nas instâncias decisórias acentua as desigualdades estruturais no acesso à justiça ecológica (Farias; Bim, 2017).

A invisibilidade dessas vítimas compromete a legitimação das decisões e aprofunda a desigualdade ambiental. Farias e Bim (2017) chamam atenção para a urgência de se discutir interseccionalmente a responsabilização, de modo a reconhecer, em suas múltiplas dimensões, os sujeitos afetados. Esse reconhecimento demanda mais do que norma: exige compromisso institucional com a justiça ecológica.

A partir dessas fragilidades, torna-se imprescindível repensar os instrumentos normativos e as práticas institucionais de controle, de modo a garantir maior robustez à responsabilização civil nas atividades petrolíferas. Os problemas relacionados ao dano, à causalidade e à legitimidade revelam um déficit estrutural que impede a consolidação de uma tutela ambiental efetiva (Farias; Bim, 2017).

1.3 PROPOSTAS DE APERFEIÇOAMENTO NORMATIVO E JURISPRUDENCIAL PARA A PROTEÇÃO DA BACIA DE SANTOS

A partir da análise das fragilidades jurídicas observadas na responsabilização civil por danos ambientais na Bacia de Santos, torna-se evidente a necessidade de reformulação normativa que vá além da previsão abstrata de deveres. A legislação ambiental brasileira, embora avançada em diversos aspectos, carece de mecanismos vinculantes que obriguem à adoção de planos de contingência específicos para áreas costeiras e marinhas (Fiorillo, 2020).

A ausência de detalhamento técnico-normativo facilita interpretações legítimas durante os processos de licenciamento, e esse vácuo regulatório compromete a efetividade da proteção em

regiões de alta sensibilidade ecológica, como a Bacia de Santos, onde os perigos de acidentes e prejuízos acumulados demandam ações imediatas e estruturadas. A falta de requisitos explícitos para a prevenção e mitigação de impactos torna o licenciamento um processo meramente formal, enfraquecendo a habilidade do Estado de estabelecer restrições à atividade empresarial em ecossistemas marinhos vulneráveis (Fiorillo, 2020).

Em complemento, propõe-se a revisão do Decreto nº 6.514/2008, com foco na ampliação da autonomia das instâncias administrativas, para aplicar sanções compatíveis com a gravidade do dano ambiental, pois os valores das multas e as condições de pagamento devem ser escalonados de acordo com o potencial de impacto da atividade exploratória. A morosidade nos trâmites processuais e a revogação de sanções por questões formais revelam a ineficiência do modelo atual, sendo necessário integrar à norma parâmetros técnicos precisos que respaldem decisões robustas e resistentes à judicialização (Amado, 2020; Brasil, 2008).

O fortalecimento do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) passa pela reestruturação dos órgãos executores e pela redefinição das competências no licenciamento ambiental. A sobreposição de atribuições entre entes da Federação gera lacunas e conflitos decisórios, especialmente em megaprojetos como os de exploração *offshore*, e a ausência de uniformidade nos critérios de análise compromete a isonomia e a segurança jurídica. Nesse sentido, a centralização das decisões em um órgão técnico interinstitucional, com autonomia e corpo técnico qualificado, pode representar um avanço relevante (Martins; Gomes, 2022).

Do ponto de vista econômico, a adoção de seguros ambientais obrigatórios para as empresas petrolíferas se apresenta como instrumento eficaz de mitigação de danos. A criação de fundos garantidores, lastreados por apólices específicas, permite a pronta indenização de comunidades afetadas, sem a dependência de longos litígios judiciais. Essa tática também favorece uma maior previsibilidade legal e financeira, estimulando práticas de negócios mais prudentes em relação ao risco ambiental (Silva; Nascimento, 2022). Essa medida, já aplicada em outros países, funciona como mecanismo de responsabilidade antecipada, contribuindo para internalizar os custos ambientais na própria lógica financeira dos empreendimentos, o que concretiza o princípio do poluidor-pagador. Além disso, a obrigatoriedade do seguro ambiental intensifica a natureza preventiva da política ambiental, ao demandar que as organizações incluam a dimensão ecológica na gestão de riscos desde os estágios iniciais do projeto (Fiorillo, 2020).

No campo da jurisdição, sugere-se a criação de varas ambientais especializadas, com competência sobre a zona costeira e marinha, inclusive em matérias de natureza preventiva. A ausência de capacitação técnica para a interpretação de laudos, perícias ambientais, estudos de

impacto ambiental e relatórios de monitoramento nos julgamentos ambientais contribui para decisões desarticuladas em relação à realidade ecológica (Figueiredo; Figueiredo, 2016; Milaré, 2015). De fato, a ausência de treinamento especializado pode resultar na desvalorização da prova técnica, na superficialidade das decisões e até mesmo na improcedência dos pedidos de reparação, devido à incompreensão adequada do nexo técnico. Dessa forma, a especialização jurisdicional não apenas promove celeridade, mas também favorece a produção de jurisprudência qualificada e coerente – medida que pode ainda facilitar o diálogo entre o Poder Judiciário e os órgãos técnicos, o que fortalece a segurança jurídica e a confiabilidade nas decisões judiciais (Figueiredo; Figueiredo, 2016; Milaré, 2015).

Complementarmente, os instrumentos extrajudiciais de responsabilização, como os termos de ajustamento de conduta (TACs), devem ser estimulados, mas com critérios de transparência e participação social mais rigorosos. Venosa (2022) destaca que a efetividade de tais acordos depende da clareza nos prazos, da mensuração dos compromissos e da possibilidade de execução forçada em caso de descumprimento.

A atual prática de firmar TACs genéricos e de baixa exigibilidade tem resultado em reincidência de condutas lesivas. Assim, a qualificação técnica e normativa deve ser prioridade das instituições ambientais e do Ministério Público. Além disso, é imprescindível que os TACs incluam uma auditoria independente, mecanismos de controle social e uma previsão clara de penalidades em caso de negligência. Somente por meio do aprimoramento desses mecanismos será possível conciliar a resolução pacífica de conflitos ambientais com a demanda por uma responsabilização eficaz e restauradora (Venosa, 2022).

Outro ponto de destaque é a necessidade de incentivo à realização de auditorias ambientais independentes, com publicação obrigatória dos resultados em plataformas de acesso público. A transparência ativa é condição essencial para o controle social da responsabilidade ambiental. Assim, a realização de auditorias regulares e com critérios metodológicos claros pode auxiliar na prevenção de riscos e na melhoria constante das práticas ambientais das organizações (Percival; Schroeder; Miller; Leape, 2024).

Na Bacia de Santos, os dados de monitoramento são, em sua maioria, de acesso restrito, o que fragiliza o exercício da cidadania ambiental. A democratização dessas informações pode fomentar a atuação de entidades civis e garantir o cumprimento das condicionantes impostas nos licenciamentos. Portanto, é essencial estabelecer regras para a divulgação de informações em linguagem compreensível e com uma frequência estabelecida, garantindo a participação consciente da sociedade nas decisões relacionadas ao meio ambiente (Antunes; Bezerra, 2025).

Ainda em relação ao aspecto preventivo, recomenda-se o uso de tecnologias de sensoriamento remoto e de inteligência artificial na fiscalização de riscos ambientais relacionados à exploração petrolífera. A integração entre Direito e inovação tecnológica é caminho necessário para enfrentar a complexidade dos danos modernos, devendo-se considerar que sistemas capazes de detectar alterações em tempo real no ambiente marinho permitiriam ações imediatas, reduzindo significativamente o potencial de dano. Tal proposta objetiva avanço estratégico na tutela ambiental (Fiorillo, 2020), mas requer investimentos estatais e cooperação internacional.

Sob outro aspecto, é indispensável promover a educação ambiental direcionada às comunidades costeiras e aos operadores do sistema de justiça, como forma de fortalecer a cultura jurídica ecológica, na qual a cidadania ambiental não se constrói apenas por meio de normas, mas por processos pedagógicos contínuos e engajados. Essa formação deve levar em conta os conhecimentos tradicionais e as particularidades culturais dos territórios, assegurando que a defesa do meio ambiente seja estabelecida de maneira inclusiva e territorializada (Amado, 2020).

Na região da Bacia de Santos, iniciativas de formação popular sobre direitos ambientais e monitoramento participativo têm demonstrado resultados positivos na contenção de abusos. Esse modelo pode ser ampliado e institucionalizado como política pública de prevenção estrutural, compondo medidas que auxiliem no fortalecimento do controle social, possibilitando que as comunidades funcionem como fiscais e responsáveis pela preservação de seus ecossistemas (Amado, 2020).

Dessa maneira, embora o regime da responsabilidade civil objetiva seja juridicamente adequado para a tutela dos bens ambientais, sua eficácia prática na Bacia de Santos revela-se limitada diante das fragilidades institucionais, técnicas e normativas identificadas. Apesar da clareza legal, a ausência de mecanismos articulados de fiscalização, sanção e reparação compromete sua função preventiva e restaurativa (Amado, 2020).

Assim, para que o modelo cumpra sua finalidade constitucional, é indispensável que a responsabilidade deixe de ser apenas um dispositivo abstrato e passe a integrar um sistema jurídico-institucional robusto, tecnicamente aparelhado e socialmente comprometido com a proteção ambiental. Essa iniciativa exige não só reformas legislativas, mas também determinação política, investimento público constante e envolvimento ativo da sociedade civil na criação de uma governança ecológica democrática (Amado, 2020).

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES

A análise empreendida revelou que o regime jurídico da responsabilidade objetiva, embora juridicamente sólido, apresenta limitações práticas significativas diante dos impactos causados pela exploração petrolífera na Bacia de Santos. A hipótese de que há uma fragilidade normativa e institucional na efetivação da reparação e na prevenção dos danos ambientais foi confirmada.

Constatou-se que a estrutura legal existente não tem sido suficiente para conter a degradação contínua em áreas de alta sensibilidade ecológica no litoral da Bacia de Santos, nas quais os mecanismos de responsabilização jurídica ainda operam com baixa eficácia. O resultado é a manutenção de um sistema jurídico que pouco inibe comportamentos danosos ao meio ambiente.

As evidências apresentadas ao longo do estudo reforçam que o nexo de causalidade, a invisibilidade do dano coletivo e a morosidade dos processos judiciais impedem a plena realização do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. A pesquisa revelou que, mesmo quando a legislação é aplicada, os efeitos práticos da responsabilização não reverterem os prejuízos causados.

Nesse contexto, os dados inéditos sobre falhas operacionais e vazamentos confirmam a necessidade de medidas preventivas mais robustas. A indiferença sistêmica contribui para a perpetuação de injustiças ambientais e o problema transcende a letra da lei. Trata-se de um desafio estrutural que demanda a reformulação dos mecanismos jurídicos e administrativos de controle ambiental.

A pesquisa contribui teoricamente ao propor uma releitura crítica da responsabilidade ambiental como instrumento não apenas reparatório, mas de contenção de riscos socioecológicos. Foi possível demonstrar que a resposta jurídica ao dano ambiental deve ser integrada a políticas públicas de fiscalização, prevenção e governança territorial, desempenhando um papel fundamental na construção de um sistema legal focado na sustentabilidade e na justiça ambiental.

A responsabilização civil não pode operar isoladamente, devendo ser articulada a um sistema institucional tecnicamente capacitado e democraticamente acessível. Os achados reforçam a necessidade de repensar a função política do direito ambiental, ampliando a compreensão da responsabilidade como ferramenta de proteção sistêmica. Ao incorporar essa perspectiva, o estudo indica direções para uma reforma estrutural focada na eficácia das leis ambientais no cenário brasileiro.

No plano prático, a pesquisa apresenta propostas concretas para o fortalecimento da tutela ambiental no contexto da exploração petrolífera, com destaque para medidas normativas, estruturais e tecnológicas. A implementação de seguros obrigatórios, auditorias independentes, transparência de

dados e fiscalização automatizada são caminhos viáveis para reduzir a incidência de danos e garantir respostas eficazes.

A atuação coordenada entre órgãos ambientais e o sistema de justiça também se mostra essencial para o cumprimento dos objetivos constitucionais. A análise propõe, assim, um modelo de atuação mais sinérgico e orientado à antecipação dos danos. A partir dessa compreensão, o direito ambiental precisa responder à complexidade dos danos modernos, enquanto estudos futuros poderão aprofundar os aspectos relacionais entre a governança climática e os marcos da responsabilidade jurídica.

É necessário ainda investigar o papel de instrumentos internacionais na internalização de boas práticas, além de avaliar os efeitos sociais de decisões judiciais em comunidades impactadas. Pesquisas empíricas com foco em avaliação pós-dano podem contribuir para mensurar a efetividade das ações reparatórias, sendo ainda pertinente explorar a integração entre justiça ambiental e direitos territoriais tradicionais.

Ao identificar as fragilidades existentes e propor caminhos de superação, esta pesquisa busca contribuir para fortalecer o debate acadêmico e promover a renovação crítica das práticas jurídicas no campo ambiental. Conclui-se, afinal, que a eficácia da responsabilidade civil objetiva na contenção dos impactos da atividade petrolífera depende de um esforço conjunto entre norma, estrutura e prática institucional. O Direito, por si só, não resolve a crise ecológica, mas pode ser um elemento transformador, se alicerçado em uma atuação técnica, transparente e comprometida com a proteção dos bens comuns.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico de Oliveira. **Direito ambiental**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

ANDRADE, Juliana Maria. Responsabilidade administrativa ambiental no Brasil: reflexões sobre o Decreto nº 6.514/2008 e sua aplicação prática. **Revista de Direito Ambiental e Sustentabilidade**, v. 9, n. 1, p. 112-130, 2023.

ANTUNES, Lucas Silva Jorge; BEZERRA, Marco Antônio Alves. Responsabilidade civil ambiental. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 11, n. 4, p. 3493-3506, 2025.

ARAÚJO, Giselle Marques de. Função ambiental da propriedade: uma proposta conceitual. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 251-276, jan./abr. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v14i28.985>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <https://tinyurl.com/4hu5pkju>. Acesso em: 9 abr. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 20 abr. 2004. Disponível em: <https://tinyurl.com/m9ua24k6>. Acesso em: 15 jun. 2025.

BRASIL. **Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008**. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em: <https://tinyurl.com/3vep8cfm>. Acesso em: 16 maio 2025.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <https://tinyurl.com/k6at5kbv>. Acesso em: 16 maio 2025.

CARVALHO, Matheus Vieira de Souza. **Manual de direito administrativo**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021.

DINIZ, Maria Helena de Castro. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 36. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019. v. 7.

FARIAS, Talden Queiroz; BIM, Eduardo Fortunato. O poluidor indireto e a responsabilidade civil ambiental por dano precedente. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 127-146, jan./abr. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v14i28.915>.

FIGUEIREDO, Luciano Benetti; FIGUEIREDO, Roberto Benetti. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FREITAS, Marcus Vinícius Furtado; CAVALCANTI, Juliana Duarte. A constitucionalização do meio ambiente e seus reflexos na responsabilidade civil ambiental. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, v. 26, n. 102, p. 45-62, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: responsabilidade civil – direito de família – direito das sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. STJ e nexo causal na responsabilidade civil ambiental. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, n. 30, p. 351-371, set./dez. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v15i31.1224>.

MARTINS, Larissa de Souza; GOMES, Rafael Almeida. Governança ambiental e o desafio federativo: uma análise crítica do SISNAMA à luz da sustentabilidade. **Revista de Direito Ambiental e Sociedade**, v. 12, n. 1, p. 103-119, 2022.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, Danielle de Andrade; LIMA, Letícia Maria Rêgo Teixeira; MOREIRA, Izabel Freire. O princípio do poluidor-pagador na jurisprudência do STF e do STJ: uma análise crítica. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 367-432, jan./abr. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v16i34.1341>.

PERCIVAL, Robert Vernon; SCHROEDER, Christopher Hugh; MILLER, Alan Stuart; LEAPE, James Patrick. **Environmental Regulation**: Law, Science, and Policy. 10. ed. New York: Aspen Publishing, 2024.

SILVA, André Luiz da; NASCIMENTO, Carolina Martins. A responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais no Brasil: análise crítica e desafios de aplicação. **Revista de Direito Penal Contemporâneo**, v. 9, n. 2, p. 155-174, 2022.

SILVA, Mariana Gomes da; COSTA, Eduardo Henrique. A evolução normativa do Direito Ambiental no Brasil e os desafios da efetividade da PNMA. **Revista Brasileira de Direito e Sustentabilidade**, v. 9, n. 2, p. 45-62, 2023.

SOUZA, Mariana Cristina. Desafios na implementação do Código Florestal: entre a proteção ambiental e os interesses econômicos. **Revista de Direito e Sustentabilidade**, v. 5, n. 2, p. 45-63, 2023.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. 22. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022.



**O DIREITO DA ENERGIA E A COMPETÊNCIA MUNICIPAL NA
GERAÇÃO DISTRIBUÍDA: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
CONCORDÂNCIA PRÁTICA ENTRE A TRANSIÇÃO ENERGÉTICA E O
DESENVOLVIMENTO LOCAL**

**ENERGY LAW AND MUNICIPAL AUTHORITY IN DISTRIBUTED
GENERATION: APPLYING THE PRINCIPLE OF PRACTICAL
CONCORDANCE TO THE ENERGY TRANSITION AND LOCAL
DEVELOPMENT**

Submissão: 5 jul. 2025

Aprovação para publicação: 19 dez. 2025

Luiz Ugeda

Doutor em Geografia e em Direito

Afiliação institucional: Universidade de Coimbra – UC – (Coimbra, Portugal)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6073-6878>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/9368120455386031>

Email: luiz.ugeda@gmail.com

Karine Sanches

Mestra em Direito Econômico e Social e Doutoranda em Direito Público

Afiliação institucional: Universidade de Coimbra – UC – (Coimbra, Portugal)

ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-9994-1550>

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/0292024954401422>

Email: kafusanches@gmail.com

Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):

UGEDA, Luiz; SANCHES, Karine. O direito da energia e a competência municipal na geração distribuída: aplicação do princípio da concordância prática entre a transição energética e o desenvolvimento local. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 70, n. 3, p. 111-142, set./dez. 2025. ISSN 2236-7284. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufr.v70i3.100367>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/100367>. Acesso em: 31 dez. 2025.

RESUMO

Neste artigo investiga-se a possibilidade de compatibilização entre a centralização normativa do setor elétrico brasileiro e as competências urbanísticas dos municípios ante o avanço da geração descentralizada de energia. O objetivo é analisar como o princípio da concordância prática pode orientar a articulação entre a regulação federal da energia e a autonomia municipal na implementação de políticas urbanas sustentáveis. Adota-se metodologia jurídico-constitucional, com análise doutrinária, jurisprudencial e comparativa, incluindo estudo de casos internacionais e proposição de um Índice de Concordância Prática (ICP) aplicável ao contexto federativo brasileiro. Os resultados indicam que a ausência de alinhamento entre os instrumentos urbanísticos locais e o marco regulatório federal da energia compromete a eficiência da transição energética. Conclui-se que a harmonização entre as normas depende da criação de mecanismos cooperativos de governança multinível, da adaptação dos planos diretores às exigências da geração distribuída e da inserção do planejamento energético na política urbana municipal.

PALAVRAS-CHAVE

Federalismo cooperativo. Direito urbanístico. Microrredes. *Smart cities*. Planos diretores.

ABSTRACT

This article examines the possibility of reconciling the normative centralization of the Brazilian electricity sector with municipal urban-planning powers in the context of the expansion of distributed energy generation. The objective is to analyze how the principle of practical concordance may guide the articulation between federal energy regulation and municipal autonomy in the implementation of sustainable urban policies. The study adopts a constitutional-legal methodology, combining doctrinal, case-law, and comparative analysis, including international case studies and the proposal of a Practical Concordance Index (PCI) applicable to the Brazilian federal system. The findings indicate that the lack of alignment between local urban-planning instruments and the federal energy regulatory framework undermines the efficiency of the energy transition. The article concludes that normative harmonization depends on the establishment of cooperative multilevel governance mechanisms, the adaptation of municipal master plans to the requirements of distributed generation, and the integration of energy planning into municipal urban policy.

KEYWORDS

Cooperative federalism. Urban law. Microgrids. *Smart cities*. Master plans.

INTRODUÇÃO

A regulação do setor elétrico no Brasil é tradicionalmente centralizada na União, enquanto os municípios exercem competências sobre ordenação territorial e desenvolvimento urbano. Esse arranjo estabelece limites para a atuação municipal na infraestrutura elétrica, embora o planejamento urbano e a distribuição de energia estejam cada vez mais interligados. A literatura internacional aponta que essa configuração é comum em países federativos, nos quais a governança energética tende a ser centralizada, mas necessita de maior articulação com autoridades locais para garantir coordenação normativa e eficiência na distribuição e no uso da energia (OECD, 2017; Sovacool; Axsen; Sorrell, 2018).

Com o avanço das tecnologias digitais, intensifica-se a interdependência entre gestão energética e planejamento urbano. Cidades passam a depender de sistemas elétricos mais flexíveis e inteligentes, em que sensores, medidores inteligentes e plataformas digitais permitem gerenciamento em tempo quase real, maior previsibilidade do consumo e planejamento mais eficiente da infraestrutura, evitando gargalos na distribuição e promovendo o uso sustentável da energia (Lovins, 2018; IRENA, 2019; Güngör *et al.*, 2011).

Nesse contexto, redes elétricas inteligentes (*smart grids*)¹ podem ser compreendidas como sistemas de distribuição dotados de capacidade de comunicação e controle distribuído, enquanto as cidades inteligentes (*smart cities*)² constituem arranjos urbanos em que dados e tecnologias digitais são mobilizados de forma integrada para organizar serviços e infraestruturas.

A adoção de modelos de *smart cities* exige novos arranjos regulatórios que considerem a

¹ Para fins deste artigo, redes elétricas inteligentes (*smart grids*) são compreendidas como redes de eletricidade que utilizam tecnologias digitais de medição avançada, comunicação bidirecional e sistemas automatizados de controle para monitorar, em tempo quase real, a geração, transmissão, distribuição, armazenamento e consumo de energia, integrando recursos energéticos distribuídos e cargas gerenciáveis, de modo a aumentar a confiabilidade, a segurança e a eficiência da rede. Essa compreensão está em linha com o enquadramento dado pela família de normas ISO/IEC 27000 à segurança da informação em sistemas de controle da indústria de energia, em especial a ISO/IEC 27019, que estende o código de boas práticas da ISO/IEC 27002 aos sistemas de controle de processo de *utilities* de energia, incluindo infraestruturas de medição avançada, *smart grids* e recursos energéticos distribuídos, e com normas correlatas como a ISO 15118, que disciplina a interface de comunicação entre veículos elétricos e a rede, e a ISO 17800, que define modelo de informação para gestão de cargas e geração em edificações conectadas à rede. Cf., respectivamente, <https://tinyurl.com/y7e6z9fw>, <https://tinyurl.com/5tkex7rs>, <https://tinyurl.com/mszj469v> e <https://tinyurl.com/38yc9zxm>. Acesso em: 20 dez. 2025.

² Para fins deste artigo, cidades inteligentes (*smart cities*) são entendidas em linha com a família de normas ISO 37100, como arranjos urbanos que utilizam, de forma integrada, tecnologias digitais, dados e processos de inovação para melhorar o desempenho dos serviços públicos, a sustentabilidade ambiental e a qualidade de vida, com base em sistemas de gestão e indicadores verificáveis. Nesse sentido, a ISO 37101 estrutura requisitos para sistemas de gestão do desenvolvimento sustentável em comunidades, enquanto a ISO 37120, a ISO 37122 e a ISO 37123 definem conjuntos de indicadores para avaliar, respetivamente, serviços urbanos e qualidade de vida, características “inteligentes” das cidades e a sua resiliência a choques e tensões. Cf., respectivamente, <https://tinyurl.com/2j7f4kpw>, <https://tinyurl.com/4aw2yp7n>, <https://tinyurl.com/5xx2udc8>, <https://tinyurl.com/rdnrzs93> e <https://tinyurl.com/2s4bsdha>. Acesso em: 20 dez. 2025.

descentralização da produção e do consumo de energia. A incorporação de fontes renováveis em escala local e a gestão integrada de diferentes infraestruturas demandam revisões normativas para compatibilizar inovação tecnológica, segurança energética e metas de descarbonização, e a literatura tem identificado a descentralização da geração elétrica como fator central para aumentar a resiliência energética e reduzir emissões de carbono (Ratti; Claudel, 2016; Sioshansi, 2020). Em paralelo, a coleta e análise massiva de dados sobre consumo, geração e eficiência energética – associadas ao uso de *big data*³ – permitem decisões mais ágeis e localizadas, antecipação a falhas e formulação de estratégias energéticas alinhadas às especificidades territoriais (Zhang; Huang; Bompard, 2018).

O crescimento do *prossumerismo*⁴, em que consumidores também se tornam produtores de energia, vem alterando a dinâmica tradicional da distribuição elétrica e exigindo novos mecanismos regulatórios para integração de microrredes⁵, compartilhamento de excedentes e reconfiguração de modelos tarifários (Baptista, 2024; Brown; Hall; Davis, 2019; Parag; Sovacool, 2016). A literatura aponta que o avanço da geração distribuída, e também do armazenamento (Ugeda; Felice; Vedovato, 2025), requer regulamentações mais flexíveis para permitir a plena integração dos *prossumidores* ao mercado energético, ao mesmo tempo que se preservam estabilidade do sistema e equilíbrio federativo. Nesse cenário, a coordenação entre normas federais de energia e instrumentos urbanísticos municipais torna-se condição relevante para viabilizar soluções como microrredes e edifícios de energia quase zero⁶ (Didoné; Wagner; Pereira, 2014), bem como modelos de governança colaborativa

³ Para fins deste artigo, adota-se a definição de *big data* em linha com a ISO/IEC 20546:2019, como conjuntos de dados caracterizados por grande volume, velocidade e diversidade, cuja captura, armazenamento, processamento e análise exigem capacidades computacionais escaláveis e métodos específicos de tratamento de dados, distintos dos tradicionalmente utilizados em gestão de informação. Cf. <https://tinyurl.com/2s49t8h8>. Acesso em: 20 dez. 2025.

⁴ O *prossumerismo* é entendido, neste texto, como a situação em que o usuário final de energia elétrica também atua como produtor, consumindo parte da energia gerada e disponibilizando o excedente para a rede ou para microrredes, em linha com a figura da *prosumer's electrical installation* contemplada na IEC 60364-8-2 (Cf. <https://tinyurl.com/yzk87xvd>. Acesso em: 20 dez. 2025), bem como com a literatura que descreve a emergência de consumidores-produtores na transição energética, conforme disposto no texto.

⁵ Para fins deste artigo, microrredes são compreendidas em linha com o art. 1º, XII, da Lei nº 14.300, de seis de janeiro de 2022, como arranjos elétricos de distribuição secundária que integram recursos de geração distribuída, armazenamento de energia e cargas, capazes de operar tanto conectados à rede principal de distribuição quanto de forma isolada (*ilhada*), com controle próprio dos parâmetros elétricos e possibilidade de recomposição e autorrestabelecimento do fornecimento. Cf. <https://tinyurl.com/45hk5p6s>. Acesso em: 20 dez. 2025.

⁶ No ordenamento brasileiro, ainda não há definição normativa específica e consolidada para “edifícios de energia quase zero”, à semelhança dos *nearly zero-energy buildings* regulados na União Europeia. A disciplina existente decorre, sobretudo, de normas de desempenho e eficiência de edificações – como a ABNT NBR 15575 (desempenho de edificações habitacionais – cf. <https://tinyurl.com/yc26axv5>. Acesso em: 20 dez. 2025) e normas correlatas de desempenho térmico e eficiência energética, além dos regulamentos técnicos de qualidade para edificações comerciais e residenciais (RTQ-C e RTQ-R) do Procel Edifica – que estabelecem níveis de desempenho, mas não cunham a categoria de edifício de balanço energético anual próximo de zero. Cf. <https://tinyurl.com/yfrypxfd>. Acesso em: 20 dez. 2025. No plano internacional, o modelo europeu, consagrado pela Diretiva 2010/31/UE (e suas alterações), e as normas da família ISO 52000 sobre desempenho energético de edifícios trabalham justamente com esse balanço entre energia consumida e energia renovável produzida no próprio edifício ou em suas proximidades, servindo de referência

que respondam às inovações em curso (Bulkeley; Castán Broto; Edwards, 2016; Goldthau, 2014).

À luz desse quadro, o objetivo deste artigo é investigar de que modo o princípio da concordância prática pode orientar a harmonização entre a competência federal sobre energia elétrica e a autonomia municipal em matéria urbanística, no contexto da transição energética marcada por digitalização, geração distribuída e *prossumerismo*. Justifica-se a investigação pela relativa escassez, na literatura jurídica brasileira, de análises sistemáticas sobre a interface entre federalismo energético⁷, planejamento urbano e modelos inteligentes de gestão territorial, em contraste com o acúmulo de estudos internacionais sobre governança multinível da energia.

Metodologicamente, o trabalho é de natureza jurídico-dogmática, com análise de literatura especializada nacional e estrangeira, de documentos normativos e regulatórios do setor elétrico e do direito urbanístico, além de diálogo pontual com experiências internacionais de descentralização energética e de governança colaborativa (Bulkeley; Castán Broto; Edwards, 2016; Goldthau, 2014; OECD, 2017; Sovacool; Axsen; Sorrell, 2018). A partir desse percurso, busca-se delinear parâmetros para aferir a compatibilidade entre normas federais e municipais no campo energético, tomando o princípio da concordância prática como eixo estruturante. O artigo organiza-se em quatro partes principais: (i) o princípio da concordância prática no exterior, em que se examina a formulação e o uso do instituto em experiências estrangeiras e em cortes internacionais; (ii) o princípio da concordância prática no Brasil, em que se reconstrói sua recepção na doutrina e na jurisprudência constitucionais brasileiras; (iii) o regime jurídico da eletricidade no Brasil e novos desafios de direito urbanístico: uma concordância necessária, na qual se analisa a interface entre centralização regulatória da energia, competências urbanísticas municipais e a transição energética; e (iv) por uma metodologia de aferição da concordância prática entre União e municípios na transição energética e desenvolvimento local, em que se apresentam critérios e parâmetros para avaliar o grau de harmonização normativa entre os dois níveis federativos.

para a expressão “edifícios de energia quase zero” adotada neste artigo. Cf., respectivamente, <https://tinyurl.com/9yvcvwu6> e <https://tinyurl.com/4a83vuz7>. Acesso em: 20 dez. 2025.

⁷ A expressão “federalismo energético” é utilizada aqui para designar a forma como o modelo federativo brasileiro articula a centralização, na União, da exploração e da regulação dos serviços e instalações de energia elétrica, com as competências normativas e administrativas de estados e municípios em matérias conexas – sobretudo ambientais, urbanísticas, tributárias e de desenvolvimento local –, o que condiciona, na prática, a produção, a transmissão e a distribuição de energia.

1 O PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA NO EXTERIOR

O princípio da concordância prática é um dos fundamentos da hermenêutica constitucional e busca garantir a coexistência harmoniosa entre normas constitucionais que possam, em determinados casos, apresentar tensões ou aparentes contradições. Konrad Hesse foi um dos principais teóricos a desenvolver essa ideia, enfatizando que a constituição deve ser interpretada como uma unidade normativa em que nenhum princípio pode ser realizado de forma absoluta em detrimento dos demais. Para Hesse (2020), a otimização dos bens jurídicos envolvidos deve ocorrer por meio da proporcionalidade, evitando soluções que eliminem ou sacrifiquem completamente um dos interesses constitucionais em disputa. Em complemento, Grimm (2016) sustenta que a constituição, ao ser interpretada sob esse prisma, deve harmonizar princípios conflitantes de maneira equitativa, sem gerar uma hierarquia fixa entre eles.

Häberle (1972) defende que a constituição não é um conjunto rígido de regras, mas um sistema aberto que deve ser interpretado de forma dinâmica, considerando as interações entre diferentes esferas de governo. Nesse contexto, a concordância prática atua como um mecanismo de equilíbrio das competências da União e dos municípios, assegurando que nenhum ente federativo exerça suas atribuições de forma isolada e absoluta, mas sim em consonância com o todo constitucional. De forma semelhante, Canotilho (2003) argumenta que a estrutura federativa deve ser compreendida como um espaço de colaboração, e não de superposição de normas, sendo a concordância prática uma ferramenta essencial para a compatibilização de competências.

Robert Alexy (2008) relaciona o princípio da concordância prática ao princípio da proporcionalidade, argumentando que a solução de conflitos normativos exige uma análise estruturada das normas em disputa. A ponderação deve ser realizada com base na máxima otimização dos princípios envolvidos, estabelecendo limites recíprocos que permitam sua coexistência. Assim, a concordância prática se distingue da mera ponderação abstrata de valores, pois impõe um dever de concretização harmoniosa, e não uma hierarquização fixa entre as normas constitucionais. Schlink (1976) reforça essa visão, sustentando que a aplicação da proporcionalidade deve levar em conta a necessidade de coexistência entre as normas, e não apenas a supremacia de uma sobre a outra.

Outro autor relevante que discute a concordância prática é Friedrich Müller (1994), que enfatiza a necessidade de uma interpretação normativa voltada à realidade concreta. Ele argumenta que a constituição deve ser compreendida como um sistema de regras e princípios interdependentes, em que os conflitos de competência entre entes federativos devem ser resolvidos por meio da busca de soluções normativas que garantam a funcionalidade do ordenamento jurídico como um todo. A

solução de colisões entre normas constitucionais não pode ser feita com base em abstrações teóricas, mas sim a partir de um exame contextualizado dos efeitos práticos de cada decisão. No mesmo sentido, Larenz (1983) defende que o direito deve ser interpretado de maneira sistemática e coerente, visando sempre à efetividade da constituição.

Internacionalmente, o princípio da concordância prática tem sido aplicado em diversos ordenamentos jurídicos, para equilibrar normas de competência nacional e local. Na Alemanha, por exemplo, a jurisdição do Tribunal Constitucional Federal frequentemente recorre a esse princípio para resolver conflitos entre leis federais e estaduais, garantindo que a autonomia dos *Länder* não seja desproporcionalmente reduzida pela legislação nacional. No caso BVerfGE 72, 330 (383) – *Finanzausgleich I*⁸, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha decidiu que o sistema de equalização financeira deveria equilibrar a autonomia fiscal dos estados federados com a necessidade de garantir solidariedade financeira e coesão federativa, evitando tanto a centralização excessiva dos recursos quanto a desigualdade extrema entre os estados. De forma similar, a decisão BVerfGE 1, 117 (119) – *Finanzausgleichsgesetz*⁹ estabeleceu que a redistribuição de receitas fiscais entre a Federação e os estados deveria respeitar o princípio da proporcionalidade, assegurando que os estados menos desenvolvidos recebessem apoio sem que isso resultasse na dependência excessiva de recursos da União ou no desestímulo econômico dos estados mais prósperos. Ambas as decisões ilustram a aplicação do princípio da concordância prática, harmonizando a autonomia dos entes federativos com a necessidade de um sistema financeiro equilibrado e funcional.

As jurisprudências europeias demonstram a aplicação do princípio da concordância prática na resolução de conflitos entre autonomia municipal e interesses nacionais em serviços públicos. Em 1995, no caso *Commune de Morsang-sur-Orge*¹⁰, o Conselho de Estado francês harmonizou a

⁸ O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (BVerfG) analisou a constitucionalidade do sistema de equalização financeira entre os estados federados (*Länder*) e a Federação (*Bund*). A decisão enfatizou a necessidade de um equilíbrio entre a solidariedade fiscal e a autonomia financeira dos estados, determinando que a redistribuição de receitas deve garantir a coesão federativa sem comprometer a independência fiscal dos estados mais ricos. A Corte aplicou o princípio da concordância prática (*praktische Konkordanz*) para harmonizar a obrigação da Federação em garantir recursos aos estados mais necessitados, sem desestimular o crescimento econômico dos estados mais desenvolvidos. Cf. <https://tinyurl.com/yn637tm4>. Acesso em: 20 dez. 2025.

⁹ Neste caso, o BVerfG avaliou a validade da legislação que regulava a distribuição de receitas fiscais entre a Federação e os estados federados. A decisão consolidou o entendimento de que a igualdade financeira entre os estados é um princípio essencial para o federalismo alemão, mas que essa igualdade não pode ser imposta de maneira absoluta, sob pena de violação da autonomia fiscal estadual. O Tribunal determinou que a equalização financeira deve ser proporcional, evitando tanto a extrema dependência dos estados menos desenvolvidos quanto o excesso de encargos sobre os estados mais ricos. Esse entendimento reforçou a necessidade de um sistema de distribuição de receitas baseado em critérios justos e compatíveis com a organização federal do país. Cf. <https://tinyurl.com/xvz4xnpt>. Acesso em: 20 dez. 2025.

¹⁰ Decisão do Conselho de Estado da França, que analisou a compatibilidade entre a autonomia municipal e a proteção da dignidade humana. O caso envolveu a proibição de espetáculos de “lançamento de anões” pela prefeitura da cidade

regulamentação local e a dignidade humana, permitindo que municípios legislem sobre eventos públicos, desde que respeitem princípios fundamentais. Em *Ahmed v. United Kingdom*¹¹, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos equilibrou a liberdade religiosa e a neutralidade do serviço público, impedindo que municípios restringissem símbolos religiosos de forma absoluta, mas reconhecendo seu poder de organização interna. São decisões em que os tribunais não suprimiram a autonomia dos municípios, mas impuseram limites proporcionais, garantindo que os interesses locais e nacionais coexistissem de forma equilibrada, sem anular um em favor do outro.

Dessa forma, o princípio da concordância prática não se limita a uma técnica de ponderação abstrata, mas representa uma diretriz hermenêutica que exige a otimização concreta dos princípios constitucionais em conflito. Seu uso na interpretação constitucional demonstra a importância de soluções normativas que busquem a harmonização entre diferentes esferas de governo, garantindo que o ordenamento jurídico funcione como um sistema coeso e eficiente. Ao respeitar a proporcionalidade e a unidade da constituição, esse princípio contribui para a construção de um federalismo cooperativo e funcional, em que normas de diferentes níveis coexistem de forma harmônica.

2 O PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA NO BRASIL

A doutrina constitucional brasileira tem tratado o princípio da concordância prática como um elemento indispensável para a interpretação sistêmica da constituição federal, especialmente na resolução de conflitos normativos que envolvem competências da União, estados e municípios, bem como na harmonização de direitos fundamentais potencialmente colidentes. A aplicação desse princípio permite que a interpretação constitucional ocorra de forma a preservar a unidade do ordenamento jurídico, evitando contradições insuperáveis e promovendo um equilíbrio interpretativo que fortalece a estabilidade institucional. Mais do que um simples mecanismo de conciliação, a concordância prática se apresenta como um imperativo interpretativo, assegurando que os direitos

de Morsang-sur-Orge, medida contestada por organizadores sob o argumento de restrição à liberdade econômica. O tribunal decidiu que, embora os municípios tenham competência para regular eventos locais, essa autonomia não pode contrariar princípios fundamentais do Estado francês, como a dignidade humana, prevalecendo o interesse nacional na regulação da ordem pública. Cf. <https://tinyurl.com/4tpz8tvc>. Acesso em: 20 dez. 2025.

¹¹ Julgado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), o caso tratou da autonomia dos municípios na regulação do serviço público e sua compatibilidade com o direito à liberdade religiosa. A Prefeitura de Londres implementou uma política restritiva quanto ao uso de símbolos religiosos por funcionários municipais, argumentando que a medida garantiria neutralidade no serviço público. O Tribunal decidiu que, embora os municípios possam estabelecer regulamentos internos, não podem restringir direitos fundamentais de forma absoluta, exigindo um equilíbrio proporcional entre a neutralidade estatal e a liberdade individual. Cf. <https://tinyurl.com/yjr4n5u4>. Acesso em: 20 dez. 2025.

fundamentais e as competências institucionais coexistam com máxima eficácia no ordenamento jurídico (Mendes; Branco, 2022).

Entre os estudiosos que analisam essa questão, José Afonso da Silva (2013) argumenta que a concordância prática é essencial para a estrutura do federalismo cooperativo – modelo adotado pela Constituição de 1988¹². O autor destaca que os entes federativos devem buscar a coexistência normativa e que a solução para os conflitos de competência não pode partir da exclusão automática de uma norma em favor de outra (Silva, 2013). No âmbito da distribuição de competências, esse entendimento reforça a necessidade de coordenação entre União, estados e municípios, particularmente em áreas como educação, saúde e meio ambiente, em que a atuação conjunta dos entes federativos é imprescindível para a implementação eficaz de políticas públicas.

A perspectiva de Luís Roberto Barroso (2022) sobre o tema relaciona a concordância prática ao princípio da proporcionalidade, sustentando que conflitos normativos devem ser solucionados por meio da maximização da eficácia das normas envolvidas. A interpretação constitucional, segundo Barroso (2022), não deve partir de uma lógica de supremacia absoluta de um princípio sobre o outro, mas sim de um equilíbrio normativo que leve em consideração as circunstâncias do caso concreto. Esse ponto de vista ganha relevância na análise de situações em que normas aparentemente conflitantes podem coexistir sem que uma delas seja anulada, garantindo uma aplicação constitucional que respeite a complexidade do sistema jurídico.

O princípio da concordância prática também tem repercussão no campo da regulação econômica, conforme analisado por Eros Grau (2019), que argumenta que a liberdade de iniciativa e a proteção do consumidor devem ser interpretadas de forma conciliadora, evitando que um desses valores constitucionais seja completamente suprimido. Nesse sentido, Torres (2016) defende que a regulação econômica deve ser concebida de maneira a equilibrar a livre concorrência e a função social da propriedade, permitindo a coexistência desses princípios sem que um anule o outro. Essa lógica interpretativa é elemento conformador do Estado regulador, que precisa atuar de maneira equidistante entre a proteção de interesses públicos e a preservação da atividade econômica privada.

Na hermenêutica constitucional, Marcelo Neves (2013) enfatiza que a constitucionalização do direito impõe a necessidade de uma interpretação conforme a constituição, evitando que normas infraconstitucionais sejam invalidadas automaticamente, sem que haja uma tentativa prévia de compatibilização. Clève (2014) também sustenta que a interpretação conforme a constituição se revela um método adequado para preservar a lei, sempre que exista uma leitura possível compatível

¹² Cf. <https://tinyurl.com/2c54sjar>. Acesso em: 20 dez. 2025.

com o texto constitucional, evitando conflitos normativos irreconciliáveis. Trata-se, portanto, de técnica voltada primordialmente à adequação da norma infraconstitucional à constituição, distinta do princípio da concordância prática, que atua sobretudo no plano intraconstitucional, orientando a harmonização entre normas e princípios constitucionais em tensão, de modo a impedir que a concretização de um deles esvazie por completo a eficácia de outro. Para Streck (2019), a unidade da constituição exige que tanto a interpretação conforme quanto a concordância prática sejam manejadas a partir da ideia de coerência sistêmica, de forma que os conflitos entre normas sejam resolvidos prioritariamente por harmonização interpretativa, e não pela anulação sumária de uma delas. Esse raciocínio reforça a premissa de que a constituição deve ser lida como um todo coerente, sendo incompatível com uma interpretação fragmentada que priorize apenas determinados dispositivos em detrimento de outros.

No federalismo brasileiro, em consonância com a experiência estrangeira¹³, a aplicação da concordância prática tem sido determinante para resolver disputas entre normas municipais, estaduais e federais¹⁴. Bonavides (2015) argumenta que a harmonização normativa deve ser utilizada como um critério preferencial para resolver conflitos federativos, permitindo que a integridade do pacto federativo seja preservada sem comprometer a autonomia dos entes locais. Essa interpretação afasta leituras reducionistas da constituição, que poderiam resultar na imposição unilateral de normas por parte da União, esvaziando as competências estaduais e municipais. No Quadro 1, apresenta-se jurisprudência, do Supremo Tribunal Federal (STF), que aplica o princípio da concordância prática.

¹³ Como exemplo, o princípio da concordância prática foi aplicado no Acórdão n.º 1/2025 do Tribunal Constitucional de Portugal, no qual se analisou a legalidade de um referendo local sobre a proibição de alojamentos locais em imóveis destinados a habitação. O Tribunal harmonizou a autonomia regulamentar municipal com a legislação nacional (Regime Jurídico da Exploração dos Estabelecimentos de Alojamento Local – RJEEAL), reconhecendo que, embora os municípios possam regulamentar essa matéria, não podem contrariar normas de hierarquia superior. A decisão demonstra a aplicação da concordância prática ao compatibilizar o direito à habitação, a liberdade de iniciativa econômica e o princípio da legalidade administrativa, evitando que um desses valores se sobreponha de forma absoluta aos demais. Cf. <https://tinyurl.com/yymssshyk>. Acesso em: 19 dez. 2025.

¹⁴ No Brasil, em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Cível n. 5000518-28.2020.8.21.0135), relativo a desafetação de área verde, a decisão ponderou entre normas ambientais e o direito à moradia, reconhecendo que, embora a doação do terreno tenha inicialmente violado a legislação ambiental, a consolidação da habitação ao longo dos anos e as condições socioeconômicas do beneficiário justificavam a harmonização das normas em conflito. Cf. <https://tinyurl.com/mrpy9m5v>. Acesso em: 20 dez. 2025. De forma semelhante, em acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0038641-36.2023.8.16.0000) sobre restrições à apresentação de artistas de rua, entendeu-se que a legislação municipal, ao limitar manifestações em logradouros públicos, contrariava normas federais que garantem a liberdade de expressão e invadia competência legislativa da União, devendo ser afastada por restringir indevidamente um direito fundamental. Cf. <https://tinyurl.com/4vcxtmr6>. Acesso em: 20 dez. 2025. Ambos os casos demonstram como a concordância prática serve como técnica de compatibilização normativa, assegurando a coexistência e efetividade das normas envolvidas.

Quadro 1 – Jurisprudência, do STF, que aplica o princípio da concordância prática, em ordem cronológica decrescente

Processo	Quem decidiu	Data da decisão	Objeto	Conexão com a concordância prática
RE 1017365 ¹⁵	STF – Min. Edson Fachin	27/09/2023	Posse indígena e marco temporal para demarcação de terras.	Busca conciliar os direitos originários indígenas com a segurança jurídica e a proteção ambiental.
ADI 346 ¹⁶	STF – Min. Gilmar Mendes	15/02/2023	Teto remuneratório dos conselheiros dos tribunais de contas municipais.	Mantém a autonomia dos entes federativos, mas assegura uniformidade salarial na estrutura do serviço público.
ADI 6138 ¹⁷	STF – Min. Alexandre de Moraes	23/03/2022	Medidas protetivas de urgência para vítimas de violência doméstica.	Harmoniza a proteção da vítima com a separação dos poderes, ao permitir ação policial imediata com controle judicial posterior.
ARE 1099099 ¹⁸	STF – Min. Edson Fachin	26/11/2020	Liberdade religiosa e objeção de consciência no serviço público.	Equilibra a neutralidade estatal com o direito à liberdade religiosa, evitando uma interpretação antirreligiosa do Estado laico.
RE 843112 ¹⁹	STF – Min. Luiz Fux	22/09/2020	Revisão geral anual dos vencimentos dos servidores públicos.	Equilibra o direito dos servidores à revisão salarial com a responsabilidade fiscal e a competência dos poderes políticos.
AP 937 ²⁰	STF – Min. Roberto Barroso	03/05/2018	Foro por prerrogativa de função para crimes cometidos no exercício do cargo.	Evita o uso do foro privilegiado como mecanismo de impunidade, garantindo igualdade na responsabilização de agentes públicos.
ADI 4439 ²¹	STF – Min. Roberto Barroso	27/09/2017	Ensino religioso em escolas públicas e laicidade do Estado.	Compatibiliza a liberdade de crença com a laicidade do Estado, garantindo isonomia entre as confissões religiosas.
AP 565 ²²	STF – Min. Cármen Lúcia	08/08/2013	Independência entre as instâncias penal e administrativa.	Garante a efetividade do combate à corrupção sem comprometer a segurança jurídica e a divisão de competências entre os poderes.

Fonte: autoria própria.

No que tange aos direitos fundamentais, Piovesan (2019) sustenta que a concordância prática exige um esforço interpretativo contínuo, de modo que a coexistência harmônica dos direitos fundamentais seja preservada sem soluções extremas que eliminem um direito em favor de outro. Esse ponto de vista ganha especial relevância em casos que envolvem liberdade de expressão e proteção da honra, liberdade religiosa e laicidade do Estado, bem como a relação entre direitos individuais e o interesse coletivo.

A doutrina brasileira tem, portanto, utilizado o princípio da concordância prática como um elemento estruturante da interpretação constitucional, garantindo que diferentes normas, princípios e

¹⁵ Cf. <https://tinyurl.com/yckbvdr8>. Acesso em: 20 dez. 2025.

¹⁶ Cf. <https://tinyurl.com/2wtejfcu>. Acesso em: 20 dez. 2025.

¹⁷ Cf. <https://tinyurl.com/y6emy2f4>. Acesso em: 20 dez. 2025.

¹⁸ Cf. <https://tinyurl.com/2sv73p4z>. Acesso em: 20 dez. 2025.

¹⁹ Cf. <https://tinyurl.com/mrxmrfvf>. Acesso em: 20 dez. 2025.

²⁰ Cf. <https://tinyurl.com/y2btut5>. Acesso em: 20 dez. 2025.

²¹ Cf. <https://tinyurl.com/az4ekhr>. Acesso em: 20 dez. 2025.

²² Cf. <https://tinyurl.com/mbewba6t>. Acesso em: 20 dez. 2025.

direitos sejam compreendidos de forma compatível, respeitando a unidade da constituição. Seu emprego evita que interpretações fragmentadas enfraqueçam a coerência do ordenamento jurídico, reforçando a necessidade de soluções que conciliem a diversidade normativa sem comprometer sua efetividade.

A aplicação do princípio da concordância prática pelo STF, por seu turno, demonstra uma busca constante pela harmonização da distribuição de competências entre os entes federativos e pelo equilíbrio entre direitos fundamentais conflitantes. Em vez de simplesmente invalidar normas estaduais ou municipais, o STF opta por ajustes interpretativos que assegurem a coexistência normativa nos limites constitucionais. Há um claro prestígio à cooperação federativa, permitindo que estados e municípios exerçam sua autonomia sem desrespeitar a legislação nacional. No campo dos direitos fundamentais, a concordância prática também é utilizada para garantir que diferentes liberdades convivam, sem que uma elimine a outra. Dessa forma, o STF consolida uma interpretação equilibrada da constituição, promovendo segurança jurídica e estabilidade normativa. Com esse quadro teórico delineado, passa-se à análise do regime jurídico da eletricidade no Brasil e dos novos desafios que ele coloca ao direito urbanístico.

3 O REGIME JURÍDICO DA ELETRICIDADE NO BRASIL E NOVOS DESAFIOS DE DIREITO URBANÍSTICO: UMA CONCORDÂNCIA NECESSÁRIA

No início do século XX, a competência municipal era predominante, sendo os contratos de concessão para fornecimento de eletricidade estabelecidos no nível local (Sanches, 2011). A centralização promovida pelo Código de Águas de 1934, que viabilizou a criação da Eletrobras em 1962 e a construção de Itaipu nos anos 1970 (Oliveira *et al.*, 2011) são exemplos práticos da significativa retirada das competências municipais em face do setor elétrico. Com a Constituição de 1988, a regulação federal do setor elétrico foi reafirmada no artigo 21, inciso XII, alínea *b*, que atribuiu à União a exploração dos serviços de energia elétrica. Esse dispositivo consolidou o modelo centralizado ao definir que a prestação do serviço se daria por meio de concessões, permissões ou autorizações federais. Com o modelo setorial dos anos 1990, medidas institucionais como a criação do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), a desverticalização de ativos e reformulações como a privatização de ativos de geração, transmissão e distribuição, bem como a criação de figuras jurídicas como a comercialização de eletricidade, autoprodutores e produtores independentes, permaneceram concentrados na União, limitando a atuação dos entes subnacionais (Silva *et al.*, 2024).

Com a Constituição Federal de 1988, o direito urbanístico experimentou avanços

significativos, consolidando-se como um campo fundamental para o planejamento e a gestão sustentável das cidades. Como explica Ribeiro (2021), a autonomia municipal é uma característica estrutural do federalismo brasileiro, permitindo que os entes locais assumam responsabilidades específicas em um sistema normativo que articula diferentes esferas de governo. A Carta Magna de 1988 estabeleceu, no artigo 182, que a política urbana é de competência municipal e deve garantir a função social da propriedade. Esse princípio foi regulamentado pela Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que se tornou o marco legal mais importante do direito urbanístico no Brasil (Santos; Carriço, 2016). O Estatuto introduziu instrumentos urbanísticos inovadores, como o plano diretor (obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes), a outorga onerosa do direito de construir, o parcelamento ou edificação compulsórios e o usucapião especial urbano. Esses mecanismos visam promover o uso adequado do solo urbano, combater a especulação imobiliária e garantir o direito à moradia (Mendes; Goulart, 2021).

Além do Estatuto da Cidade, outras normas contribuíram para o fortalecimento do direito urbanístico. A Lei nº 11.977/2009²³, que instituiu o Programa Minha Casa, Minha Vida, trouxe diretrizes para a regularização fundiária de assentamentos informais, facilitando o acesso à propriedade formal para milhares de famílias. Já a Lei nº 12.608/2012²⁴, que criou a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, estabeleceu medidas para prevenir e mitigar desastres urbanos, como enchentes e deslizamentos, reforçando a necessidade de planejamento urbano integrado. Outro exemplo é a Lei nº 13.465/2017²⁵, que simplificou procedimentos de regularização fundiária urbana e rural, ampliando a segurança jurídica para ocupações consolidadas (Araújo; Ribeiro, 2001). Já a Lei nº 13.089/2015²⁶, conhecida como Estatuto da Metrópole, trouxe diretrizes para a gestão integrada de regiões metropolitanas, incluindo a promoção de soluções energéticas sustentáveis. Essa norma, aliada ao Decreto nº 9.578/2018²⁷ (Plano Nacional de Adaptação à Mudança do Clima), reforça a importância da descentralização e da participação local na transição energética (Dias *et al.*, 2024).

Parece evidente que, diante dessas competências federadas, um dos desafios que a transição energética impõe ao setor elétrico é como se articular perante as competências municipais voltadas para o direito urbanístico, tendo em vista a descentralização da matriz energética, que encontra seu principal respaldo na geração distribuída, e em quais termos haverá de ser colocada a concordância prática no federalismo brasileiro nesta matéria. Os precedentes existentes de concordância prática,

²³ Cf. <https://tinyurl.com/4t6fmanm>. Acesso em: 20 dez. 2025.

²⁴ Cf. <https://tinyurl.com/mwecc3ke>. Acesso em: 20 dez. 2025.

²⁵ Cf. <https://tinyurl.com/4p7kxkxz>. Acesso em: 20 dez. 2025.

²⁶ Cf. <https://tinyurl.com/59dfv3yx>. Acesso em: 20 dez. 2025.

²⁷ Cf. <https://tinyurl.com/3kdzy7bj>. Acesso em: 20 dez. 2025.

aqui mencionados, sugerem que, na transição energética, ela pode ser aplicada para equilibrar normas urbanísticas locais com diretrizes nacionais do setor elétrico, evitando soluções que inviabilizem a expansão da geração distribuída ou restrinjam indevidamente a autonomia municipal na ordenação territorial.

Afinal, a legislação brasileira tem enfrentado novos desafios relacionados à integração de tecnologias digitais e à sustentabilidade em cidades inteligentes, temas que se tornaram fundamentais para promover eficiência energética e descentralização. A Lei nº 14.120/2021²⁸, que atualizou o marco legal do setor elétrico, trouxe diretrizes para a modernização da infraestrutura energética, incentivando a geração distribuída e a inserção de fontes renováveis, como a solar e a eólica. A *dataficação* das cidades, por meio da coleta e análise massiva de informações sobre consumo, geração e eficiência energética, tem sido um dos pilares para a tomada de decisões em nível local. Esta articulação entre a competência nacional sobre energia e local sobre urbanismo tem sido cada vez mais explorada em países de alta renda²⁹, situação que traz resultados como o aumento da eficiência energética, bairros autossuficientes em energia, aumento da resiliência do sistema elétrico, entre outros (Quadro 2).

²⁸ Cf. <https://tinyurl.com/5fv4ck5y>. Acesso em: 20 dez. 2025.

²⁹ Para fins deste artigo, a referência a países de alta renda corresponde, em linhas gerais, ao grupo de economias classificadas como *high income* pelo Banco Mundial, isto é, aquelas cuja renda nacional bruta *per capita* supera o limiar anual definido por esse organismo, utilizado como indicador sintético de capacidade econômica e de desenvolvimento (Metreau; Young; Eapen, 2024).

Quadro 2 – Exemplos globais de descentralização energética e o papel dos municípios na governança local da energia, em ordem alfabética

Cidade, País	Iniciativa de descentralização energética	Principais resultados	Referências
Austin, EUA	Empresa pública investe em energia solar e eólica e moderniza a rede para integrar microrredes.	Ampliação da capacidade renovável e maior resiliência energética.	Hoicka; Conroy; Berka (2021)
Barcelona, Espanha	Programa “Barcelona Energia” permite que o município gere e forneça sua própria eletricidade.	Maior controle municipal e aumento da participação cidadã na transição energética.	Cheung; Davies; Trück (2019)
Copenhague, Dinamarca	Desenvolvimento de redes inteligentes e integração de energia eólica e solar.	Redução significativa das emissões de carbono e aumento da eficiência energética.	Sperling; Hvelplund; Mathiesen (2011)
Freiburg, Alemanha	Políticas locais incentivam geração distribuída e criação de cooperativas energéticas.	Mais de 50% da energia consumida vem de fontes renováveis.	Monstadt (2007)
Malmö, Suécia	Iniciativas locais de energia solar e eólica, além de edifícios sustentáveis.	Transição energética avançada, com bairros autossuficientes em energia.	Orehounig; Evins; Dorer (2015)
Munique, Alemanha	Estratégia de municipalização da energia, priorizando renováveis e redes inteligentes.	Meta de abastecimento 100% renovável até 2025.	Brisbois (2020)
São Francisco, EUA	Metas ambiciosas para atingir 100% de energias renováveis até 2030, via parcerias público-privadas.	Avanços em geração local e independência em relação à rede convencional.	Adil; Ko (2016)
Yokohama, Japão	Implementação de uma cidade inteligente com uso de microrredes e geração distribuída.	Maior resiliência energética, especialmente após o desastre de Fukushima.	Dreyfus; Suwa (2022)

Fonte: autoria própria.

No Brasil, iniciativas como o Programa Cidades Sustentáveis e a Lei nº 12.587/2012³⁰ (Política Nacional de Mobilidade Urbana) têm incentivado o uso de dados e tecnologias para melhorar a gestão urbana e a eficiência energética. Não menos importante, a Lei nº 13.709/2018³¹ (Lei Geral de Proteção de Dados, ou LGPD) estabeleceu diretrizes para o uso responsável de dados, essencial para a implementação de soluções inteligentes nas cidades (Teles da Silva; Dutra; Guimarães, 2018). No tocante aos dispositivos setoriais, o avanço do *prossumerismo*, em que consumidores também se tornam produtores de energia, tem alterado a dinâmica tradicional da distribuição elétrica, trazendo novas necessidades regulatórias. A Resolução Normativa nº 482/2012 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que regulamentou a geração distribuída no Brasil, foi um marco importante, ao permitir que consumidores gerem sua própria energia e compartilhem excedentes com a rede (Botelho *et al.*, 2022). Essa mudança exige a integração de microrredes e a criação de mecanismos que incentivem o compartilhamento de energia, desafios que ainda precisam ser plenamente enfrentados pela legislação brasileira (Felice; Vedovato; Silva, 2024). A partir disso,

³⁰ Cf. <https://tinyurl.com/4xj9sz8f>. Acesso em: 20 dez. 2025.

³¹ Cf. <https://tinyurl.com/2v7vnu6v>. Acesso em: 20 dez. 2025.

apresentam-se meios para buscar essa concordância prática.

4 POR UMA METODOLOGIA DE AFERIÇÃO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA ENTRE UNIÃO E MUNICÍPIOS NA TRANSIÇÃO ENERGÉTICA E DESENVOLVIMENTO LOCAL

A transição energética e o desenvolvimento local exigem uma interação harmoniosa entre a regulação federal do setor elétrico e as competências municipais no planejamento territorial, desenvolvimento sustentável e políticas ambientais. Como exemplo, a ausência de integração nos planos diretores pode inviabilizar a geração distribuída em áreas urbanas adensadas. Um estudo sobre a legislação urbanística de Chapecó (SC) (Zambarda *et al.*, 2020) demonstrou que a verticalização do entorno de residências unifamiliares pode reduzir a geração anual de energia fotovoltaica em mais de um terço, impactando significativamente a autossuficiência energética dos imóveis. Como o adensamento urbano é uma tendência geral no Brasil, a falta de normas que garantam o acesso solar pode comprometer investimentos em geração distribuída, mesmo em cenários em que os edifícios vizinhos tenham alturas moderadas, de sete ou oito pavimentos. Portanto, a incorporação de diretrizes energéticas nos planos diretores é fundamental para viabilizar a transição energética em meio à expansão urbana.

Para aferir a concordância prática entre União e municípios nesse contexto, é necessário adotar uma metodologia que permita avaliar como as normas e políticas públicas interagem na prática, garantindo que a atuação dos entes federativos seja compatível e eficiente, sem gerar conflitos normativos ou administrativos.

A literatura sobre governança energética tem ressaltado a importância da descentralização e da flexibilidade regulatória na transição para fontes renováveis. Segundo Goldthau e Sovacool (2016), a transição energética exige um modelo regulatório que permita maior autonomia para entes locais e regionais, uma vez que políticas energéticas eficazes precisam considerar especificidades territoriais e sociais. Estudos comparativos demonstram que países com forte coordenação entre níveis de governo, como Alemanha e Estados Unidos, conseguem integrar políticas federais de energia com estratégias locais de desenvolvimento sustentável, reduzindo ineficiências regulatórias e promovendo inovação no setor (Lockwood, 2016; Meadowcroft, 2009).

No Brasil, a relação entre União e municípios ainda carece, no setor energético, de um modelo consolidado de interação normativa, sendo fundamental a criação de metodologias que permitam avaliar a compatibilidade entre as normas e a viabilidade de políticas energéticas locais, considerando-se o marco regulatório nacional. Para tanto, serão delineados cinco eixos principais,

descritos a seguir, de maneira a identificar o que seria um modelo brasileiro de concordância prática nessa pauta.

4.1 ANÁLISE NORMATIVA E JURISPRUDENCIAL

O primeiro eixo metodológico concentra-se na avaliação das normas federais e municipais que regulamentam a transição energética e o desenvolvimento local, bem como da jurisprudência do STF e de outros tribunais superiores que orientam a aplicação dessas normas no contexto do federalismo brasileiro. O objetivo dessa análise é identificar a existência de conflitos normativos entre União e municípios, verificar como esses conflitos têm sido solucionados e aferir a aplicabilidade do princípio da concordância prática nas decisões judiciais.

A regulação da energia elétrica no Brasil está concentrada na União, conforme dispõe o art. 21, inciso XII, alínea *b*, da Constituição Federal de 1988, que atribui ao governo federal a competência para explorar os serviços de eletricidade. No entanto, o art. 30 da Constituição, ao definir a competência dos municípios, estabelece que eles podem suplementar normas federais e estaduais para atender a interesses locais, desde que respeitados os limites normativos. Essa relação entre centralização e autonomia municipal é o cerne do desafio regulatório na transição energética, uma vez que políticas energéticas descentralizadas dependem da articulação entre diferentes níveis de governo para sua efetiva implementação (Scaff, 2022).

No campo normativo infraconstitucional, o Estatuto da Cidade é um marco regulatório fundamental que define diretrizes para a política urbana dos municípios. Esse estatuto estabelece instrumentos como o plano diretor, a outorga onerosa do direito de construir e a usucapião especial urbana, todos voltados para o desenvolvimento sustentável e a ocupação racional do solo urbano (Mendes; Goulart, 2021). A Lei nº 14.300/2022³² (Marco Legal da Micro e Minigeração Distribuída) também merece destaque, pois regulamenta a produção descentralizada de energia, permitindo que consumidores gerem sua própria eletricidade e injetem excedentes na rede elétrica. Esse marco representa um avanço para a autonomia municipal no setor energético, mas sua implementação depende de diretrizes federais, especialmente aquelas formuladas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) (Silva *et al.*, 2024). O Quadro 3 é exemplificativo desse primeiro eixo.

³² Cf. <https://tinyurl.com/45hk5p6s>. Acesso em: 20 dez. 2025.

Quadro 3 – Exemplos de necessidade de concordância prática entre União e município para a transição energética

Ação	Competência da União sobre energia	Competência do município sobre urbanismo	Aplicação da concordância prática
Regulação de e minigeração distribuída	Art. 21, XII, <i>b</i> , e Art. 22, IV, da Constituição Federal – Competência privativa da União para legislar sobre energia elétrica e explorar serviços e instalações de energia.	Art. 30, VIII, da Constituição Federal – Competência municipal para promover adequado ordenamento territorial.	Municípios devem permitir a instalação de sistemas fotovoltaicos sem criar barreiras desproporcionais, garantindo compatibilidade com o marco regulatório nacional.
	Lei nº 14.300/2022 ³³ – Estabelece o marco regulatório da geração distribuída.	Lei nº 10.257/2001 ³⁴ (Estatuto da Cidade) – Diretrizes para ordenamento urbano.	
Licenciamento ambiental para parques eólicos e solares	Art. 23, VI e VII, da Constituição Federal – Competência comum para proteger o meio ambiente.	Art. 30, I, da Constituição Federal – Competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local.	O licenciamento deve equilibrar a proteção ambiental com a viabilidade dos projetos energéticos, evitando exigências excessivas que inviabilizem investimentos.
	Resolução CONAMA 237/1997 ³⁵ – Regras para licenciamento ambiental de empreendimentos energéticos.	Lei Complementar nº 140/2011 ³⁶ – Define a cooperação entre União, Estados e Municípios no licenciamento ambiental.	
Uso de postes e infraestruturas urbanas para redes inteligentes	Art. 21, XII, <i>b</i> , da Constituição Federal – Competência da União sobre serviços de energia elétrica.	Art. 30, VIII, da Constituição Federal – Ordenamento territorial e controle do uso do solo.	Municípios devem permitir o compartilhamento de postes e a modernização da rede sem impor restrições que impeçam a digitalização do setor elétrico.
	Resolução ANEEL 1000/2021 ³⁷ – Regulamenta os serviços de distribuição, incluindo compartilhamento de postes.	Código de Posturas Municipal – Regras para instalação de equipamentos urbanos.	
Planos diretores e restrição à geração distribuída	Art. 22, IV, da Constituição Federal – Competência privativa da União para legislar sobre energia.	Art. 182 da Constituição Federal – Municípios devem elaborar planos diretores.	Regulamentações locais devem ser ajustadas para não inviabilizar a geração distribuída, respeitando os objetivos nacionais de transição energética.
	Lei nº 9.427/1996 ³⁸ – Criação da ANEEL e regulamentação do setor elétrico.	Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) – Diretrizes para desenvolvimento sustentável.	
Autorização para infraestruturas de mobilidade elétrica	Art. 21, XII, <i>b</i> , da Constituição Federal – Exploração dos serviços de energia elétrica pela União.	Art. 30, I e VIII, da Constituição Federal – Competência municipal sobre assuntos locais e ordenamento urbano.	Os municípios devem garantir a instalação de pontos de recarga sem entraves burocráticos excessivos, alinhando-se às diretrizes nacionais de mobilidade sustentável.

Fonte: autoria própria.

³³ Cf. <https://tinyurl.com/45hk5p6s>. Acesso em: 20 dez. 2025.³⁴ Cf. <https://tinyurl.com/23drrb2j>. Acesso em: 20 dez. 2025.³⁵ Cf. <https://tinyurl.com/3wsczjf8>. Acesso em: 20 dez. 2025.³⁶ Cf. <https://tinyurl.com/4v2x8ypw>. Acesso em: 20 dez. 2025.

Esse eixo metodológico encontra respaldo internacional, com a coordenação entre diferentes níveis de governo na regulação energética sendo objeto de estudo e jurisprudência. Nos Estados Unidos, a doutrina da preempção regula a interação entre normas estaduais e federais, impedindo que regulações locais entrem em conflito com diretrizes federais, mas prevendo espaço para a atuação de estados e municípios na promoção de energias renováveis, especialmente em programas de incentivo à energia solar e eólica (Munhoz, 2022) pautadas em exceções à preempção.

As normas ambientais e urbanísticas nos Estados Unidos frequentemente se enquadram nas exceções à doutrina da preempção, devido ao reconhecimento da autonomia estadual e municipal nesses domínios. No direito ambiental, leis federais como a Clean Air Act (CAA) e a Clean Water Act (CWA) contêm cláusulas de salvaguarda (*savings clauses*) que explicitamente permitem que os estados imponham padrões mais rigorosos do que os federais, desde que não entrem em conflito direto com os objetivos da regulamentação nacional (Chemerinsky, 2019). Essa lógica segue o princípio da preempção mínima (*floor preemption*), no qual a legislação federal estabelece um piso de proteção ambiental, mas não impede que normas estaduais ou locais aumentem os requisitos de preservação ecológica. Um exemplo é a Califórnia, que possui padrões próprios de emissão de poluentes veiculares, superiores aos exigidos pelo governo federal. Já no direito urbanístico, a preempção federal é praticamente inexistente, pois a Suprema Corte dos EUA reconhece que o planejamento urbano, o uso do solo e o zoneamento são áreas tradicionalmente reguladas pelos estados e municípios, garantindo a eles ampla margem de atuação (Breyer *et al.*, 2021). Decisões como em *Village of Euclid v. Ambler Realty Co.*³⁹ (1926) consolidaram essa interpretação, reafirmando que os governos locais têm autoridade para definir diretrizes urbanísticas sem interferência federal direta.

Na União Europeia, a governança energética segue um modelo descentralizado baseado no princípio da subsidiariedade, permitindo que os estados-membros e suas subdivisões regionais desenvolvam políticas próprias de transição energética, desde que em alinhamento com as diretrizes estabelecidas pelo Pacto Verde Europeu (Kokke; Custódio; Siqueira, 2023).

A experiência internacional demonstra que a aplicação do princípio da concordância prática é uma estratégia eficaz para conciliar a autonomia municipal na promoção da transição energética com a competência regulatória da União, garantindo que iniciativas locais de energia renovável sejam implementadas de forma coordenada, juridicamente segura e alinhada aos objetivos nacionais e internacionais de sustentabilidade. Esse modelo favorece uma governança energética mais integrada

³⁷ Cf. <https://tinyurl.com/5yrtwy9w>. Acesso em: 20 dez. 2025.

³⁸ Cf. <https://tinyurl.com/53vbh5sm>. Acesso em: 20 dez. 2025.

³⁹ Cf. <https://tinyurl.com/ujt3e6wu>. Acesso em: 20 dez. 2025.

e eficiente, permitindo que os municípios desenvolvam políticas inovadoras de incentivo à geração distribuída, sem comprometer a estabilidade do setor elétrico ou a harmonia do sistema regulatório.

4.2 MAPEAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS LOCAIS DE ENERGIA E DESENVOLVIMENTO

O mapeamento das políticas públicas locais de energia e desenvolvimento é um eixo fundamental para compreender a atuação dos municípios na transição energética e os desafios que enfrentam diante da regulação federal. A descentralização da produção e consumo de energia, especialmente com o crescimento da geração distribuída e das redes inteligentes, exige um alinhamento normativo entre União, estados e municípios. No entanto, a falta de diretrizes claras sobre a competência municipal no setor energético pode dificultar a implementação de políticas locais eficazes. Segundo Sovacool, Axsen e Sorrell (2018), a governança energética descentralizada requer uma combinação entre regulação centralizada e autonomia local, permitindo que municípios desenvolvam soluções energéticas adaptadas às suas especificidades territoriais e socioeconômicas.

Para realizar um mapeamento eficaz das políticas públicas locais de energia, a metodologia adotada deve combinar análise documental e empírica. O primeiro passo envolve o levantamento e a sistematização das normas municipais relacionadas à transição energética, incluindo leis, decretos e programas específicos sobre eficiência energética, incentivos à geração distribuída e regulamentação de infraestrutura para veículos elétricos. É essencial analisar a interação dessas normas com as políticas federais, como o Plano Nacional de Energia (PNE)⁴⁰ e o Programa de Eficiência Energética (PEE)⁴¹ da ANEEL, verificando até que ponto há sinergia ou sobreposição regulatória. Esse método permite identificar padrões de inovação regulatória nos municípios e evidenciar barreiras impostas pela legislação federal.

Além da análise normativa, a metodologia de mapeamento inclui a coleta de dados primários por meio de entrevistas com gestores municipais e estaduais. Essas entrevistas têm como objetivo identificar as dificuldades enfrentadas pelos municípios na implementação de políticas energéticas locais, bem como os impactos das restrições normativas federais sobre suas iniciativas. Um estudo comparativo conduzido por Meadowcroft (2009) demonstrou que a viabilidade da transição energética está diretamente relacionada à flexibilidade dos arranjos institucionais e à capacidade dos governos locais de experimentar novos modelos regulatórios. Nesse sentido, os municípios que

⁴⁰ Cf. <https://tinyurl.com/ykf6c9uc>. Acesso em: 20 dez. 2025.

⁴¹ Cf. <https://tinyurl.com/3ccnbt6v>. Acesso em: 20 dez. 2025.

possuem autonomia para implementar projetos de energia renovável e redes inteligentes tendem a apresentar mais inovação e eficiência no setor energético.

Um exemplo concreto é o município de São Paulo, que lançou em fevereiro de 2023 uma parceria público-privada (PPP) para instalação e operação de centrais geradoras fotovoltaicas destinadas ao suprimento de energia elétrica de 689 unidades da Secretaria Municipal de Educação⁴². Esse projeto demonstra como a autonomia municipal pode impulsionar a inovação energética ao integrar políticas locais com a regulação nacional de geração distribuída, garantindo eficiência no uso de recursos públicos e alinhamento com diretrizes ambientais. Hipoteticamente, outros municípios poderiam adotar modelos semelhantes, incentivando a descentralização da matriz energética sem comprometer a segurança jurídica e a compatibilidade regulatória.

A construção de indicadores para o mapeamento das políticas públicas locais de energia é um aspecto central da metodologia. Entre os principais indicadores avaliados estão: (i) o número de municípios que desenvolveram políticas próprias de transição energética, (ii) o grau de alinhamento entre políticas locais e federais e (iii) o impacto regulatório da União sobre a inovação energética nos municípios. A análise desses indicadores permite mensurar o nível de autonomia municipal na implementação de políticas energéticas e identificar os desafios enfrentados pelos entes locais na compatibilização com a regulação federal. Segundo Goldthau e Sovacool (2016), a descentralização da governança energética pode estimular inovação e eficiência, mas depende da existência de um ambiente regulatório que permita a coexistência de diferentes níveis normativos.

A metodologia de mapeamento deve incluir meios de comparar municípios que obtiveram sucesso na implementação de políticas energéticas inovadoras e aqueles que enfrentaram barreiras normativas. Essa análise comparativa permite identificar boas práticas e propor recomendações para aprimorar a coordenação entre União e municípios. A criação de uma base de dados sistematizada sobre as políticas locais de energia pode auxiliar no desenvolvimento de estratégias de governança mais eficazes, garantindo que a transição energética ocorra de forma harmoniosa no modelo federativo brasileiro. Como apontam Ahn e Baldwin (2024), a regulação eficaz do setor energético requer um equilíbrio entre normas centralizadas e flexibilidade regulatória local, permitindo que os municípios contribuam para um sistema energético mais sustentável e resiliente.

⁴² Cf. <https://tinyurl.com/59e6fxr6>. Acesso em: 20 dez. 2025.

4.3 ANÁLISE DE IMPACTO ECONÔMICO E SOCIAL DA REGULAÇÃO ENERGÉTICA

A avaliação dos impactos econômicos e sociais da regulação energética pode ser realizada por meio da análise da interação entre normas federais e políticas municipais voltadas à transição energética. Esse processo inclui a identificação de barreiras regulatórias, o mapeamento de incentivos locais e a observação dos efeitos dessas iniciativas sobre a economia municipal, geração de empregos e acesso à energia renovável.

A metodologia adotada para a análise da transição energética municipal fundamenta-se na comparação entre municípios que implementaram políticas voltadas para o incentivo à energia limpa e renovável e aqueles que enfrentam ou enfrentaram barreiras normativas que dificultam esse avanço. Essa comparação permite avaliar o impacto das iniciativas regulatórias na atração de investimentos, no crescimento da infraestrutura energética local e na consolidação de um modelo urbano mais sustentável. Para isso, a coleta de dados envolve a análise detalhada de leis municipais, identificando dispositivos que promovam a sustentabilidade energética no planejamento urbano. Um exemplo relevante é a Lei nº 16.050/2014⁴³ (Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo), que, com a inclusão do art. 25, inciso X, por meio da Lei nº 17.975/2023⁴⁴, estabeleceu como objetivo urbanístico e ambiental estratégico a implantação de sistemas de energia limpa e renovável, integrando-os à rede hídrica ambiental da cidade. Essa diretriz demonstra como a normatização local pode impulsionar a transição energética, vinculando-a a políticas de preservação ambiental e desenvolvimento urbano sustentável.

Outro exemplo valioso é a Lei nº 11.781⁴⁵, de 29 de novembro de 2024, que instituiu a Política Municipal de Incentivo ao Uso de Energia Limpa (PMIUEL) em Belo Horizonte, consolidando um marco regulatório voltado para a transição energética e o desenvolvimento sustentável no âmbito municipal. A norma estabelece princípios, diretrizes e incentivos para fomentar o uso de fontes renováveis, como energia solar e eólica, tanto em novas edificações quanto na adaptação de estruturas preexistentes. Por exemplo, ela institui mecanismos que incentivam a instalação de sistemas de micro e minigeração distribuída, permitindo que edificações residenciais, comerciais e industriais adotem tecnologias fotovoltaicas e eólicas para suprir parte de sua demanda energética. A lei estabelece incentivos fiscais e urbanísticos, como reduções tributárias e benefícios edilícios, para empreendimentos que implementem soluções sustentáveis em suas construções. A PMIUEL também promove o conceito de economia verde, estimulando a geração de empregos locais

⁴³ Cf. <https://tinyurl.com/25ehdafp>. Acesso em: 20 dez. 2025.

⁴⁴ Cf. <https://tinyurl.com/4th4ndyv>. Acesso em: 20 dez. 2025.

⁴⁵ Cf. <https://tinyurl.com/5dz87tcp>. Acesso em: 20 dez. 2025.

e a capacitação profissional para atuar na cadeia produtiva de energia limpa, fortalecendo o setor de tecnologia e inovação em Belo Horizonte. Além disso, a norma prevê que edificações que se adequem às exigências de geração fotovoltaica e eficiência energética possam receber certificações ambientais e benefícios adicionais, reforçando o compromisso com a sustentabilidade urbana. Outro ponto da legislação é a integração entre o poder público e o setor privado, permitindo parcerias estratégicas e cooperação técnica para viabilizar projetos de infraestrutura energética sustentável. A Prefeitura poderá firmar convênios e contratos com empresas, cooperativas e instituições acadêmicas, buscando soluções inovadoras para a expansão da energia renovável no município.

O exemplo da PPP de energia solar da Prefeitura de São Paulo citado anteriormente se insere em um contexto mais amplo de iniciativas semelhantes implementadas em diversos municípios brasileiros. Modelos de PPP voltadas à geração de energia fotovoltaica têm sido adotados com o objetivo de promover eficiência energética, reduzir custos com eletricidade e alinhar as práticas da administração pública às diretrizes de sustentabilidade. Em Uberaba (MG)⁴⁶, a primeira PPP de usina solar fotovoltaica homologada no Brasil prevê um investimento de R\$ 60 milhões, consolidando-se como referência para outros municípios na implementação de infraestrutura energética sustentável. Iniciativas semelhantes também foram estruturadas em Angra dos Reis (RJ)⁴⁷, onde o projeto busca otimizar o uso de prédios públicos para a geração distribuída de energia, e na cidade do Rio de Janeiro, com o “Solário Carioca”⁴⁸, que terá capacidade de geração de cinco megawatts.

O município de Porto Alegre (RS)⁴⁹ também aderiu ao modelo de PPP para usinas fotovoltaicas, prevendo concessão administrativa para implantação, operação e manutenção das centrais geradoras. Em Fortaleza (CE)⁵⁰, um projeto de PPP voltado à energia solar envolve investimentos de mais de R\$ 50 milhões, demonstrando o potencial do setor para atrair capital privado e garantir maior previsibilidade orçamentária ao poder público. Outros exemplos incluem a modelagem de PPPs para geração fotovoltaica no Consórcio de Municípios da Alta Mogiana (SP)⁵¹, bem como projetos em Cachoeiro de Itapemirim (ES)⁵² e unidades de saúde no município de São Paulo⁵³. Esses casos evidenciam como a descentralização da governança energética pode impulsionar a inovação e a eficiência no setor, condicionadas à existência de um ambiente regulatório que viabilize

⁴⁶ Cf. <https://tinyurl.com/5akhdf96>. Acesso em: 19 dez. 2025.

⁴⁷ Cf. <https://tinyurl.com/mprthv9k>. Acesso em: 19 dez. 2025.

⁴⁸ Cf. <https://tinyurl.com/tamx2v2w>. Acesso em: 19 dez. 2025.

⁴⁹ Cf. <https://tinyurl.com/35wnmwcr>. Acesso em: 19 dez. 2025.

⁵⁰ Cf. <https://tinyurl.com/mrtsywh4>. Acesso em: 19 dez. 2025.

⁵¹ Cf. <https://tinyurl.com/4d34weua>. Acesso em: 19 dez. 2025.

⁵² Cf. <https://tinyurl.com/4nbnxjt5>. Acesso em: 19 dez. 2025.

⁵³ Cf. <https://tinyurl.com/35fabmca>. Acesso em: 19 dez. 2025.

a coexistência entre normas municipais e diretrizes federais no âmbito da transição energética. Além disso, a política municipal contribui para a descarbonização das atividades urbanas, alinhando-se às Contribuições Nacionalmente Determinadas (NDCs)⁵⁴ do Brasil no Acordo de Paris e aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)⁵⁵.

A análise de impacto econômico e social da regulação energética pode utilizar indicadores como crescimento de investimentos privados, geração de empregos no setor de energia limpa e expansão da infraestrutura energética municipal. A comparação entre municípios que implementaram políticas energéticas e aqueles que enfrentam ou enfrentaram entraves regulatórios permite avaliar a efetividade da descentralização normativa e identificar ajustes necessários para fortalecer a governança da transição energética no Brasil.

4.4 DESENVOLVIMENTO DE UM ÍNDICE DE CONCORDÂNCIA PRÁTICA (ICP)

A criação de um Índice de Concordância Prática (ICP) se justifica como um instrumento para medir o grau de harmonia entre as normativas federais e municipais no contexto da transição energética. A ausência de um sistema estruturado para avaliar a compatibilidade das normas pode dificultar a formulação de políticas públicas eficazes e gerar conflitos de competência que impactam diretamente o desenvolvimento local e os investimentos em energia limpa. Modelos semelhantes de avaliação de governança energética já foram aplicados internacionalmente, como os *frameworks* de transição energética utilizados na União Europeia (Goldthau; Sovacool, 2016) e nos Estados Unidos (Lockwood, 2016), onde critérios de descentralização regulatória e flexibilidade normativa são centrais para a implementação de políticas energéticas sustentáveis. O ICP deve ser composto pelos seguintes critérios (Quadro 4):

⁵⁴ Cf. <https://tinyurl.com/55dshnut>. Acesso em: 20 dez. 2025.

⁵⁵ Cf. <https://tinyurl.com/4c7jubmd>. Acesso em: 20 dez. 2025.

Quadro 4 – Proposta de critérios para aferição do Índice de Concordância Prática (ICP)

Critério	O que é	Como proceder
Coerência normativa	Grau de compatibilidade entre normas federais e municipais no setor energético.	Analisar legislações federais e municipais para identificar conflitos normativos e mecanismos de harmonização.
Flexibilidade regulatória	Nível de autonomia dos municípios para implementar políticas energéticas próprias.	Avaliar se os municípios possuem margem para inovar em políticas energéticas, sem entraves normativos.
Segurança jurídica	Frequência e impacto das decisões judiciais que favorecem ou restringem a atuação dos municípios.	Coletar e analisar jurisprudências do STF, Superior Tribunal de Justiça (STJ) e tribunais estaduais, sobre a competência dos municípios.
Impacto econômico	Influência da regulação federal sobre investimentos e empregos locais no setor energético.	Examinar o impacto da regulação sobre atração de investimentos e geração de empregos em energia renovável.
Desempenho ambiental	Eficácia das políticas municipais na redução de emissões de carbono e promoção da eficiência energética.	Medir a adoção de políticas municipais de energia limpa e sua contribuição para metas ambientais.
Desempenho urbanístico	Avaliação da integração entre políticas energéticas e planejamento urbano municipal.	Analisar o alinhamento entre políticas de energia, planejamento territorial e desenvolvimento urbano sustentável.

Fonte: autoria própria.

Cada critério deverá ser avaliado em uma escala de 0 (zero) a 10, sendo que um ICP alto (próximo de 10) indica forte compatibilidade entre União e municípios, enquanto um ICP baixo (próximo de 0) sugere conflitos normativos que dificultam a governança da transição energética.

4.5 TESTES PRÁTICOS E RECOMENDAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A avaliação da governança energética entre União e municípios exige um processo de validação empírico que permita verificar a coerência normativa e os desafios regulatórios identificados na análise preliminar. A implementação do ICP em diferentes contextos municipais permitirá examinar a dinâmica entre políticas nacionais e ações locais no setor energético. Esse processo inclui a seleção de municípios com distintas características econômicas e ambientais, permitindo uma análise comparativa sobre a interação entre regulação federal e iniciativas municipais voltadas à transição energética.

A aplicação do ICP deverá ser complementada por discussões com especialistas do setor elétrico, juristas especializados em direito constitucional, ambiental e urbanístico, além de gestores municipais e estaduais. Esse formato participativo possibilitará um refinamento contínuo da métrica adotada, garantindo que as variáveis incluídas no índice reflitam a realidade da governança energética no Brasil. Estudos demonstram que a governança multinível na transição energética requer

mecanismos de equilíbrio entre poder regulatório centralizado e flexibilidade para inovação em nível local (Meya; Neetzow, 2021).

As recomendações legislativas serão formuladas com base nos padrões identificados durante a aplicação do ICP, observando a viabilidade de maior autonomia para os municípios na formulação de incentivos à energia renovável e à geração distribuída. Algumas propostas incluem a adaptação da legislação federal para facilitar a interação entre estados e municípios no desenvolvimento de infraestrutura energética sustentável. Modelos como o federalismo energético dinâmico, discutido por Osofsky e Wiseman (2013), destacam a necessidade de permitir que diferentes níveis de governo atuem conjuntamente na regulamentação da produção e do consumo de energia limpa.

O impacto dessas recomendações pode ser avaliado por meio de indicadores como a aceitação das propostas no Congresso Nacional, nas assembleias legislativas e nas câmaras de vereadores, a criação de políticas municipais voltadas à transição energética e a incidência de litígios entre União e municípios sobre a temática. Marcos regulatórios eficientes resultam da integração entre inovação tecnológica e estabilidade jurídica, garantindo que os incentivos para a transição energética sejam sustentáveis a longo prazo. No Brasil, a governança energética precisa responder aos desafios da descentralização sem comprometer a segurança jurídica e o alinhamento das políticas públicas com os compromissos ambientais nacionais e internacionais.

A análise das respostas institucionais às diretrizes propostas também possibilitará ajustes metodológicos no próprio ICP, adaptando suas métricas conforme novas necessidades regulatórias surjam. O estudo da governança multinível em energia mostra que revisões contínuas nas políticas são essenciais para adequação a cenários em transformação, especialmente diante do avanço das tecnologias de geração distribuída e das mudanças climáticas. A literatura destaca que a interação entre níveis de governo precisa ser flexível o suficiente para incorporar novos modelos energéticos e estratégias locais de mitigação dos impactos ambientais (Williamson; Sayer, 2012).

O processo de validação e recomendação regulatória contribui para aprimorar a governança energética e fortalecer a previsibilidade normativa, permitindo que os municípios desenvolvam iniciativas alinhadas à regulação federal, sem comprometer sua autonomia. A implementação desse modelo no Brasil pode fornecer um referencial para políticas energéticas mais eficazes, garantindo que os desafios da descentralização sejam superados por meio da cooperação federativa e de mecanismos normativos que favoreçam a inovação no setor elétrico.

5 CONCLUSÕES

A análise da governança energética entre União e municípios, considerando o princípio da concordância prática, demonstra que a interação entre diferentes níveis de governo na transição energética demanda soluções que conciliem a regulação centralizada e a autonomia local. O modelo federativo brasileiro, ainda que consolidado na Constituição de 1988, apresenta desafios estruturais na coordenação de competências entre os entes subnacionais e a União, especialmente em setores regulados como o de energia. A aplicação da concordância prática pode contribuir para minimizar conflitos normativos e administrativos, proporcionando maior previsibilidade regulatória e favorecendo a implementação de políticas locais alinhadas às diretrizes nacionais.

O desenvolvimento de uma metodologia para aferir a concordância prática nesse contexto mostra-se relevante para mapear como as normas federais e municipais interagem na prática. O Índice de Concordância Prática (ICP) proposto permite um diagnóstico detalhado do grau de alinhamento entre os diferentes níveis de regulação no setor energético, possibilitando uma avaliação concreta da coerência normativa. Essa ferramenta oferece subsídios para gestores públicos e legisladores identificarem oportunidades de ajustes regulatórios e, assim, aprimorarem a governança da transição energética no Brasil.

A experiência internacional evidencia que modelos descentralizados de regulação energética podem ser eficazes quando há mecanismos de cooperação bem estabelecidos entre os entes federativos. Em países como a Alemanha e os Estados Unidos a descentralização da governança energética não implica necessariamente fragmentação normativa, desde que existam diretrizes federais claras que possibilitem a autonomia local na implementação de estratégias de energia renovável. O Brasil pode se beneficiar dessas experiências ao estruturar um modelo regulatório mais flexível e adaptável às especificidades regionais.

As decisões do STF indicam que a jurisprudência tem adotado o princípio da concordância prática como critério para resolver disputas normativas entre União e municípios, alinhado às melhores práticas internacionais. No entanto, a falta de diretrizes mais objetivas sobre como essa harmonização deve ocorrer na prática dificulta a formulação de políticas energéticas municipais. A adoção de um índice que mensure a compatibilidade entre normas pode contribuir para a uniformização de entendimentos jurídicos e para a redução de litígios sobre a distribuição de competências no setor energético.

A falta de integração entre políticas federais e municipais tem impactado negativamente o desenvolvimento de iniciativas locais de transição energética. Municípios que possuem potencial para

explorar energias renováveis podem se valer da compatibilização para impulsionar investimentos privados e fomentar a inovação no setor de energia limpa.

Estudos posteriores devem buscar mostrar se a aplicação dessa metodologia proposta permite não apenas diagnosticar o nível de alinhamento entre normas federais e municipais, mas também subsidiar recomendações legislativas e administrativas para fortalecer a coordenação entre os diferentes níveis de governo. A criação de espaços de diálogo entre União e municípios, aliada a ajustes normativos que tornem a regulação mais adaptável, pode contribuir para um modelo de governança energética mais eficiente e dinâmico, sendo a previsibilidade regulatória essencial para garantir segurança jurídica e incentivar a transição energética no país.

REFERÊNCIAS

ADIL, A. M.; KO, Y. Socio-technical evolution of Decentralized Energy Systems: A critical review and implications for urban planning and policy. **Renewable and Sustainable Energy Reviews**, v. 57, p. 1025-1037, 2016.

AHN, M.; BALDWIN, E. Who benefits from collaborative governance? An empirical study from the energy sector. **Public Management Review**, v. 26, n. 1, p. 89-113, 2024.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, S. M.; RIBEIRO, V. L. S. Interference of urban and environmental norms in urban spatial segregation: the case of Brazilian federal legislation. In: International Seminar on Segregation in the City, 2001, Rio de Janeiro. **Anais [...]**.

BAPTISTA, D. F. F. **Direito da energia elétrica**: uma proposta de regulação para microrredes. 2024. Tese (Doutorado em Engenharia Elétrica) – Faculdade de Engenharia Elétrica e de Computação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2024.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2022.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

BOTELHO, D. F. *et al.* Prosumer integration into the Brazilian energy sector: An overview of innovative business models and regulatory challenges. **Energy Policy**, v. 161, 112735, 2022.

BREYER, S. G. *et al.* **Administrative law and regulatory policy**. 9. ed. New York: Aspen Publishing, 2021.

BRISBOIS, M. C. Decentralised energy, decentralised accountability? Lessons on how to govern decentralised electricity transitions from multi-level natural resource governance. **Global Transitions**, v. 2, p. 16-25, 2020.

BROWN, D.; HALL, S.; DAVIS, M. E. Prosumers in the post-subsidy era: an exploration of new prosumer business models in the UK. **Energy Policy**, v. 135, 110984, 2019.

BULKELEY, H.; CASTÁN BROTO, V.; EDWARDS, G. A. S. **An urban politics of climate change**: experimentation and the governing of socio-technical transitions. Abingdon: Routledge, 2016.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CHEMERINSKY, E. **Constitutional law**: principles and policies. 6. ed. New York: Aspen Publishing, 2019.

CHEUNG, G.; DAVIES, P. J.; TRÜCK, S. Transforming urban energy systems: the role of local governments' regional energy master plan. **Journal of Cleaner Production**, v. 220, p. 655-667, 2019.

CLÈVE, C. R. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DIAS, F. T. *et al.* Urban sustainability as a social function of the city: strategic correlation based on Brazilian legislation with the new urban agenda and sustainable development goals. **Sustainable Development**, v. 32, n. 1, p. 1279-1290, 2024.

DIDONÉ, E. L.; WAGNER, A.; PEREIRA, F. O. R. Estratégias para edifícios de escritórios energia zero no Brasil com ênfase em BIPV. **Ambiente Construído**, Porto Alegre, v. 14, n. 3, p. 27-42, jul./set. 2014.

DREYFUS, M.; SUWA, A. (ed.). **Local energy governance**: opportunities and challenges for renewable and decentralised energy in France and Japan. Abingdon: Routledge, 2022.

FELICE, D.; VEDOVATO, L. R.; SILVA, L. C. P. da. Smart cities and electric microgrids: regulatory framework as local energy communities. In: FONSECA, I. C. **Smart cities and law, e-governance and rights**. Milano: Wolters Kluwer: CEDAM, 2024. p. 43-60.

GOLDTHAU, A. Rethinking the governance of energy infrastructure: Scale, decentralization and polycentrism. **Energy Research & Social Science**, v. 1, p. 134-140, 2014.

GOLDTHAU, A.; SOVACOO, B. K. Energy technology, politics, and interpretative frames: shale gas fracking in Eastern Europe. **Global Environmental Politics**, v. 16, n. 4, p. 50-69, 2016.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2019.

GRIMM, D. **Constitutionalism**: past, present, and future. Oxford: Oxford University Press, 2016.

GÜNGÖR, V. C. *et al.* Smart grid technologies: communication technologies and standards. **IEEE Transactions on Industrial Informatics**, v. 7, n. 4, p. 529-539, 2011.

HÄBERLE, P. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten: ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation. **JuristenZeitung**, v. 30, n. 10, p. 297-305, 1972.

HESSE, K. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2020.

HOICKA, C. E.; CONROY, J.; BERKA, A. L. Reconfiguring actors and infrastructure in city renewable energy transitions: A regional perspective. **Energy Policy**, v. 158, 112544, 2021.

INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY (IRENA). **Innovation landscape for a renewable-powered future**. Abu Dhabi: IRENA, 2019.

KOKKE, M.; CUSTÓDIO, M. M.; SIQUEIRA, L. N. Brazil's environmental legal framework: environmental goods regulation. **Beijing Law Review**, v. 14, n. 2, p. 2164-2183, 2023.

LARENZ, K. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**. Berlin: Springer, 1983.

LOCKWOOD, M. Creating protective space for innovation in electricity distribution networks in Great Britain: the politics of institutional change. **Environmental Innovation and Societal Transitions**, v. 18, p. 111-127, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.eist.2015.05.007>.

LOVINS, A. B. **Reinventing fire: bold business solutions for the new energy era**. Chelsea: Green Publishing, 2018.

MEADOWCROFT, J. What about the politics? Sustainable development, transition management, and long term energy transitions. **Policy Sciences**, v. 42, p. 323-340, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11077-009-9097-z>.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2022.

MENDES, M. C. P.; GOULART, J. O. The participatory process in the review of the Master Plan of Vitória (2014-2018). **Revista Nacional de Gerenciamento de Cidades**, v. 9, n. 73, 2021.

METREAU, E.; YOUNG, K. E.; EAPEN, S. G. World Bank country classifications by income level for 2024-2025. **World Bank Data Blog**, 1 jul. 2024. Disponível em: <https://tinyurl.com/3u557uwj>. Acesso em: 27 nov. 2025.

MEYA, J. N.; NEETZOW, P. Renewable energy policies in federal government systems. **Energy Economics**, v. 101, 105459, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.eneco.2021.105459>.

MONSTADT, J. Urban governance and the transition of energy systems: institutional change and shifting energy and climate policies in Berlin. **International Journal of Urban and Regional Research**, v. 31, n. 2, p. 326-343, 2007.

MÜLLER, F. **Juristische Methodik**. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

MUNHOZ, L. The Brazilian environmental regulatory framework and the Paris Agreement: challenges for the Forest Code as a tool to tackle climate change. **University of Hawai'i Law Review**, v. 44, n. 1, p. 263-289, 2022.

NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OECD. **The governance of land use in OECD countries: policy analysis and recommendations.** Paris: OECD Publishing, 2017.

OLIVEIRA, A. de *et al.* Energy restrictions to growth: the past, present and future of energy supply in Brazil. In: AMANN, E.; BAER, W.; COES, D. V. (ed.). **Energy, Bio Fuels and Development.** Comparing Brazil and the United States. Abingdon: Routledge, 2011. p. 51-64.

OREHOUNIG, K.; EVINS, R.; DORER, V. Integration of decentralized energy systems in neighbourhoods using the energy hub approach. **Applied Energy**, v. 154, p. 277-289, 2015.

OSOFSKY, H. M.; WISEMAN, H. J. Dynamic energy federalism. **Maryland Law Review**, v. 72, n. 3, p. 773-843, 2013. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2138127>.

PARAG, Y.; SOVACOOOL, B. K. Electricity market design for the prosumer era. **Nature Energy**, v. 1, n. 4, 16032, 2016.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2019.

RATTI, C.; CLAUDEL, M. **The city of tomorrow: sensors, networks, hackers, and the future of urban life.** New Haven: Yale University Press, 2016.

RIBEIRO, W. A. Regionalização e autonomia municipal. **Revista Internacional da Academia Paulista de Direito**, n. 7, p. 345-373, 2021.

SANCHES, L. A. U. **Curso de direito da energia.** São Paulo: Instituto Geodireito, 2011.

SANTOS, R. S. F. dos; CARRIÇO, J. M. Quinze anos de Estatuto da Cidade e o ressignificado das funções sociais da propriedade e da cidade. In: GRANZIERA, M. L. M.; REI, Fernando (org.). **Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental sobre estratégia e economia azul: governança ambiental global.** São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum, 2016. p. 73-88.

SCAFF, F. O surgimento do município como ente federado na constituinte de 1988. **R. Fórum Dir. fin. e Econômico – RFDPE**, Belo Horizonte, a. 11, n. 21, p. 25-38, mar./ago. 2022.

SCHLINK, B. **Abwägung im Verfassungsrecht.** Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

SILVA, F. A. C. e. *et al.* Electric sector modernization in Brazil: Milestones, challenges, and prospects. **Utilities Policy**, v. 90, 101793, 2024.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2013.

SIOSHANSI, F. P. **Behind and Beyond the Meter.** Digitalization, Aggregation, Optimization, Monetization. Cambridge: Academic Press, 2020.

SOVACOOOL, B. K.; AXSEN, J.; SORRELL, S. Promoting novelty, rigor, and style in energy social science: Towards codes of practice for appropriate methods and research design. **Energy Research & Social Science**, v. 45, p. 12-42, 2018.

SPERLING, K.; HVELPLUND, F.; MATHIESEN, B. V. Centralisation and decentralisation in strategic municipal energy planning in Denmark. **Energy Policy**, v. 39, n. 3, p. 1338-1351, 2011.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. São Paulo: Saraiva, 2019.

TELES DA SILVA, S.; DUTRA, C.; GUIMARÃES, L. N. M. R. Solar energy and the dawn of 'solar cities' in Brazil. In: COSTA, J. A. F. (ed.). **Energy law and regulation in Brazil**. Cham: Springer, 2018. p. 183-212.

TORRES, R. L. **Direito constitucional econômico**. Coimbra: Almedina, 2016.

UGEDA, L.; FELICE, D.; VEDOVATO, L. R. Considerações sobre a regulação do armazenamento de eletricidade no Brasil: estudo comparado com o modelo europeu visando a transição energética. **Revista de Direito Administrativo**, v. 284, n. 1, p. 215-244, 2025. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v284.2025.92007>.

WILLIAMSON, J. I.; SAYER, M. L. Federalism in renewable energy policy. **Natural Resources & Environment Journal**, v. 27, n. 1, p. 19-23, 2012.

ZAMBARDA, L. B. *et al.* Impacto do adensamento na geração distribuída fotovoltaica de residências unifamiliares em centros urbanos por perda do acesso solar: o exemplo da área urbana de transição em Chapecó - SC. In: Futuro da Tecnologia do Ambiente Construído e os Desafios Globais. XVIII Encontro Nacional de Tecnologia do Ambiente Construído (ENTAC), 2020, Porto Alegre. **Anais [...]**. Porto Alegre: ENTAC, 2020.

ZHANG, Y.; HUANG, T.; BOMPARD, E. F. Big data analysis in smart grids: a review. **Energy Informatics**, v. 1, 2018.



**L'ATTUAZIONE DEL REGIONALISMO DIFFERENZIATO IN ITALIA
TRA LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE**

**A IMPLEMENTAÇÃO DO REGIONALISMO DIFERENCIADO NA ITÁLIA
ENTRE LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL**

**THE IMPLEMENTATION OF DIFFERENTIATED REGIONALISM IN
ITALY BETWEEN LEGISLATION AND CONSTITUTIONAL
JURISPRUDENCE**

Submissão: 29 out. 2025

Aprovação para publicação: 19 dez. 2025

Ornella Spataro

Dottore di ricerca in Diritto Comunitario e Diritto Interno

Afiliação institucional: Università degli Studi di Palermo (Palermo, Italia) – Professoressa associata di diritto costituzionale

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9172-3604>

Curriculum: <https://tinyurl.com/3d9hwmzd>

Email: ornella.spataro@unipa.it

Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):

SPATARO, Ornella. L'attuazione del regionalismo differenziato in Italia tra legislazione e giurisprudenza costituzionale. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 70, n. 3, p. 143-163, set./dez. 2025. ISSN 2236-7284. DOI: <https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v70i3.101864>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/101864>. Acesso em: 31 dez. 2025.

ABSTRACT

Le dinamiche di attuazione del regionalismo italiano sono state storicamente contrassegnate da elementi di problematicità, promananti, di volta in volta, da cause diverse. Nonostante le riforme costituzionali del 2001 sembrassero orientarsi verso un modello quasi federale, l'effettività dei rapporti Stato-Regioni ha evidenziato una tendenza al ri-accentramento delle funzioni, anche grazie all'avallo della Corte costituzionale, che ha storicamente privilegiato le istanze dell'unità rispetto a quelle del decentramento. Le aspettative di rilancio delle Regioni, soprattutto quelle del Nord Italia, si sono dunque incentrate sull'attuazione della differenziazione regionale prevista dall'art. 116, co. 3, Cost., ovvero sulla possibilità di chiedere e ottenere dallo Stato, sulla base di apposite intese, ulteriori competenze rispetto a quelle proprie delle Regioni ordinarie. Ne è scaturito un acceso dibattito, legato al timore che ne potessero derivare disparità nel godimento dei diritti tra i cittadini residenti nei diversi territori della Repubblica, a seconda della maggiore o minore capacità delle Regioni di finanziare i relativi servizi. Il presente contributo si propone di analizzare il processo di attuazione del regionalismo differenziato alla luce della storica sentenza n. 192 del 2024 della Corte costituzionale, che ha ridisegnato la fisionomia del regionalismo italiano. A tal fine, l'analisi adotta una metodologia giuridico-costituzionale di carattere qualitativo, fondata sulla ricostruzione storico-dogmatica dell'istituto e sull'esame critico del ragionamento della Corte costituzionale, evidenziando le ricadute che ne potranno derivare sugli assetti futuri del sistema autonomistico.

PAROLE CHIAVE

Regionalismo differenziato. Principio di sussidiarietà-adequatezza. Principio di equità. Principio di solidarietà. Principio di leale cooperazione.

RESUMO

As dinâmicas de implementação do regionalismo italiano foram historicamente marcadas por elementos de problematidade, decorrentes, em diferentes momentos, de causas diversas. Embora as reformas constitucionais de 2001 aparentassem orientar-se para um modelo quase federal, a efetividade das relações entre o Estado e as Regiões evidenciou uma tendência de recentralização das funções, em parte respaldada pela atuação da Corte Constitucional, que historicamente privilegiou as exigências de unidade em detrimento das de descentralização. As expectativas de fortalecimento das Regiões, especialmente no Norte da Itália, passaram, assim, a concentrar-se na implementação da diferenciação regional prevista no art. 116, § 3º, da Constituição, isto é, na possibilidade de solicitar e obter do Estado, com base em acordos específicos, competências adicionais em relação àquelas próprias das Regiões ordinárias. Desse processo resultou um intenso debate, associado ao receio de que dele decorressem desigualdades no gozo de direitos entre cidadãos residentes em diferentes territórios da República, em função da maior ou menor capacidade das Regiões de financiar os respectivos serviços. O presente artigo tem por objetivo analisar o processo de implementação do regionalismo diferenciado à luz da histórica Sentença n. 192 de 2024 da Corte Constitucional, que redesenhou a fisionomia do regionalismo italiano. Para tanto, adota-se uma metodologia jurídico-constitucional de caráter qualitativo, fundada na reconstrução histórico-dogmática do instituto e na análise crítica do raciocínio desenvolvido pela Corte Constitucional, destacando-se as repercussões que dele poderão advir para os arranjos futuros do sistema autônomo.

PALAVRAS-CHAVE

Regionalismo diferenciado. Princípio da subsidiariedade-adequação. Princípio da equidade. Princípio da solidariedade. Princípio da cooperação leal.

ABSTRACT

The dynamics of implementation of Italian regionalism have historically been marked by elements of difficulty, arising at different times from diverse causes. Although the constitutional reforms of 2001 appeared to move toward a quasi-federal model, the effective operation of State–Region relations has revealed a tendency toward recentralization of powers, partly supported by the jurisprudence of the Constitutional Court, which has historically favored the requirements of unity over those of decentralization. Expectations for the strengthening of the Regions – particularly those in Northern Italy – have therefore focused on the implementation of differentiated regionalism as provided for in Article 116(3) of the Constitution, namely the possibility of requesting and obtaining from the State, through specific agreements, additional powers beyond those attributed to ordinary Regions. This process has given rise to intense debate, driven by concerns that it could result in inequalities in the enjoyment of rights among citizens residing in different territories of the Republic, depending on the Regions’ greater or lesser capacity to finance the relevant public services. This article aims to analyze the process of implementing differentiated regionalism in light of the landmark Decision No. 192 of 2024 of the Constitutional Court, which reshaped the configuration of Italian regionalism. To this end, the study adopts a qualitative constitutional-legal methodology, based on the historical-dogmatic reconstruction of the institution and on a critical examination of the reasoning developed by the Constitutional Court, highlighting the implications that may arise for the future arrangements of the autonomous system.

KEYWORDS

Differentiated regionalism. Principle of subsidiarity-adequacy. Principle of equity. Principle of solidarity. Principle of loyal cooperation.

PREMESSA. LA VICENDA DELL'AUTONOMIA DIFFERENZIATA E LA SENTENZA N. 192 DEL 2024 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Fin dalla fase costituente, l'articolazione regionale dello Stato italiano è stata al centro di dibattiti aspri e polarizzati: all'avvio del sistema repubblicano il progetto regionalista era sostenuto da quanti ritenevano che esso fosse necessario per compensare il divario di sviluppo tra Nord e Sud del Paese; nella fase attuale, invece, si assiste ad un ribaltamento di prospettiva, per cui le posizioni favorevoli ad un incremento dell'autonomia regionale sono considerate come il prodotto di una visione che rinnega l'uguaglianza e la solidarietà tra territori e cittadini.

In questa dicotomia si inquadra il controverso tema dell'attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost., che identifica una delle disposizioni più oscure e problematiche tra quelle introdotte dalla riforma costituzionale del 2001. Il sistema regionale italiano è stato costruito sulla base della distinzione tra Regioni a Statuto ordinario, disciplinate dalla Costituzione in maniera omogenea quanto a poteri e funzioni, e Regioni a statuto speciale, che, avendo problemi peculiari connessi alla posizione di marginalità geografica, alla presenza di minoranze linguistiche, o a una particolare condizione di arretratezza economica, venivano riconosciute come titolari di poteri peculiari, previsti nei rispettivi Statuti dotati del rango di legge costituzionale.

A questo assetto binario, previsto dalla Costituzione del 1948, la riforma costituzionale del 2001 ha aggiunto una terza possibilità, prevedendo, con l'introduzione dell'art. 116, comma 3, Cost., che le Regioni ordinarie potessero chiedere ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia in alcune materie (organizzazione della giustizia di pace, norme generali sull'istruzione, tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali; oltre le materie già oggetto di potestà legislativa concorrente Stato-Regioni elencate nell'art. 117, co. 3, Cost.), e nel rispetto di determinate condizioni (iniziativa della Regione, consultazione degli enti locali, compatibilità con l'art. 119 Cost. per i profili finanziari, stipula di un'intesa con lo Stato soggetta ad approvazione da parte del Parlamento a maggioranza assoluta).

L'art. 116, co. 3 Cost., ha costituito, fin dalla sua introduzione, una delle disposizioni più controverse tra quelle inserite con la riforma costituzionale del 2001, e per questo è rimasta a lungo silente; è entrata nel dibattito politico solo dopo il 2017, a seguito dell'iniziativa assunta da alcune Regioni del Nord del Paese, per essere successivamente oggetto di una legge generale di attuazione, approvata, non senza polemiche, nel 2024, la c.d. "legge Calderoli" (l. n. 86 del 2024).

Quest'ultima è stata al centro di un acceso scontro politico e istituzionale, che, per certi versi, ha segnato la storia recente del Paese: intervenuta a seguito dell'iniziativa delle Regioni Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna, che avevano raggiunto pre-intese con lo Stato, la legge Calderoli

doveva spianare la strada al completamento del percorso di differenziazione, ma è stata oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte costituzionale, oltre che di una richiesta di referendum abrogativo (che ha raccolto un milione e trecentomila firme), poi dichiarato dalla stessa Corte costituzionale inammissibile.

Il tema di fondo, al di là dell'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost., concerneva, in realtà, l'identità della forma dello Stato regionale italiano: la differenziazione regionale, infatti, se non attuata con le dovute cautele, è suscettibile di determinare la ridefinizione dell'equilibrio tra autonomia e unità della Repubblica, e, dunque, di coinvolgere le superiori istanze di uguaglianza tra i cittadini che invocano parità dei diritti sul territorio nazionale.

Nell'ottica della legge Calderoli, invero, l'elemento propulsore del procedimento si identificava nella volontà di alcune Regioni ordinarie del Nord di ottenere risorse aggiuntive per l'esercizio di ulteriori funzioni e per la prestazione dei servizi pubblici collegati; mancando un'adeguata considerazione delle esigenze di uniformità di trattamento dei cittadini risiedenti nei territori più svantaggiati, si paventava il rischio che ne derivassero discriminazioni nella fruizione di servizi basilari connessi a diritti fondamentali. Il punto cruciale del regionalismo differenziato riguarda, infatti, la distribuzione delle risorse: le richieste di maggiore autonomia da parte delle Regioni del Nord Italia sono in realtà motivate dalla rivendicazione del cosiddetto residuo fiscale (Gardini, 2025), ovvero la differenza tra il gettito tributario versato dalle Regioni più ricche nel bilancio dello Stato e la quota restituita dallo Stato stesso sotto forma di finanziamento dei servizi.

La tesi di fondo è che vi siano Regioni che pagano imposte in misura maggiore del valore dei servizi che ricevono dallo Stato centrale, e altre che ricevono servizi per un ammontare maggiore dei tributi che versano all'erario; di qui la pretesa delle Regioni più ricche e produttive di incidere a proprio vantaggio sulla distribuzione delle risorse statali, finanziando le nuove competenze tramite la compartecipazione ai tributi erariali maturati in ciascun territorio.

Si profilava così il pericolo di perseguire un'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost., che guardasse al regionalismo differenziato solo dal punto di vista dell'interesse delle Regioni richiedenti, quelle coincidenti con i territori più ricchi del Paese, al di fuori di una visione d'insieme dei problemi del regionalismo italiano, che tenesse conto anche delle esigenze di riordino del sistema autonomistico nel suo complesso. Mancava, in altri termini, una prospettiva di ampio raggio, orientata, in generale, alla migliore corrispondenza possibile tra assetto funzionale e specifiche caratteristiche ed esigenze di ciascuna Regione: il risultato della differenziazione, così come configurata dalla legge Calderoli, sembrava invece avallare l'idea di una competizione tra Regioni più ricche e più efficienti e Regioni più arretrate, operando una distinzione sul piano della legislazione

e dell'amministrazione che avrebbe potuto ostacolare la gestione di politiche solidaristiche di riequilibrio, necessariamente unitarie, da parte dello Stato.

Il processo di differenziazione rischiava, in questo senso, di intaccare il senso e la portata del regionalismo stesso, riscrivendo l'assetto autonomistico costituzionalmente prefigurato; così facendo, l'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost., anziché limitarsi a fungere da canale per l'accesso a condizioni di autonomia differenziate, rispondenti a esigenze specifiche, finiva con l'incidere sulla stessa forma di Stato.

A distanza di tanti anni, invero, il regionalismo italiano stenta a trovare un'identità compiuta: dopo l'ondata quasi federalista culminata nelle riforme costituzionali del 2001 e il fallimento del tentativo di revisione costituzionale del 2016, che imprimeva, al contrario, una netta svolta centralista all'ordinamento repubblicano, alcuni (D'Ignazio, 2018; Palermo; Parolari, 2023) hanno visto nell'attuazione del regionalismo differenziato lo strumento che poteva favorire il rilancio del ruolo delle Regioni nell'ordinamento giuridico, imprimendo una nuova dinamicità al sistema delle autonomie territoriali. Tali aspettative non sembravano però trovare rispondenza nel processo di differenziazione prefigurato dalla legge Calderoli, che, come si è visto, muoveva da premesse ideologiche contrarie allo spirito solidaristico sotteso alla disciplina costituzionale. Si rischiava, in altri termini, di tradire le ragioni sottese all'articolazione regionale della Repubblica, andando in senso contrario rispetto alle esigenze per le quali essa fu progettata, ovvero quella di sanare gli squilibri territoriali, di favorire la partecipazione politica dal basso attraverso il decentramento politico, di migliorare l'efficienza dei servizi. Ciò, anziché portare ordine nel confuso e incompiuto progetto regionalista, ne avrebbe aggravato le lacune e le criticità.

Su questo scenario è intervenuta la sentenza n. 192 del 2024 della Corte costituzionale, che segna una tappa fondamentale nell'accidentato percorso verso la definizione dell'identità del regionalismo italiano (Cheli, 2024). La legge Calderoli aveva sollecitato i dubbi dei commentatori, relativi al versante procedurale della disciplina in essa contenuta, oltre che al versante sostanziale, riguardo al quale era sorto il timore che essa ponesse a rischio l'impianto unitario e solidaristico dell'ordinamento (Poggi, 2024; Viesti, 2023). Tali dubbi sono al fondamento dell'impugnazione da parte delle Regioni ordinarie Puglia, Toscana e Campania, nonché della Regione speciale Sardegna, che hanno proposto la questione di legittimità sulla legge intera, oltre che su singole disposizioni nella stessa contenute.

La pronuncia della Corte costituzionale ha affrontato, in un ragionamento molto ampio e articolato, molte delle criticità della legge n. 86 del 2024 che la dottrina non aveva mancato di evidenziare (Chieffi, 2024; Chieffi; Lopes; Scalera; Staiano, 2023; Poggi, 2024), a partire dalla scelta

stessa di approvare una legge generale di attuazione, non necessaria ai sensi del dettato costituzionale, e, dunque, ritenuta da taluni alla stregua di una inutile complicanza, idonea ad introdurre elementi di ulteriore problematicità nel sistema¹.

Dubbi erano sorti, inoltre, sulla possibilità che le ulteriori funzioni ai sensi dell'art. 116, comma 3, Cost., potessero essere chieste dalle cinque Regioni a statuto speciale (Moschella, 2024). Anche questa questione è stata affrontata e risolta dalla sentenza n. 192 del 2024; l'art. 116, comma 3, Cost., per la Corte, è inapplicabile alle Regioni speciali, non solo per motivi testuali (dato che la disposizione fa letteralmente riferimento solo alle Regioni ordinarie), ma anche, o, forse, soprattutto, per ragioni connesse al senso sistemico dell'autonomia speciale: “nel contesto delle Regioni speciali, l'ulteriore specializzazione e il rafforzamento dell'autonomia devono scorrere sui binari della revisione statutaria, e, entro certi limiti, delle norme di attuazione degli Statuti speciali, la cui forza normativa verrebbe, in caso contrario, sostanzialmente svuotata”.

Ancora, sul piano procedurale la l. n. 86 del 2024 ha suscitato rilevanti interrogativi per il profilo delle fonti a cui veniva affidata la disciplina delle diverse fasi del processo di differenziazione, con particolare riguardo al ricorso ai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri; altre perplessità riguardavano i singoli passaggi che potevano portare all'adozione della legge di differenziazione, andando dalle modalità di presentazione dell'iniziativa da parte della Regione, al momento e alle forme di consultazione degli enti locali, al tipo di intervento che il Parlamento avrebbe potuto esercitare sull'accordo siglato dagli esecutivi.

Sul versante sostanziale i timori si erano incentrati sulla possibilità, così come disciplinata dalla legge Calderoli, che alcune Regioni ordinarie, ottenendo ulteriori funzioni nelle materie considerate dal citato art. 116, co. 3, Cost., potessero fruire delle risorse aggiuntive necessarie al finanziamento dei servizi pubblici correlati; ciò aveva suscitato il timore che la maggiore autonomia di alcune Regioni ordinarie (del Nord), finisse con il drenare risorse a discapito delle altre Regioni, con il risultato pratico di incidere sulla possibilità di queste ultime di garantire le funzioni preordinate al soddisfacimento dei diritti individuali dei soggetti (Chieffi, 2024).

Nel decidere su tali questioni la Corte costituzionale ha prodotto un ragionamento sistemico, orientato a fornire l'inquadramento del regionalismo italiano in termini generali, imprimendo un orientamento di senso all'assetto autonomistico territoriale, ben oltre i termini della legge Calderoli.

¹ La questione è invero risolta positivamente dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 192 del 2024, secondo cui “la circostanza che una norma costituzionale non rinvii ad una legge non impedisce al legislatore di dettare norme attuative, naturalmente nel rispetto dei limiti costituzionali di competenza, posti a tutela sia dell'autonomia regionale sia dell'autonomia delle singole Camere”.

Si tratta di una sentenza normativa, che ricostruisce l'assetto del regionalismo, ridisegnandolo alla luce di un nucleo di principi ispiratori, i quali non potranno non condizionare ogni futuro intervento riformatore in tema di autonomie territoriali. Nel fare ciò la Corte costituzionale si è spinta ben oltre la mera esegesi dell'art. 116, co. 3, Cost., sottoponendo il testo della legge n. 86 del 2024 ad una vera e propria riscrittura, che ha finito con il positivizzare contenuti normativi diversi da quelli originari (Morrone, 2025). La sentenza n. 192 del 2024, si segnala, dunque, per un alto tasso di manipolatività normativa: essa accosta a dispositivi di annullamento secco plurimi interventi manipolativi, additivi e sostitutivi, nonché decisioni di rigetto interpretative, in un totale di ben 52 pronunce. Sul versante contenutistico, il principio assunto a criterio guida per l'interpretazione dell'art. 116, comma 3, Cost., su cui si fonda tutta la ricostruzione dell'architettura regionale, è quello di sussidiarietà; esso è posto dogmaticamente a fondamento del ragionamento della Corte, secondo un'impostazione che, invero, non sembra trovare sufficienti riscontri nel testo costituzionale.

Se il pregio della sentenza consiste nella ricostruzione del sistema regionale e dei cardini che lo devono regolare; per altro verso, circa il profilo specifico della differenziazione, non pochi dubbi rimangono in campo, relativamente alla normativa rimasta vigente dopo l'intervento demolitorio della Corte costituzionale e ai margini concreti della sua applicabilità. A complicare le cose è intervenuta, poi, la sentenza con cui la stessa Corte costituzionale ha dichiarato l'invalidità del referendum avente ad oggetto l'abrogazione dell'intera legge Calderoli, come risultante dalla precedente pronuncia di accoglimento: la sentenza n. 10 del 2025, evidenzia, infatti, che "l'impianto della legge n. 86 del 2024 è stato profondamente modificato", dalla sentenza n. 192 del 2024, "con interventi di tipo caducatorio, sostitutivo e additivo, nonché con decisioni interpretative di rigetto [...], lasciando in vita un contenuto minimo". Ne risulta, secondo il giudice delle leggi, un quadro non del tutto chiaro, in cui il rischio concreto è il "disorientamento" dell'elettore, "rispetto sia ai contenuti, sia agli effetti di quel che resta della legge n. 86 del 2024" tale da pregiudicare "l'espressione di un voto libero e consapevole", con il risultato di trasformare il referendum in "un'opzione popolare non già su una legge ordinaria modificata da una sentenza di questa Corte, ma a favore o contro il regionalismo differenziato"; da ciò, per la Corte poteva derivare il rischio di "una radicale polarizzazione identitaria sull'autonomia differenziata come tale, e in definitiva sull'art. 116, comma 3, Cost., che non può essere oggetto di referendum abrogativo, ma solo di revisione costituzionale". In disparte le argomentazioni critiche di quanti hanno rilevato nel ragionamento della Corte un eccesso di paternalismo (Algotino, 2025), oltre che una chiusura rispetto alle possibilità di partecipazione effettiva dei cittadini, resta il dato che la normativa rimasta in vigore dopo la sentenza di annullamento della Corte presenta non poche problematicità, rispetto alle quali un'abrogazione

totale per via referendaria avrebbe potuto apportare maggiore chiarezza. Ad oggi appare necessario, infatti, uno sforzo interpretativo-ricostruttivo di non poco momento per delineare la sostanza non solo del regionalismo differenziato, ma anche del regionalismo italiano nel suo complesso, che, dopo questi passaggi cruciali, sembra essersi notevolmente allontanato dall'assetto configurato dopo la riforma del 2001.

1 PRINCIPIO DI DIFFERENZIAZIONE E REGIONALISMO: PROSPETTIVE E CRITICITÀ DELLA DIALETTICA UNITÀ-AUTONOMIA

Il regionalismo italiano ha conosciuto una storia molto travagliata, che testimonia come esso sia sempre stato visto come fattore di crisi dell'ordinamento repubblicano e come, nelle alterne vicende della sua realizzazione, sia stato sempre connotato da elementi di problematicità, pur promananti, di volta in volta, da cause diverse.

L'esperienza regionale si è snodata attraverso tappe che hanno realizzato tutte le forme possibili di impostazione delle relazioni tra lo Stato e i livelli territoriali di governo, secondo un percorso diacronico che ha visto l'avvicinarsi, nell'ordine, di moduli riconducibili alle istanze del centralismo, del regionalismo, del decentramento territoriale, del quasi-federalismo, e del neocentralismo.

L'assemblea Costituente era riuscita a proporre una sintesi del dibattito autonomista, compendiata nella formulazione dell'art. 5 Cost.², e contrassegnata dalla previsione del pluralismo legislativo che rappresentava una novità assoluta rispetto alla precedente storia istituzionale. La fase della istituzione delle Regioni ordinarie, 20 anni dopo, ha visto però le Regioni strutturarsi come enti per lo più di amministrazione, chiamati a svolgere funzioni trasferite dallo stato utilizzando una finanza sostanzialmente derivata; lo Stato d'altronde, in questa fase, ha manifestato una spiccata tendenza invasiva su tutte le funzioni regionali, alimentata dal vessillo dell'interesse nazionale.

Gli anni '90 del secolo scorso vedono, invece, l'inaugurazione di un'opposta tendenza: il contesto politico nazionale, percorso da eccessi di ideologismo autonomista, è tale da recepire le suggestioni verso teorie federaliste o pseudo-federaliste, e ciò ha dato impulso ad un importante

² Art. 5 Cost.: "La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua, nei servizi che dipendono dallo Stato, il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle più ampie garanzie dell'autonomia e del decentramento".

processo di decentramento, prima realizzato sul versante delle funzioni amministrative, e, successivamente, esteso anche alla legislazione e alla finanza (Chieffi; Clemente Di San Luca, 2004).

Anche questa fase, però, non ha segnato punti significativi a favore del regionalismo italiano: le riforme del Titolo V, infatti, hanno presentato non pochi elementi di confusione e incertezza; ciò ha consentito che si raggiungessero esiti interpretativi delle nuove disposizioni costituzionali nettamente contraddittori rispetto allo spirito della riforma, e, alla fine, ha determinato una nuova fase di riflusso centralista. Ne è risultata una costituzione vivente, fatta dalle disposizioni costituzionali così come interpretate nella glossa fornita dalla Corte costituzionale, che si è discostata notevolmente dal testo approvato nel 2001.

Ciò appare del tutto evidente sotto plurimi profili: la potestà legislativa non è ripartita secondo il testo dell'art. 117 Cost., non vi è stato un processo complessivo di redistribuzione delle funzioni amministrative ai sensi dell'art. 118 Cost.; l'autonomia finanziaria è stata compressa dalle esigenze della crisi, la potestà statutaria in materia di forma di governo, di cui all'art. 123 Cost., ha potuto muoversi solo entro una griglia di opzioni anch'esse incasellate nei limiti precisi definiti dal giudice delle leggi. Sullo sfondo di un riparto costituzionale contrassegnato da incertezze, lacune, e imprecisioni, Stato e Regioni hanno continuato a perseguire una impostazione di tipo rivendicazionista, imperniata sulle rispettive pretese ad esercitare competenze o pezzi di competenze, o ad accaparrarsi singoli oggetti di potestà legislativa.

Questo atteggiamento, però, si è rivelato del tutto inefficace sul piano degli obiettivi di rilancio della dimensione autonomistica ordinamentale, e inefficiente sul piano dello spreco di attività legislativa e giurisdizionale che ha comportato.

Com'è noto, la giurisprudenza costituzionale ha complessivamente avvantaggiato le ragioni dell'unità rispetto a quelle del decentramento delle funzioni, e ciò, forse, ha indotto lo Stato a scegliere la via del ricorso per ottenere il riconoscimento dei titoli di legittimazione legislativa, anche nei casi in cui si sarebbe potuto avviare il percorso dell'esercizio della potestà concorrente, che sarebbe stato certamente più difficoltoso, ma anche più proficuo nell'avviare le Regioni verso un tipo di autonomismo più collaborativo e responsabile: la dialettica Stato-Regioni è stata inquadrata prevalentemente nei titoli competenziali della potestà legislativa esclusiva, di cui sono state valorizzate al massimo le potenzialità espansive, mentre è passata in secondo piano la potestà legislativa concorrente, che, secondo l'elencazione costituzionalmente posta, poteva veicolare lo sviluppo di una serie di importanti azioni pubbliche, nel perseguimento delle quali Stato e regioni avrebbero dovuto, appunto, concorrere, seppure giocando ruoli distinti. Se a questo si aggiungono gli altri meccanismi interpretativi elaborati dalla Corte costituzionale per consentire allo Stato di

interferire nell'esercizio delle funzioni regionali (primo fra tutti la chiamata in sussidiarietà), si ha netta la visione di un regionalismo che non ha mai potuto esprimere pienamente il suo ruolo costituzionale.

Si è così determinato, in Italia, un tipo anomalo di federalismo incompiuto, caratterizzato da profili di confusione e incertezza che hanno ingrossato il carico del contenzioso Stato-Regioni, impedendo a queste ultime di esprimere con pienezza una nuova identità costituzionale. Questo fallimento può forse indurci a ritenere che sia preferibile, adottando uno sguardo de-ideologizzato e pragmatico, selezionare forme di organizzazione del regionalismo più idonee a rispondere alle diversificazioni territoriali, economiche, e sociali, che caratterizzano la realtà italiana.

A ben guardare, le riforme del regionalismo che si sono succedute negli anni sono accomunate tutte da un medesimo, grave, difetto, ovvero dal fatto di essere state pensate senza tenere nel debito conto le differenze materiali su cui le istituzioni dovevano innestarsi ed operare, ovvero le differenze tra le strutture territoriali, demografiche, ed economiche sottostanti.

Prescindendo dalle scelte politiche meramente discrezionali, il tema del regionalismo andrebbe invece affrontato in termini complessivi, valorizzando il rapporto tra funzioni e territori: in un contesto di diseguaglianze sociali e di disparità economiche crescenti tra le Regioni, esasperate, negli ultimi tempi, dalla crisi economica, dalla crisi pandemica ed energetica, occorre spostare l'attenzione dalla questione del riparto delle funzioni al contenuto dei diritti, in vista della garanzia dei bisogni sociali dei soggetti che vivono in territori profondamente diversi.

L'autonomia regionale in sostanza, non va misurata secondo un criterio di accrescimento funzionale degli enti, ma secondo logiche di corrispondenza con i bisogni e i diritti delle collettività territoriali. Così ragionando emerge l'utilità del principio di differenziazione; d'altronde, esso si propone di superare le rigidità legate alle soluzioni univocamente poste a livello ordinamentale, modulando l'assetto funzionale in modo da tenere conto delle diversità tra i territori che compongono la Repubblica.

È in altri termini l'uguaglianza sostanziale a richiedere soluzioni normative che implicino un equilibrio tra uniformità e differenziazione in vista di scelte normative calibrate sulle diseguaglianze territoriali (Chieffi, 2003), che attivino idonei meccanismi correttivi e perequativi nel quadro della solidarietà istituzionale, oltre che dell'attuazione più genuina dell'art. 119 Cost.

2 LA SENTENZA N. 192 DEL 2024 DELLA CORTE COSTITUZIONALE: IL REGIONALISMO DIFFERENZIATO ALLA LUCE DEI PRINCIPI DI SUSSIDIARIETÀ E ADEGUATEZZA, EQUITÀ E SOLIDARIETÀ, LEALE COLLABORAZIONE E RESPONSABILITÀ

La suesposta impostazione è delineata chiaramente nella sentenza n. 192, ove la Corte costituzionale, prendendo l'abbrivio dal giudizio sulla legge n. 86 del 2024, ha colto l'occasione per elaborare “una riflessione più ampia sul progetto regionalista”, nella quale si inserisce il regionalismo differenziato che, secondo il giudice delle leggi, non può intendersi come una “monade isolata”. Nell'ampia premessa che precede la parte motiva, si rinviene una ricostruzione sistematica dei principi costituzionali che presiedono al regionalismo italiano; tale ragionamento, muovendo da acquisizioni già consolidate nella pregressa giurisprudenza costituzionale, approda a esiti che aprono prospettive in tutto o parzialmente nuove (Bartole, 2025; Morrone, 2025; Pinelli, 2024).

Come premessa ideologica, la sentenza n. 192 afferma che l'art. 116, co. 3, Cost. “consente di superare l'uniformità nell'allocazione delle competenze al fine di valorizzare appieno le potenzialità insite nel regionalismo italiano”. La differenziazione viene posta, dunque, come necessario risvolto dell'autonomia; la questione concerne, piuttosto, l'individuazione del corretto bilanciamento con gli altri principi costituzionalmente tutelati, come l'uguaglianza sostanziale, la solidarietà, la leale collaborazione (Lagrotta, 2025). In vista di questa esigenza la Corte costituzionale ha cura di precisare, come si è già accennato, che l'art. 116, co. 3, “non può essere considerato una monade isolata, ma deve essere collocata nel quadro complessivo della forma di stato italiana, con cui va armonizzata”.

Ricorrendo a formulazioni a tratti connotate di una certa enfasi retorica, atte a richiamare il nucleo di valori condivisi sottesi al concetto costituzionale di “Nazione” ai sensi degli artt. 9, 67 e 68 Cost., la Corte sottolinea che l'esigenza di valorizzare il regionalismo non può determinare l'evaporazione della “nozione unitaria di popolo”, che come tale, è rappresentato dal Parlamento, cui solo compete di “comporre il pluralismo istituzionale”. Alla luce di tale premessa la Corte affronta la questione relativa alla modificabilità del disegno di legge di recepimento dell'intesa in sede parlamentare, nell'ambito della relativa procedura di approvazione, con una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2, comma 8, della legge Calderoli. Al riguardo, la sentenza rileva che, se da una parte la legge di differenziazione è abilitata a derogare al riparto costituzionale di competenza, privando le Camere del loro ordinario potere legislativo, dall'altra non è ammissibile lo svuotamento assoluto del ruolo delle Camere: essendo la legge di differenziazione subordinata alla

condizionalità dell'intesa, eventuali modifiche sostanziali introdotte in sede parlamentare determinano la riapertura del negoziato tra governo e Regione.

Così ragionando, la Corte costituzionale procede a delineare la fisionomia del regionalismo italiano, provando a tratteggiarne la declinazione alla ricerca dell'equilibrio tra autonomia e differenziazione da una parte, e unità e uniformità dall'altra. La Corte ha altresì cura di precisare che

[...] la scelta sulla ripartizione delle funzioni legislative e amministrative tra lo Stato e le Regioni o la singola Regione, nel caso della differenziazione ex art. 116, terzo comma, Cost., non può essere ricondotta ad una logica di potere con cui risolvere i conflitti fra i diversi soggetti politici, né dipendere da valutazioni meramente politiche. Il principio di sussidiarietà richiede che la ripartizione delle funzioni, e quindi la differenziazione, non sia considerata *ex parte principis*, bensì *ex parte populi*.

La realizzazione del regionalismo differenziato, in sostanza, non può essere assunta a elemento di conflitto tra i livelli di governo, né a strumento competitivo tra le Regioni come enti, ma deve essere concepita "a servizio del bene comune della società".

Il principio assunto a criterio guida (Spadaro, 2025) nella ricerca del suddetto equilibrio è quello di sussidiarietà³, che, abbandonati i legami con il criterio di prossimità, viene declinato nella forma dell'adeguatezza, valutata sulla base della "efficienza ed efficacia dell'allocazione delle funzioni e delle relative risorse, l'equità che la loro distribuzione deve assicurare e la responsabilità dell'autorità pubblica nei confronti delle popolazioni interessate all'esercizio della funzione". In nome di ciò, prosegue la Corte, diventano irricevibili aspettative di devoluzione di intere materie: la sussidiarietà impone che le funzioni siano attribuite

[...] al livello territoriale più adeguato, in relazione alla natura della funzione, al contesto locale e anche a quello più generale in cui avviene la sua allocazione. La preferenza va al livello più prossimo ai cittadini e alle loro formazioni sociali, ma il principio può spingere anche verso il livello più alto di governo.

Il principio di sussidiarietà, dunque, impone una valutazione condotta sul piano delle singole funzioni, mentre il trasferimento di intere materie andrebbe ad incidere sull'articolazione costituzionale delle competenze fra i livelli di governo, e, dunque, sulla stessa forma di Stato, in una sorta di revisione costituzionale surrettizia.

Il principio di sussidiarietà è affiancato, nella trattazione della Corte, dai principi di adeguatezza e differenziazione, da un lato, e, dall'altro, quelli di equità, leale collaborazione e responsabilità.

³ L'art. 2, comma 1, primo periodo, della l. n. 86/2024 è dichiarato illegittimo nella parte in cui non prescrive che l'iniziativa regionale sia giustificata alla luce del principio di sussidiarietà.

Per quanto concerne il primo dei suddetti versanti, l'adeguatezza viene ricondotta ad efficacia ed efficienza amministrativa, nel rispetto del buon andamento della pubblica amministrazione e dell'equilibrio di bilancio.

Questi criteri devono guidare l'allocazione delle funzioni, con esiti che vengono in parte già tracciati dalla Corte medesima, che individua come necessaria la competenza statale o europea nei casi in cui la centralizzazione produca economie di scala; sia necessaria a fini di coordinamento; in caso di crisi economica, ambientale o sanitaria che richieda l'intervento solidaristico delle istituzioni centrali; quando gli effetti della differenziazione si ripercuoterebbero negativamente sul territorio di un'altra Regione; per evitare barriere locali alla concorrenza; in caso di funzioni riferibili all'intera comunità nazionale.

Vi sono, poi, rilevanti materie per le quali la Corte costituzionale anticipa una valutazione di non trasferibilità per motivi di ordine giuridico oltre che tecnico economico (par. 4.4): il trasferimento di funzioni sarebbe difficilmente giustificabile ai fini della sussidiarietà perché esse sottendono "stringenti vincoli derivanti dalle altre materie trasversali o dall'ordinamento unionale o dai vincoli internazionali, che si sono rafforzati a seguito dei cambiamenti che hanno investito settori relevantissimi della vita politica, economica e sociale", come il commercio con l'estero, la tutela dell'ambiente, la produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, porti o aeroporti civili, grandi reti di trasporto e navigazione, professioni, ordinamento della comunicazione, norme generali sull'istruzione.

Al contrario, l'allocazione delle funzioni a livelli istituzionali più bassi è auspicabile quando consente una maggiore attenzione alle peculiarità territoriali; quando consente un monitoraggio più puntuale da parte dei cittadini, anche nell'ottica della sussidiarietà orizzontale; quando consente forme di sperimentazione e innovazione che migliorino l'efficienza delle politiche pubbliche, o, ancora, quando può generare un risparmio dei costi.

Così inteso, il principio di sussidiarietà-adequatezza diviene lo strumento precipuo per realizzare la differenziazione, assunta a riflesso inevitabile del pluralismo, che, non solo è sancito costituzionalmente, ma, di fatto, caratterizza la società e la Repubblica; tale pluralismo impone uno sforzo orientato a soddisfare le plurime e differenziate esigenze dei cittadini, superando le rigidità connesse all'uguaglianza sostanziale e all'uniformità amministrativa. Viene così consolidata del tutto quell'evoluzione che ha visto il principio di sussidiarietà transitare dall'ambito delle funzioni amministrative ex art. 118 a quello delle funzioni legislative ex art. 117, secondo modalità che possono giocare in senso centralista, e che trasfigurano la sussidiarietà in una sorta di rivisitazione dell'interesse nazionale.

L'altro versante del ragionamento della Corte è rivolto ai principi che, operando nella direzione inversa, assicurano, pur nella differenziazione, l'unità e la coesione sociale, economica, giuridica e territoriale del Paese: si tratta dei principi di equità, di solidarietà e di responsabilità, che caratterizzano la forma di Stato, il cui indebolimento "può sfociare in una crisi della democrazia".

Il principio di equità è il necessario contraltare della differenziazione territoriale delle regole e dell'attività amministrativa: il grado di differenziazione tollerabile dall'ordinamento è quello che consente di raggiungere, sotto la guida del principio di equità, un'adeguata allocazione delle funzioni accompagnata dai necessari correttivi delle disparità, secondo quanto imposto dagli artt. 2, 3, 117 co. 2, lett. *e*) e *m*), 119 co. 3, 5 e 6, 120 co. 2 della Costituzione.

Così inteso, il principio di equità è strettamente correlato alla solidarietà, cui devono essere improntati, secondo il giudice delle leggi, i rapporti tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni, onde garantire l'unità giuridica ed economica della Repubblica secondo l'art. 120 Cost., l'eguaglianza tra i cittadini nel godimento dei diritti secondo l'art. 3 Cost., l'effettiva garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali secondo l'art. 117 comma 2, lett. *m*), e quindi la coesione sociale e l'unità nazionale (Chieffi, 2004).

Dalla solidarietà deve derivare, inoltre, il carattere collaborativo e non competitivo del regionalismo, in cui assume rilievo fondamentale il richiamo alla responsabilità, che, ponendosi come risolto necessario dell'autonomia e della democrazia (Benvenuti, 1994; Berti, 1975; Morrone, 2003), è un principio chiamato a sovrintendere all'allocazione delle funzioni, il cui esercizio comporta l'assunzione della responsabilità politica, e non solo, nei confronti delle comunità interessate (Piraino, 2025).

Queste argomentazioni sono significativamente svolte dalla Corte costituzionale nella prima parte del considerato in diritto, ovvero nella parte della sentenza dedicata all'interpretazione dell'art. 116, comma 3 Cost., all'esplicito fine di armonizzarlo con la forma di stato italiana, precisandone i presupposti e i limiti di applicabilità, oltrepassati i quali l'asimmetria degenererebbe in disgregazione.

3 LA DETERMINAZIONE DEI LIVELLI ESSENZIALI DELLE PRESTAZIONI CONCERNENTI I DIRITTI CIVILI E SOCIALI SECONDO LA SENTENZA N. 192 DEL 2024

La sentenza n. 192 del 2024 non ha sconfessato, almeno sul piano formale, la distinzione tra materie riguardanti i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *m*) Cost. ("materie

LEP”⁴), e altre materie, cosiddette “no-LEP”, che identificava uno dei punti cardine della legge n. 86 del 2024, ed era stata oggetto di un lavoro istruttorio condotto da un apposito comitato.

Lo stesso vale per i profili finanziari, riguardo ai quali la Corte ha avallato il meccanismo della compartecipazione, in quanto coerente con la logica del trasferimento a costo zero, che sarebbe stata invece compromessa da un finanziamento fondato sui tributi propri, suscettibile, invece, di determinare l’inasprimento dell’imposizione regionale.

La Corte costituzionale, dunque, non ha accolto le eccezioni sollevate dalle Regioni ricorrenti, secondo cui il finanziamento mediante compartecipazione al gettito di uno o più tributi erariali maturato nel territorio regionale avrebbe violato gli artt. 2, 3, 5, 116, 117 e 119 Cost., perché avrebbe avuto l’effetto di ridurre l’autonomia e le capacità finanziarie delle Regioni con minore capacità fiscale per abitante rispetto a quelle differenziate.

Per il giudice delle leggi il meccanismo di compartecipazione non contraddice la clausola di invarianza finanziaria, presupponendo esso che la Regione differenziata usi risorse, derivanti dalla compartecipazione, che lo Stato non deve più impiegare, avendo ceduto la funzione; inoltre, non sussiste il rischio di discriminazione in danno delle Regioni con minore capacità fiscale perché il meccanismo della compartecipazione dovrà essere calibrato “in modo da garantire una quantità sufficiente di risorse a ciascuna Regione per lo svolgimento delle funzioni attribuite”.

Viene invece bocciata la disposizione che prevedeva l’allineamento annuale tra i fabbisogni di spesa e l’andamento del gettito dei tributi compartecipati per il finanziamento delle funzioni, ai fini di una regolazione finanziaria annuale, che avrebbe potuto comportare la necessità per lo Stato di coprire i disavanzi: per la Corte si tratta di un meccanismo non contemplato dall’art. 119 Cost., nonché contraddittorio rispetto al superamento delle logiche della fiscalità derivata.

Circa la determinazione dei LEP, la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità della delega prevista dalla legge Calderoli per l’assenza di principi e criteri direttivi sufficientemente determinati, a nulla valendo il richiamo alle disposizioni contenute nella legge di bilancio del 2023 che prevedeva la determinazione dei LEP a mezzo di Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, essendo per la Corte censurabile anche la pretesa di determinare i principi e criteri direttivi *per relationem* con riferimento a materie plurime e variegate, delle quali ciascuna richiede specifici e ponderati bilanciamenti. L’aggiornamento o modifica dei LEP, per la Corte, non può avvenire ricorrendo a Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri: tale previsione è costituzionalmente

⁴ L’acronimo LEP viene usato per indicare, nel linguaggio giuridico e non solo, i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117, comma 2, lett. m), Cost.).

illegittima perché “dissonante rispetto al sistema costituzionale delle fonti”, dal momento che consente la modifica di futuri decreti legislativi ad opera di atti aventi natura regolamentare; né si può ritenere che i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri in questione abbiano rango primario, poiché ciò contrasterebbe con il divieto per le fonti primarie di creare fonti a sé concorrenziali.

Per il resto, la sentenza n. 192 lascia indenne la struttura della legge Calderoli, con alcune precisazioni. Il giudice delle leggi ha modo infatti di chiarire che i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali sono da intendersi non come livelli minimi di tutela, in relazione al nucleo essenziale incompressibile di ciascun diritto fondamentale, ma come standard uniformi di tutela, da garantire su tutto il territorio nazionale ai sensi dell’art. 3 Cost.: il nucleo minimo del diritto è un limite derivante dalla Costituzione, e va garantito “a prescindere da considerazioni di carattere finanziario”; i LEP sono “un vincolo posto dal legislatore statale, tenendo conto delle risorse disponibili e rivolto essenzialmente al legislatore regionale e alla pubblica amministrazione”, la cui determinazione impone l’obbligo da parte dello Stato di garantirne il finanziamento.

In ogni caso per la Corte, a prescindere dalla partizione suddetta, se il legislatore qualifica una materia come no-LEP, i relativi trasferimenti non potranno riguardare funzioni che attengono a prestazioni concernenti i diritti civili e sociali; se si volesse trasferire una funzione rientrante in una materia no-LEP, ma incidente su un diritto civile o sociale “occorrerà la determinazione del relativo LEP (e costo standard)”.

4 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE: I MARGINI DI ATTUAZIONE DEL REGIONALISMO DIFFERENZIATO DOPO LA SENTENZA N. 192 DEL 2024

La sentenza n. 192 del 2024, come si è visto, delinea una poderosa ricostruzione dell’architettura regionale italiana, ponendo delle linee di prospettiva per il suo sviluppo nel nome dell’equilibrio tra unità e pluralismo. Il ragionamento della Corte costituzionale è ampio e articolato, pregno di raffinate argomentazioni sul piano della dialettica unità/autonomia; esso si fonda sulla valorizzazione delle acquisizioni già consolidate, cui si aggiunge l’inserimento di esiti innovativi.

Tale mirabile ricostruzione sembra però rivelare non poche fragilità ove se ne ricerchino corrispondenze effettive con la realtà dei rapporti istituzionali. L’ampio affresco tratteggiato dalla Corte costituzionale propone un senso del regionalismo italiano che deriva dal complesso intreccio dei principi costituzionali connotanti la forma di Stato: un’attuazione sbagliata dell’art. 116, comma 3, Cost. potrebbe determinare una vera e propria deviazione dal sistema repubblicano; la differenziazione regionale viene ricondotta, così, al nucleo più sensibile dei valori costituzionali, e

posta in relazione con i principi di uguaglianza e di equità, che ne segnano i limiti insuperabili. Ciò ne depotenzia l'operatività: l'allocazione delle funzioni, per la Corte costituzionale, non può considerarsi solo sul piano dell'organizzazione amministrativa e della capacità finanziaria delle Regioni, ma incide sull'uguaglianza nel godimento dei diritti, e, per questo motivo, va adeguatamente calibrata.

La differenziazione regionale, in sostanza, ponendosi al crocevia delle tensioni che attraversano il testo costituzionale, richiede di essere ponderata con attenzione, secondo equilibri da definire di volta in volta, funzione per funzione, senza che possa farsi valere come soluzione politica generalizzabile: non si tratta della semplice richiesta di maggiori compiti politici da parte delle Regioni, in contrapposizione con l'uniformità statale; ma, piuttosto, si tratta di fornire, *ex parte populi*, una risposta differenziata a specifici problemi, ogniqualvolta ciò appaia necessario o utile. In altri termini, l'attuazione dell'art. 116, comma 3 Cost. non può valere *sic et simpliciter* come grimaldello per il rafforzamento o il rilancio dell'autonomia regionale ordinaria.

Partendo da tale presupposto la sentenza n. 192, come si è già osservato, evidenzia un alto tasso di normatività (Giupponi, 2025): essa tende a costruire un modello di differenziazione, andando ben oltre quello proposto dalla legge Calderoli; si tratta, però di un modello complesso, affidato al funzionamento di meccanismi elaborati, che ne mettono in crisi la praticabilità.

Basti pensare all' "istruttoria approfondita suffragata da analisi basate su metodologie condivise, trasparenti e possibilmente validate da un punto di vista scientifico", che, per la Corte, deve supportare la valutazione circa il trasferimento delle funzioni, avendo riguardo al risparmio dei costi che ne derivi o al miglioramento del servizio reso in termini qualitativi e quantitativi a parità di spesa.

Se ciò non bastasse, l'intreccio dei criteri di valutazione indicati dalla Corte è tale per cui potrebbe profilarsi l'eventualità che il trasferimento, pur avendo superato il vaglio dell'istruttoria sopradescritta, non superi il vaglio dell'istruttoria condotta per il profilo dell'equità, nel caso in cui l'efficienza dell'ente territoriale richiedente crei disuguaglianze nel trattamento dei cittadini residenti in altre Regioni, o per quello della responsabilità, laddove non sia possibile per i cittadini individuare esattamente la catena di comando, e, dunque, la responsabilità politica dei decisori regionali.

Anche per il versante della leale collaborazione la ricostruzione della Corte costituzionale rischia di apparire disallineata rispetto alla realtà istituzionale: la sentenza n. 192 sconfessa l'idea di un regionalismo duale, fatto da un sistema di territori in competizione, che disarticolerebbe la trama unitaria dello stato, e delinea, piuttosto, la necessità dell'adozione di paradigmi cooperativi nelle dinamiche dei rapporti tra i livelli di governo.

L'affermazione di principio, però, tralascia alcune criticità fondamentali, che hanno, finora, impedito la piena attuazione della leale collaborazione: l'assenza di sedi e di strumenti idonei a veicolare una effettiva collaborazione tra Parlamento e autonomie, oltre che l'assenza di meccanismi capaci di veicolare la perequazione finanziaria (Cerruti, 2025; Rivosecchi, 2024).

Anche questo potrebbe rendere difficile una eventuale negoziazione in cui lo Stato, in ossequio alla leale collaborazione, non voglia limitarsi a valutare le richieste regionali, per instaurare, piuttosto, un dialogo costruttivo con le Regioni richiedenti e con quelle non differenziate, che giustifichi l'adozione o meno di eventuali intese.

Se è vero, inoltre, che, alla luce di quanto statuito dalla Corte, la determinazione dei LEP potrà sbloccarsi a seguito dell'approvazione di una nuova legge delega e dei conseguenti decreti legislativi, restano tuttavia tutte le difficoltà pratiche che attengono non solo alla determinazione dei LEP in senso stretto, ma anche alla loro conversione in grandezze finanziarie, ovvero costi e fabbisogni standard, passaggio, questo, che per la Corte è prodromico al trasferimento di ogni funzione, anche di quelle no-LEP.

Restano, poi, tutte le ambiguità connesse alla distinzione netta tra materie LEP e materie no-LEP, essendo oltremodo difficile, in concreto, individuare con certezza materie che non incidano sul godimento dei diritti. Per quanto concerne il finanziamento, poi, la conferma del ricorso alla compartecipazione potrebbe in concreto collidere con il principio di responsabilità, sul versante della capacità di generare risorse proprie da gestire in autonomia, in un'ottica di responsabilità della gestione verso le popolazioni interessate.

A conclusione di questa breve disamina può rilevarsi, dunque, che, nonostante le attestazioni di principio favorevoli alla differenziazione regionale, e nonostante l'articolazione della decisione, che, anziché caducare del tutto la legge Calderoli, ne reinterpreta e riscrive senso e contenuti, la strada dell'attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost. appare irta di ostacoli: la difficoltà della dimostrazione del diritto a differenziarsi da parte delle Regioni richiedenti, unitamente alle problematiche sottese alla determinazione dei LEP e dei costi e fabbisogni standard, potrebbe in effetti rendere impraticabile la via tracciata dalla Corte costituzionale.

Dinanzi a queste difficoltà la decisione di dichiarare inammissibile il referendum abrogativo sulla legge Calderoli non si segnala per arrecare un contributo chiarificatore; al contrario, la pronuncia popolare avrebbe forse potuto, in una direzione o nell'altra, sgombrare il campo dai dubbi residui sulla possibilità di insistere nell'attuazione della legge n. 86 del 2024, aprendo magari la strada, nel solco dei principi affermati dalla Corte costituzionale, a procedure di differenziazione completamente riscritte su nuove basi.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALGOSTINO, Alessandra. Non solo di referendum. **Il manifesto**, 29 gennaio 2025.
- BARTOLE, Sergio. Differenziazione e ordinamento regionale vivente. **Astrid Rassegna**, n. 1, p. 1-15, 2025.
- BENVENUTI, Feliciano. **Il nuovo cittadino**. Tra libertà garantita e libertà attiva. Venezia: Marsilio, 1994.
- BERTI, Giorgio. Art. 5. In: **Commentario della Costituzione a cura di G. Branca**. Bologna: Zanichelli, 1975. p. 288-340.
- CERRUTI, Tania. L'istituto della perequazione nell'incidentato cammino verso la differenziazione. **Le istituzioni del federalismo**, n. 1, p. 83-97, 2025.
- CHELI, Enzo. La forma di Stato regionale in una storica sentenza della Corte costituzionale. **Astrid Rassegna**, p. 1-18, 11 dicembre 2024.
- CHIEFFI, Lorenzo. Disarticolazione del sistema delle autonomie e garanzia dei livelli essenziali. In: **Atti del convegno dell'Associazione Gruppo di Pisa sul tema "La riforma del titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale"**. Pavia 6-7 giugno 2003. Torino: Giuffrè, 2004. p. 731-756.
- CHIEFFI, Lorenzo. **I persistenti dubbi di conformità a Costituzione del d.d.l. recante "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione" (Atto camera n. 1665, già approvato in prima lettura dal Senato della Repubblica il 23 gennaio 2024)**. Memoria per l'audizione sul disegno di legge AC 1665 – Autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario. Disponibile su: <https://tinyurl.com/2s3dpcfj>. Consultato il: 18 dic. 2025.
- CHIEFFI, Lorenzo. L'effettività del principio di uguaglianza nel sistema italiano. In: BERTI, Giorgio; DE MARTIN, Giancandido (ed.). **Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici**. Milano: Giuffrè, 2003. p. 271-287.
- CHIEFFI, Lorenzo; CLEMENTE DI SAN LUCA, Guido (ed.). **Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione**. Torino: Giappichelli, 2004.
- CHIEFFI, Lorenzo; LOPES, Antonio; SCALERA, Domenico; STAIANO, Sandro. **Regionalismo differenziato**. Razionalizzazione o dissoluzione. Napoli: ESI, 2023.
- D'IGNAZIO Guerino (ed.). Asimmetrie e conflitti territoriali nel quadro dell'integrazione europea. **Istituzioni del federalismo**, n. 2, p. 245-253, 2018.
- GARDINI, Gianluca. La Corte costituzionale riscrive il regionalismo differenziato, ma molte questioni restano ancora senza risposta. **Istituzioni del federalismo**, n. 1, p. 7-16, 2025.

GIUPPONI, Tommaso. Cronaca di una morte annunciata? Cosa rimane del regionalismo differenziato dopo la sentenza n. 192/2024 della Corte costituzionale. **Istituzioni del federalismo**, n. 1, p. 37-47, 2025.

LAGROTTA, Ignazio. La pars construens della sentenza della Corte costituzionale n. 192/2024 in materia di autonomia differenziata. **Judicium**, 1 aprile 2025.

MORRONE, Andrea. La Corte costituzionale riscrive il Titolo V. **Quaderni costituzionali**, n. 4, p. 818-821, 2003.

MORRONE, Andrea. Lo stato regionale dopo la sent. n. 192 del 2024. **Giustizia insieme**, 28 gennaio 2025.

MOSCHELLA, Giovanni. Ruolo del Parlamento, leale collaborazione e ‘inapplicabilità’ della clausola di differenziazione alle Regioni speciali nella sent. Corte cost. n. 192/24. **La cittadinanza europea**, n. 2, p. 165-183, 2024.

PALERMO, Francesco; PAROLARI, Sara (ed.). **Le tendenze del decentramento in Europa**. Napoli: ESI, 2023.

PINELLI, Cesare. Sulla premessa alla motivazione della decisione della Corte costituzionale sull'autonomia differenziata (sent. n. 192 del 2024). **Astrid Rassegna**, n. 18, p. 1-23, 2024.

PIRAINO, Andrea. **L'altro regionalismo**. Perugia: Donzelli, 2025.

POGGI, Annamaria. Il regionalismo differenziato nella forma del d.d.l. Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere. **Federalismi.it**, n. 3, p. iv-xiv, 2024.

RIVOSECCHI, Guido. L'art. 119 Cost. e le implicazioni finanziarie del regionalismo differenziato: la quadratura del cerchio. **Le istituzioni del federalismo**, n. 2, p. 255-283, 2024.

SPADARO, Antonino. La quadratura del cerchio ... o della sent. cost. n. 192/2024. **Diritti regionali**, p. 1-29, 29 gennaio 2025.

VIESTI, Gianfranco. **Contro la secessione dei ricchi**. Autonomie regionali e unità nazionale. Bari: Laterza, 2023.

