

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

GERALDO NEVES LEITE

**A EFICIÊNCIA NA DECISÃO JUDICIAL DE CASOS DIFÍCEIS ENVOLVENDO
EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO MERCADO DIGITAL**

São Paulo - SP

2025

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

GERALDO NEVES LEITE

**A EFICIÊNCIA NA DECISÃO JUDICIAL DE CASOS DIFÍCEIS ENVOLVENDO
EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO MERCADO DIGITAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Nove de Julho (UNINOVE), como requisito para obtenção do grau em Doutor em Direito..

Linha de Pesquisa: EMPRESA TRANSNACIONAL E REGULAÇÃO

Professor Orientador: Dr. José Renato Nalini

São Paulo - SP

2025

Leite, Geraldo Neves.

A eficiência na decisão judicial de casos difíceis envolvendo empresas transnacionais no mercado digital. / Geraldo Neves Leite. 2025.

402 f.

Tese (Doutorado)- Universidade Nove de Julho - UNINOVE, São Paulo, 2025.

Orientador (a): Prof. Dr. José Renato Nalini.

1. Eficiência 2. Princípio jurídico. 3. Decisão judicial. 4. Empresas transnacionais. 5. Mercado digital.

I. Nalini, José Renato. II. Título

CDU 34

GERALDO NEVES LEITE
A EFICIÊNCIA NA DECISÃO JUDICIAL DE CASOS DIFÍCEIS ENVOLVENDO
EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO MERCADO DIGITAL

Tese apresentada ao Programa de
Pós-Graduação *Stricto Sensu* em
Direito da Universidade Nove de
Julho como parte das exigências
para a obtenção do título de Doutor
em Direito.

São Paulo, 04 de fevereiro de 2025.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Renato Nalini

Orientadora
UNINOVE

Documento assinado digitalmente
SAMANTHA RIBEIRO MEYER PFLUG MARQUES
Data: 04/02/2025 16:56:54-0300
Verifique em <https://verificar.br.gov.br>

Profa. Dra. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug
Examinadora Interna
UNINOVE

Prof. Dr. Celso Antonio Pacheco Fiorillo
Examinador Interno
UNINOVE

JEAN CARLOS DIAS Assinado de forma digital por
JEAN CARLOS DIAS
Dados: 2025.02.05 16:53:36
-03'00'

Prof. Dr. Jean Carlos Dias
Examinador Externo
CESUPA

Prof. Dr. Luciano Benelli Zimm
Examinador Externo
FGV/SP

Dedico este trabalho aos meus amados pai
Geraldo e irmã Mizalene (*in memoriam*)

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, a Deus, pela dádiva da vida e pela força que me sustentou ao longo dessa jornada. A Ti, Senhor, toda honra e toda glória!

À minha família, pela presença constante, pelo apoio incondicional e pelo incentivo indispensável para superação deste desafio.

Ao meu orientador, professor José Renato Nalini, cuja sabedoria jurídica, integridade humana e excelência profissional foram pilares essenciais para o desenvolvimento e a conclusão deste trabalho.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNINOVE, cuja dedicação e competência durante as aulas, disciplinas e seminários, enriqueceram profundamente minha trajetória acadêmica e intelectual.

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos meus colegas magistrados e aos servidores de minha unidade judiciária pelo apoio, compreensão e encorajamento para concretização desse sonho.

Por fim, aos meus amigos e amigas que contribuíram, com suas opiniões e reflexões, ainda que de modo informal, para o amadurecimento de ideias e a consolidação deste trabalho.

"Todas as coisas me são lícitas, mas nem todas as coisas convêm" (Coríntios 6:12)

RESUMO

Esta Tese de Doutorado propõe um estudo sobre o papel da eficiência dentro do Direito. Ela tem por objetivo propor uma investigação sobre o uso do princípio da eficiência como norma jurídica a ser seguida pelos juízes no momento de proferir decisões judiciais em casos difíceis envolvendo empresas transnacionais no mercado digital. A questão é relevante, pois o avanço tecnológico tem promovido reflexos na própria realidade jurídica da sociedade e muitas legislações não têm sido suficientes para regular todas as condutas decorrentes das relações produzidas entre as empresas fornecedoras e as pessoas consumidoras de produtos e serviços de tecnologia, na área de compartilhamento de informações nas redes sociais e na área de comércio eletrônico. As lacunas regulatórias, por vezes, resultam em litígios judiciais complexos, nos quais as decisões proferidas podem ter impactos econômicos e sociais que transcendem os interesses das partes envolvidas. Nesse sentido, o uso do princípio da eficiência como fundamento para decisão judicial parece ser razoável, principalmente em casos de controle judicial de políticas públicas voltadas a regulação da atividade econômica das empresas transnacionais, visto que a decisão, além de compreender critérios de legalidade e justiça, sujeita-se também a critério de eficiência, dada a necessidade de análise das consequências práticas por ocasião da fundamentação da decisão. Com efeito, a tese tem por objetivo apresentar um modelo de aplicação do princípio da eficiência para resolução de casos difíceis envolvendo questões de direito empresarial e que tenham como litigantes empresas transnacionais da área de tecnologia de informação no mercado digital. A pesquisa envolve a revisão bibliográfica de teorias jurídicas e econômicas, bem como a análise de julgados relevantes do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) que ilustram a aplicação ou não do princípio da eficiência como critério decisório em casos envolvendo provedores de internet.

Palavras-chave: Eficiência. Princípio jurídico. Decisão Judicial. Empresas Transnacionais. Mercado Digital.

ABSTRACT

This doctoral thesis proposes a study on the role of efficiency within the field of law. It aims to investigate the application of the principle of efficiency as a legal standard to be followed by judges when delivering rulings in complex cases involving transnational companies in the digital market. This issue is particularly relevant because technological advancements have significantly impacted the legal framework of society, and existing legislation often falls short of regulating all the behaviors arising from relationships between technology product and service providers and consumers, particularly in areas such as information sharing on social networks and e-commerce. These regulatory gaps sometimes lead to complex legal disputes, where judicial decisions may have economic and social repercussions that extend beyond the interests of the parties involved. In this context, employing the principle of efficiency as a basis for judicial decision-making appears reasonable, especially in cases concerning judicial review of public policies regulating the economic activities of transnational companies. Such decisions must not only meet criteria of legality and justice but also adhere to efficiency standards, given the need to analyze the practical consequences in the reasoning of the decision. Accordingly, this dissertation seeks to propose a model for applying the principle of efficiency in resolving complex cases involving business law issues, particularly those involving transnational technology companies operating in the digital market. The research includes a literature review of legal and economic theories as well as an analysis of landmark rulings by the Brazilian Federal Supreme Court (STF) and Superior Court of Justice (STJ), illustrating the application—or lack thereof—of the principle of efficiency as a decision-making criterion in cases involving internet service providers.

Keywords: Efficiency. Legal Principle. Judicial Decision. Transnational Companies. Digital Market.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1.....	41
Figura 2.....	42
Figura 3.....	44

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURA/SIGLA	SIGNIFICADO
ABRINT	Associação Brasileira de Provedores de Internet e Telecomunicações
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AED	Análise Econômica do Direito
AEPD	<i>Agència Española de Protección de Dados</i>
AgInt no REsp	Agravo Interno no Recurso Especial
AgInt no AREsp	Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial
AgInt nos EDcl no AREsp	Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial
AgInt nos EDcl no REsp	Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial
AgRg no AREsp	Agravo Regimental no Agravo de Recurso Especial
AgRg no Ag	Agravo Regimental no Agravo
amp.	Ampliada
ARE AgR-ED	Embargos de Declaração em um Agravo Regimental de um Agravo em um Recurso Extraordinário
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANPD	Autoridade Nacional de Proteção de Dados
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
Art.	Artigo
AWS	Serviços de Nuvem da Amazon
B2B	<i>Business to Business</i> (Empresa para Empresa)
B2C	<i>Business to Consumer</i> (Empresa para Consumidor)
C2C	<i>Consumer to Consumer</i> (Consumidor para Consumidor)
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
coord.	Coordenador
COVID-19	(<i>Co</i>)rona (<i>vi</i>)rus (<i>d</i>)isease of 2019 (Doença do Coronavírus de 2019)
CMA	Autoridade de Mercados e Concorrência
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DSA	<i>Digital Services Act</i>
DMA	<i>Digital Markets Act</i>
EBA	Autoridade Bancária Europeia
ed.	Edição
EMA	Agência Europeia de Medicamentos

ESG	<i>Environmental, Social and Corporate Governance</i> (Ambiental, Social e Governança Corporativa)
FDA	<i>Food and Drug Administration</i>
FCC	<i>Federal Communications Comission</i>
INQ	Inquérito Policial
LDA	Lei de Direitos Autorais
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados
LINDB	Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro
Min.	Ministro
MC	Medida Cautelar
MCI	Marco Civil da Internet
NFT	<i>Token</i> não fungível
NMPA	Administração Estatal de Alimentos e Medicamentos
OFCCOM	Regulador Britânico do Setor de Mídia e Comunicações
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
org.	Organizador
p.	Página
PROCON	Programa de Proteção e Defesa do Consumidor
RCL AgR	Agravio Regimental em Reclamação Constitucional
RE	Recurso Extraordinário
RE AgR	Agravio Regimental em Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
RSC	Responsabilidade Social Corporativa
rev.	Revista
s.	Seguintes
SAMR	Administração Estatal para Regulamentação do Mercado
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacionais
TIC	Tecnologia da Informação e Comunicação
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
v.	Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1. O BALIZAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO EMPRESARIAL E A REGULAÇÃO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS DE TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO.....	19
1.1 BALIZAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO EMPRESARIAL.....	20
1.1 QUESTÕES COMPLEXAS PARA O DIREITO E A ECONOMIA ENVOLVENDO A ATIVIDADE EMPRESARIAL: A MAXIMIZAÇÃO DO LUCRO, OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO, O BEM-ESTAR SOCIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	26
1.2 AS EMPRESAS TRANSNACIONAIS NA SOCIEDADE ATUAL E A SUJEIÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO.....	32
1.3 AS EMPRESAS TRANSNACIONAIS DE TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO, A MÍDIA SOCIAL E O COMÉRCIO ELETRÔNICO.....	37
1.4 A REGULAÇÃO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS DE TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO.....	45
2 A EFICIÊNCIA NO DIREITO E NA ECONOMIA.....	53
2.1 QUESTÕES SEMÂNTICAS E AXIOLÓGICAS EM UMA PERSPECTIVA INTERDISCIPLINAR.....	54
2.1.1 Eficácia, efetividade e eficiência.....	55
2.1.2 A eficiência de Custo e Benefício.....	57
2.1.3 A eficiência segundo o modelo de Pareto.....	58
2.1.4 A eficiência segundo o modelo de Kaldor-Hicks.....	61
2.1.5 A Eficiência segundo o modelo de Posner. Maximização da Riqueza Social	63
2.1.6 A Eficiência segundo o modelo de Shavell e Kaplow. Função de Bem-Estar Social.....	66
2.2 PRAGMATISMO FILOSÓFICO, REALISMO JURÍDICO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	71
2.3 A EFICIÊNCIA NO MOVIMENTO ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. CRÍTICAS E APERFEIÇOAMENTO.....	74

3 VALOR, NATUREZA JURÍDICA E EMPREGO DA EFICIÊNCIA EM DECISÕES JUDICIAIS DE CASOS DIFÍCEIS.....	82
3.1 O VALOR JURÍDICO DA EFICIÊNCIA.....	82
3.2 A EFICIÊNCIA COMO NORMA JURÍDICA.....	86
3.3 COMO EMPREGAR O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA EM DECISÕES JUDICIAIS DE CASOS DIFÍCEIS.....	103
4 CASOS DIFÍCEIS ENVOLVENDO EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO MERCADO DIGITAL JULGADOS PELO STF E STJ.....	111
4.1 APRESENTAÇÃO DOS CASOS CONSTITUCIONAIS JULGADOS PELO STF.....	113
4.1.1 Visão Geral dos Casos.....	113
4.1.2 Casos Criminais de interesse dos Provedores de Internet.....	130
4.2 APRESENTAÇÃO DOS CASOS DIFÍCEIS JULGADOS PELO STJ.....	135
4.2.1 Visão Geral dos Casos.....	135
4.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CASOS.....	170
5 MODELO DE EMPREGO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA EM CASOS DIFÍCEIS ENVOLVENDO EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO MERCADO DIGITAL.....	174
5.1 QUESTÕES COMPLEXAS ENVOLVENDO EMPRESA TRANSNACIONAL NO MERCADO DIGITAL: O INTERESSE ECONÔMICO DA EMPRESA: MAXIMIZAÇÃO DO LUCRO E REDUÇÃO DE CUSTOS DE TRANSAÇÃO; O INTERESSE SOCIAL: MELHORIA DO BEM-ESTAR SOCIAL; OS DIREITOS INDIVIDUAIS: RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	174
5.2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO FUNDAMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE CASOS DIFÍCEIS ENVOLVENDO EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO MERCADO DIGITAL.....	178
5.2.1 Estudo De Caso 1 – RE 1037396/SP E RE 1057258/MG.....	182
5.2.2 Estudo De Caso 2 – RESP 2067181/PR.....	198
CONCLUSÃO.....	214
REFERÊNCIAS.....	218
ANEXOS.....	226

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea, caracterizada por uma complexa rede de relações econômicas e sociais, tem experimentado profundas transformações com o advento da tecnologia da informação e a expansão do comércio eletrônico. A digitalização dos mercados e o crescimento das grandes corporações transnacionais, especialmente no setor de tecnologia, têm desafiado as estruturas tradicionais do direito, especialmente no que tange à regulação e resolução de conflitos decorrentes dessas novas dinâmicas econômicas.

Com o advento da sociedade de informação, consolidada pela criação e massificação do uso da internet, houve a necessidade de um novo olhar sobre os direitos, tais como: a liberdade de expressão, a informação, a comunicação e a privacidade, bem como o surgimento de novos direitos, como o de proteção de dados. Além disso, consolidou-se o comércio eletrônico, com a produção, fornecimento e consumo de bens e serviços envolvendo empresas transnacionais e consumidores de diversos lugares do mundo globalizado.

O avanço tecnológico tem promovido reflexos na própria realidade jurídica da sociedade e muitas legislações não têm sido suficientes para regular todas as condutas decorrentes das relações comerciais e de consumo produzidas entre as empresas fornecedoras e as pessoas consumidoras de produtos e serviços de tecnologia, na área de compartilhamento de informações nas redes sociais e na área de comércio eletrônico.

No contexto globalizado, empresas transnacionais de tecnologia da informação, muitas vezes denominadas como *Big Techs*, operam além das fronteiras nacionais, conectando consumidores e fornecedores de diversas partes do mundo. Esse cenário, embora propicie inovações e facilidades ao consumidor, também gera uma série de desafios jurídicos, particularmente em relação à adequação das legislações nacionais para lidar com as práticas dessas empresas.

As lacunas regulatórias, por vezes, resultam em litígios judiciais complexos, nos quais as decisões proferidas podem ter impactos econômicos, sociais e ambientais que transcendem os interesses das partes envolvidas. Nesse sentido, o uso da eficiência como critério para decisão judicial parece ser razoável, principalmente em casos de controle judicial de políticas públicas voltadas à regulação da atividade econômica e empresarial, visto que a decisão, além de compreender critérios de legalidade e justiça, sujeita-se também a critério de eficiência, dada a necessidade de análise das consequências práticas da decisão, em cenário de necessidades ilimitadas e escassez moderada de recursos.

A pesquisa aqui proposta insere-se no campo do Direito Empresarial, com foco na eficiência das decisões judiciais em litígios empresariais envolvendo empresas transnacionais

de tecnologia da informação no mercado digital. A eficiência, enquanto princípio jurídico, pode atuar como um importante critério na resolução de casos difíceis, os quais envolvem questões complexas de direito constitucional ou infraconstitucional, que não podem ser submetidas a uma regra de direito clara e tem repercussão política, jurídica, econômica e social, que ultrapassa os interesses subjetivos das partes do processo original. Nessa situação, a decisão judicial precisa equilibrar a legalidade e a justiça com as consequências práticas.

Nesse cenário, propõe-se o uso de um argumento econômico como *ratio decidendi* de uma decisão judicial. A despeito dessa ideia vir ganhando atenção na doutrina e na jurisprudência, sua aceitação ainda enfrenta desafios, especialmente no que diz respeito à necessidade de fundamentação adequada e à compatibilidade com as regras e os demais princípios jurídicos vigentes.

A questão da viabilidade de aplicação do princípio da eficiência na decisão judicial de casos difíceis é bem atual, uma vez que relaciona a atuação das *Big Techs* no Brasil e os litígios decorrentes da ausência ou insuficiência de legislação e políticas públicas direcionadas a regular o exercício de suas atividades econômicas.

O problema central desta tese é investigar se o princípio da eficiência pode servir como fundamento para decisões judiciais em casos difíceis de direito empresarial envolvendo empresas transnacionais de tecnologia da informação no mercado digital. Mais especificamente, pretende-se responder: "A eficiência é um princípio jurídico que pode fundamentar decisões judiciais em casos difíceis envolvendo empresas transnacionais de tecnologia de informação? E, em caso positivo, como esse princípio pode ser aplicado na prática jurídica para resolução desses casos?"

Com esse propósito, buscar-se-á adequar a tese à linha de pesquisa empresas transnacionais e regulação, apresentando um capítulo próprio sobre como a tese proposta pode ajudar juízes e operadores de direito a enfrentarem questões complexas de direito empresarial envolvendo regulação de empresas transnacionais de tecnologia de informação. Depois, rever o critério de eficiência defendido por ocasião da pesquisa realizada para dissertação de Mestrado, o da maximização da riqueza social, passando a considerar o critério da função do bem-estar social como mais adequado para servir de fundamento para decisão judicial em casos difíceis de Direito Empresarial, nesta tese de Doutorado. Além disso, apresentar o Pragmatismo Filosófico e Realismo Jurídico como bases da Análise Econômica do Direito (AED), movimento teórico do direito contemporâneo que defende o emprego do argumento econômico (entre eles o da eficiência) como fundamento para decisões judiciais, leis e políticas públicas.

Em termos de objetivos, tem-se:

Objetivo Geral: Demonstrar a viabilidade e a relevância da aplicação do princípio da eficiência como fundamento para decisões judiciais em casos complexos de direito empresarial que envolvem empresas transnacionais de tecnologia da informação no mercado digital.

Objetivos Específicos:

- a) Revisitar o conceito de eficiência, considerando sua adequação como critério jurídico na maximização do bem-estar social.
- b) Analisar o pragmatismo filosófico e o realismo jurídico como bases para a Análise Econômica do Direito, com foco na eficiência.
- c) Investigar como o princípio da eficiência pode auxiliar juízes e operadores do direito a enfrentar litígios empresariais complexos, que relacionam a maximização do lucro e redução dos custos de transação com a proteção de direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana.
- d) Estudar casos específicos julgados pelos tribunais superiores, verificando o uso do princípio da eficiência nas decisões.
- e) Propor um critério decisório aplicando o princípio da eficiência.

A metodologia utilizada nesta pesquisa é qualitativa, com uma abordagem predominantemente normativa, mas também exploratória e descritiva. Em um primeiro momento, será realizada uma análise descritiva doutrinária e jurisprudencial de casos concretos, investigando a aplicação ou não do princípio da eficiência em decisões judiciais envolvendo empresas transnacionais de tecnologia de informação. A pesquisa envolve a revisão bibliográfica de teorias jurídicas e econômicas, bem como a análise de julgados relevantes do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) envolvendo provedores de internet, nos campos da mídia social e do comércio eletrônico. Em momento posterior, a partir de estudo de casos dos tribunais superiores, será realizada uma análise normativa, com a prescrição de um modelo de aplicação do princípio de eficiência como fundamento da decisão judicial de alguns casos selecionados.

A tese está dividida em 5 (cinco) capítulos. O primeiro capítulo apresenta uma visão atual do direito empresarial e suas estruturas, no que se refere a regulação e controle da atividade empresarial das empresas transnacionais, notadamente aquelas que operam no ramo da tecnologia (*Big Techs*), seja como provedores de internet ou como plataforma digital de comércio eletrônico (*E-commerce*). O segundo capítulo aborda as diversas concepções de eficiência, tanto no aspecto terminológico, quanto no aspecto axiológico. O capítulo também possui um tópico sobre a contribuição do pragmatismo filosófico, do realismo jurídico e da

análise econômica do direito na construção e evolução do valor jurídico da eficiência, a partir de eventuais críticas sofridas.

O terceiro capítulo trata do valor jurídico da eficiência, usando, para isso, as contribuições do debate teórico entre Ronald Dworkin e Richard Posner, mas também da visão mais atualizada da questão a partir da doutrina de Kaplow e Shavell. Além disso, pretende analisar o tema da eficiência como norma jurídica (se é regra, princípio ou argumento de política), propondo, ao final, como empregar na fundamentação judicial de casos complexos.

O quarto capítulo apresenta alguns estudos de casos enfrentados pelos tribunais superiores (STF e STJ) envolvendo a atividade empresarial das empresas transnacionais enquanto provedores de internet e plataformas de comércio eletrônico e se, por ocasião das decisões e votos, os julgadores se utilizaram de algum argumento consequencialista ou, especificamente, do princípio da eficiência como fundamento da decisão. O último capítulo apresenta um modelo de aplicação do princípio da eficiência para resolução de casos difíceis envolvendo questões de direito empresarial e que tenham como litigantes empresas transnacionais da área de tecnologia de informação no mercado digital.

O estudo possui relevância acadêmica nos dias atuais da sociedade de informação, pois com a migração da pretensão de concretização de direitos para o plano judiciário, em especial, os fundamentais, cada vez mais o processo de decisão dos juízes e dos tribunais deve ser justificado e motivado de forma a realmente atender as questões e os problemas que isso suscita.

1. O BALIZAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO EMPRESARIAL E A REGULAÇÃO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS DE TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO

Esta tese se preocupa com os atos de empresas transnacionais de tecnologia de informação que possam gerar efeitos nocivos para atual sociedade de informação. Neste capítulo introdutório, descreve-se o ramo do Direito que tem por objeto a atividade empresarial e seus efeitos, a partir de suas balizas constitucionais. A exposição é sobre o papel do Direito Empresarial para regular a atividade econômica das empresas dentro de um ordenamento jurídico que, ao mesmo tempo em que enaltece o valor da livre iniciativa, reconhece na dignidade da pessoa humana o seu fundamento constitucional.

A abordagem se inicia com a descrição do papel da empresa dentro da Economia. Em perspectiva, o desenvolvimento sustentável de um país depende do modelo de capitalismo que adota e, nesse cenário, o papel desempenhado pela empresa na economia ganhou significativa importância. A economia global necessitou adaptar-se ao capitalismo contemporâneo do século XXI, o qual tem uma tendência mais progressista envolvendo uma espécie de novo contrato social entre eleitores e agentes políticos, trabalhadores e empresas, ricos e pobres, empregados e desempregados.

Para Schwab (2019), precisa-se repensar o capitalismo a partir dos modelos existentes:

De um modo geral, temos três modelos para escolher: o primeiro é o “capitalismo acionista”, adotado pela maioria das empresas ocidentais, que sustenta que o objetivo principal de uma empresa deve ser maximizar seus lucros. O segundo modelo é o “capitalismo de estado”, que confia ao governo o direcionamento da economia e ganhou destaque em muitos mercados emergentes, principalmente na China. Mas, comparada a essas duas opções, a terceira tem mais a recomendar. O “capitalismo das partes interessadas”, um modelo que propus há meio século, posiciona as empresas privadas como administradores da sociedade e é claramente a melhor resposta aos desafios sociais e ambientais atuais” (SCHWAB, 2019, p. 1).

O “capitalismo das partes interessadas” ou *Stakeholder Capitalism* possui princípios e métricas próprias. Como lembra Schwab (2019, p. 2), “para manter os princípios do capitalismo das partes interessadas, as empresas precisarão de novas métricas, como uma nova medida de ‘criação de valor compartilhado’ que deve incluir metas de ‘meio ambiente, social e governança’ (ESG) como um complemento de métricas financeiras padrão”. Nota-se que, nessa ótica, a empresa passa a desempenhar um papel mais importante no desenvolvimento sustentável.

Evidentemente, o poder estatal ainda deve exercer um papel importante para mitigar os efeitos do crescimento econômico desenfreado. Para Stiglitz (2020):

O mundo do século XXI é um em que o governo terá de assumir um papel maior do que no passado – a razão pela qual eu defendo um capitalismo progressista. Quero enfatizar que os mercados ainda serão importantes. Mas não podem ser os mercados irrestritos do neoliberalismo. A desigualdade cresceu (STIGLITZ, 2020, p. 1).

Nesse cenário, o desenvolvimento sustentável de um país passa pela atividade econômica desenvolvida por um empreendimento empresarial, a empresa, mas necessita de um eficiente marco regulatório do poder estatal.

Como pessoa jurídica de direito público ou privado, a empresa é criada, estruturada e mantida visando a produção e comercialização de bens e serviços em um ambiente econômico regulado pelo Estado, por meio do ordenamento jurídico. A atividade econômica é caracterizada como empresarial quando atua na produção de bens e serviços, de forma organizada e profissional, buscando o lucro. Essa atividade empresarial sofreu e sofre profundas transformações ao longo do tempo para se adaptar às necessidades humanas, às mudanças climáticas e às novas tecnologias.

O termo atividade, dependendo do contexto em que é compreendido, pode significar diferentes formas de agir e tem como característica o fato de ser um fenômeno essencialmente humano (FIORILLO e FERREIRA, 2020). Nesse contexto, a atividade, para ser razoavelmente interpretada no ordenamento jurídico, deve respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos de ordem constitucional.

A atividade, portanto, no plano jurídico constitucional, não pode ser desenvolvida em detrimento da dignidade da pessoa humana, observando-se que a constitucionalização desse princípio modifica, assim, em sua raiz, toda a construção jurídica. Assim, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição (FIORILLO E FERREIRA, 2020).

1.1 BALIZAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO EMPRESARIAL

Nesse plano constitucional, a atividade econômica, por se tratar de um fenômeno essencialmente humano, deve respeitar os fundamentos expressos na Constituição Federal (Art. 1º., I a V), notadamente, a dignidade da pessoa humana. Nesta seção, ter-se-á oportunidade de discorrer sobre o balizamento constitucional do direito empresarial e destacar o reflexo direto

do princípio descrito no art. 1º., III, da Constituição Federal na atividade empresarial. Neste momento inicial, contudo, impõe-se destacar que a atividade empresarial é importante, fundamental e essencial para o desenvolvimento sustentável de um país, mas deve estar atenta a eventuais efeitos nocivos de seu exercício, que podem implicar violação de direitos fundamentais.

Pois bem. Em um ambiente ideal de negócios, uma empresa exerce sua atividade econômica sem custos de transação, maximizando lucro, dentro de um livre mercado. Nesse contexto, prevalece a livre iniciativa e o livre exercício de atividade econômica. No mundo real, contudo, as operações realizadas por uma empresa se fazem por meio de contratos onerosos, com custos consideráveis de transação, em um mercado fortemente regulado, diminuindo a margem de lucro.

A regulação da atividade econômica das empresas ocorre por meio das normas existentes no ordenamento jurídico, as quais são objeto de estudo do Direito. Dentro da ciência jurídica, o campo do Direito Empresarial estuda, entre outros aspectos, o comportamento da empresa em um ambiente de negócios, como as normas jurídicas regulam sua atuação e os impactos que sua atividade econômica gera para a sociedade.

O Direito Empresarial é uma área que se dedica a regular as atividades empresariais, tendo como foco principal a proteção dos direitos dos empresários e das empresas, além de garantir a livre concorrência, o crescimento econômico e o desenvolvimento sustentável. Atualmente, para lidar com esse escopo, o Direito Empresarial tem por base a Teoria da Empresa, utilizada para identificar o empresário e a empresa, por meio de normas jurídicas específicas. A adoção da Teoria da Empresa, que vincula o empresário à empresa, segundo doutrina majoritária, representa a terceira fase de evolução do direito empresarial. A primeira e segunda fase tinham por escopo, respectivamente, tutelar o direito do comerciante (sistema subjetivo) e tutelar os bens e serviços e os créditos, ou seja, os atos de comércio (sistema objetivo).

O termo comércio deriva da expressão latina *commutatio mercium*, que significa troca de mercadorias por mercadorias. Essa atividade existe desde a Antiguidade, bem como, desde então, já havia uma regulamentação jurídica, ainda que primitiva, acerca do comércio, podendo ser exemplificado citando o Código de Manu na Índia e o Código de Hammurabi da Babilônia (TOMAZETTE, 2008, p. 03-05).

Com o decorrer da história, nasceu a figura dos comerciantes e, por consequência, o Direito Comercial como um conjunto de normas para regular as atividades destes. Contudo, como observa Tomazette (2008), a tutela do Direito Comercial, inicialmente, não recaía sobre

todos os indivíduos que praticassem a troca de mercadoria, mas somente sobre aqueles que faziam parte das corporações de ofício (sistema subjetivo).

Na busca por normas de aplicabilidade genérica para relações travadas entre comerciantes e entre estes e não comerciantes, houve a necessidade de superar a estrutura corporativa existente, fazendo nascer a teoria dos atos de comércio (sistema objetivo). Por essa teoria, o Direito Comercial passou a ser caracterizado pela prática de determinados atos especificados e enumerados legalmente e, nesse contexto, comerciante era todo aquele que os praticasse com habitualidade. Entretanto, atividades, como a prestação de serviço, o extrativismo mineral e vegetal, a atividade agropecuária, a compra e venda de imóvel, o transporte de pessoas, por exemplo, estavam afastadas da tutela do Direito Comercial.

Como consequência das críticas à teoria dos atos de comércio, surgiu a teoria da atividade empresarial ou teoria da empresa. Segundo ela, o elemento central deste ramo do Direito passa a ser a empresa que é conceituada como a atividade exercida de forma organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços e a sua nomenclatura passa a ser Direito Empresarial, definido como um complexo de regras que disciplina a atividade econômica organizada dirigida à satisfação das necessidades do mercado, e todos os atos nos quais essa atividade se concretiza.

A mudança de teoria que fundamenta esse ramo do Direito acarreta como consequência: (1) a substituição do elemento nuclear da troca para a atividade empresarial, o que possibilitou que as atividades não protegidas, agora o fossem; (2) a retirada dos atos de comércio, sem vinculação entre si e que dependia de descrição legal para a sua configuração, e a inserção da empresa como sendo a atividade economicamente organizada, com o fim de lucro; (3) a passagem da pessoalidade do Direito Comercial, com a figura do comerciante, para a impessoalidade do Direito Empresarial, que é organizado a partir da empresa.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Direito Comercial foi superado juntamente com a revogação da primeira parte do Código Comercial, e atualmente prepondera o Direito Empresarial, inserido no Código Civil, no Livro II¹. Dessa forma, é considerado empresário todo aquele que exerce a empresa, não sendo mais fundamental para seu reconhecimento a prática de atos do comércio.

Nesse contexto, é fundamental compreender o atual estágio de Direito Empresarial adotado em nosso ordenamento jurídico, para, enfim, destacar, nesse processo evolutivo, o papel da carta constitucional em seu balizamento.

¹ Importante ressaltar que regras de direito empresarial também estão inseridos na Constituição Federal e em outras normas infraconstitucionais (Código Penal, CLT, Lei das Sociedades Anônimas, CDC).

No Brasil, a Constituição Federal vigente, promulgada em 1988, possui, na primeira parte, uma carta de direitos fundamentais e, na segunda parte, normas estruturantes do poder estatal. A atividade econômica das empresas, como dito anteriormente, é regulada pelo sistema jurídico vigente voltado ao alcance dos objetivos da vigente Constituição democrática e republicana que enfatizam a liberdade, a solidariedade, o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades e a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de qualquer espécie (CF, art. 4º.). Em suma, o Direito Empresarial é regulado, fundamentalmente, pelas normas do Direito Constitucional.

O alcance desses objetivos leva à necessidade da declaração, reconhecimento e efetividade de um conjunto de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais afetos à saúde, educação, alimentação, trabalho, moradia, transporte, segurança, previdência e assistência social. A concretização desse conjunto expressivo de direitos impõe custos sociais, ou seja, despesas que são pagas pela sociedade por meio de tributos. Os custos são diretamente suportados pelo Estado, condicionados à eficiência de políticas públicas de arrecadação e de alocação de recursos. A solução ótima das crescentes demandas de atuação estatal é assunto complexo, que obrigatoriamente aproxima o Direito da Economia, para solução de casos difíceis que envolvem a concretização de direitos fundamentais.

Sob a ótica do Direito Constitucional, revela-se o postulado da supremacia da Constituição, dada a sua posição hierarquicamente superior às demais normas legais. A ordem fundante é o parâmetro de instrumentalização de arranjos institucionais e procedimentais, com o objetivo de concretizar direitos fundamentais. Nesse cenário, as empresas, como pessoas jurídicas de direito público ou privado, são instrumentos úteis à consecução de determinados fins previstos na Constituição. Como observa Godoy e Mello (2016, p. 92), as empresas são essenciais porque “produzem, empregam, arrecadam e distribuem” e, além disso, inovam.

A atuação de uma empresa dentro do ordenamento jurídico brasileiro, nesse contexto, pressupõe respeito aos fundamentos previstos no art. 1º. da Constituição Federal, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Entre os diversos marcos fundantes desse princípio constitucional tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos como esforço de reconhecimento e valorização dos direitos da pessoa humana, após as atrocidades ocorridas na primeira e na segunda guerra mundial.

O movimento da afirmação dos direitos humanos é produto histórico também de várias experiências como as revoluções liberais, inglesa, norte-americana e francesa, com suas respectivas declarações de direitos. A Revolução Inglesa teve como marcos a *Petition of Rights*, de 1628, e o *Bill of Rights*, de 1689, que buscaram garantir alguns direitos de liberdade e a

supremacia da lei. Por seu turno, a Revolução Nacionalista e de independência norte-americana tinham como traço marcante o processo de independência das colônias britânicas na América do Norte, culminando com a primeira Constituição do mundo, a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. Somente em 1791 foram aprovadas 10 (dez) Emendas que, finalmente, trouxeram a Constituição uma carta de direitos humanos.

No caso da Revolução Francesa, o marco foi a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo propósito era abolir privilégios e imunidades de várias castas, em especial da aristocracia de terras (RAMOS, 2015, p. 43). O lema era *liberté, égalité et fraternité*. A declaração francesa proclamou direitos humanos a partir de uma premissa que serviu de base para futuros diplomas internacionais: “todos os homens nascem livres e com direitos iguais”. A declaração, com seus dezessete artigos, tem forte influência jusnaturalista e foi adotada como preâmbulo da Constituição da França de 1791.

Essa foi a chamada fase do constitucionalismo liberal, em que se consolidou a vocação universal dos direitos humanos. Esse universalismo foi o grande alicerce para a futura afirmação dos direitos humanos ao longo do século XX, com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Após essa fase, houve a do constitucionalismo social, em que se defendeu a ampliação do rol de direitos da Declaração Francesa para abarcar não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais.

Em 1793, os revolucionários franceses editaram uma nova Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão, com forte apelo ao direito à igualdade, com destaque a direitos sociais ligados à educação e à assistência social. A Europa do século XIX vivenciou movimentos sociais que ganharam apoio popular contra o modo de produção capitalista. “São inúmeras as influências da ascensão das ideias socialistas no século XIX. No plano político, houve várias revoluções malsucedidas, até o êxito da Revolução Russa em 1917” (RAMOS, 2015, p. 45-46).

No plano constitucional, houve a introdução dos direitos sociais – que tinham por escopo assegurar condições mínimas de subsistência – em diversas Constituições, sendo as primeiras a Constituição do México (1917), da Alemanha (1919) e do Brasil (1934). No plano do direito internacional, foi criado um organismo internacional voltado à proteção de direitos trabalhistas, a OIT (Organização Internacional do Trabalho), em 1919.

O final da Segunda Guerra Mundial foi marcante para internacionalização dos direitos humanos. Até meados do século XX, havia normas internacionais esparsas contra à escravidão e de proteção de direitos trabalhistas, entretanto, em 1945, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), houve a necessidade de vincular a defesa da democracia e dos direitos

humanos com os interesses dos países em manter um relacionamento pacífico na comunidade internacional. Por essa razão, em 10 de dezembro de 1948, em Paris, foi aprovada, sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU, a Declaração Universal de Direitos Humanos, com trinta artigos contendo o rol de direitos humanos aceitos internacionalmente (RAMOS, 2015, p. 47).

O Brasil também pôde invocar sua experiência histórica, na qual, “o preço da liberdade passou a ser a eterna resistência, cidadela da lucidez sitiada por um poder que se abastilhara, absoluto e avassalante” (BARROSO, 1998, p. xii). No caso brasileiro, um maior reconhecimento dos direitos humanos se deu, em um ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988 (CFRB/88). A Constituição foi capaz de promover, ao longo dos anos, a travessia de um regime autocrático para um regime democrático, que atende pelo nome de Estado Democrático de Direito.

Como afirmado por Comparato (2005, p. 1), a centralidade dos direitos da pessoa humana decorre da “revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito”. Esse reconhecimento atribuído à dignidade da pessoa humana, tanto na Declaração Universal como na Constituição Brasileira, deve ser visto como expressivo sinal de avanço civilizatório, dado seu caráter claramente humanista.

Dessa forma, verifica-se a existência de um Constitucionalismo moralmente voltado para a dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão, toda atividade econômica realizada pelas empresas, no sistema jurídico-constitucional brasileiro, a despeito do objetivo de obtenção de lucro, deve ser voltada também para garantir e concretizar os direitos humanos. A empresa, e não há outra forma de entendê-la sob o prisma jurídico constitucional, é arranjo institucional que tem por finalidade atender as necessidades humanas.

Enquanto pessoa jurídica, a empresa depende, em sua essência, da pessoa humana para concretamente existir. Surgem, então, algumas questões a serem respondidas neste momento: A empresa, enquanto pessoa jurídica, pode ser titular de direitos fundamentais? Seria possível à empresa exercer direitos civis e políticos (liberdades de locomoção, de crença religiosa, de expressão, de voto, de profissão), direitos econômicos, sociais e culturais (direitos trabalhistas, previdenciários, de saúde, à educação) ou direitos difusos (meio ambiente, paz, desenvolvimento, direito ao patrimônio comum da humanidade)?

As respostas não são simples. Sarlet (2015, p. 230) aponta o caminho:

(...) foi recepcionada pelo direito brasileiro, a tese de que as pessoas jurídicas, ao contrário das pessoas naturais (físicas ou singulares) não são titulares de

todos os direitos, mas apenas daqueles direitos que lhes são aplicáveis por serem compatíveis com a sua natureza peculiar de pessoa jurídica, além de relacionados aos fins da pessoa jurídica, o que, todavia, há de ser verificado caso a caso.

É inconteste que, por não existir biologicamente, a pessoa jurídica não pode ser inteiramente equiparada à pessoa natural, quanto ao exercício de seus direitos. Por exemplo, não se pode cogitar que uma pessoa jurídica venha a exigir a proteção de sua integridade corporal ou pagamento de uma pensão alimentícia para sua subsistência. Entretanto, é factível uma pessoa jurídica poder exercer seu direito de propriedade e a liberdade de contratar. “Por essa limitação no exercício de seus direitos, tem-se que a pessoa jurídica reveste uma personalidade de caráter instrumental, enquanto ao indivíduo se reconhece uma personalidade de caráter substancial” (NALINI e LEITE, 2023, p. 10).

Assim, como salientado por Godoy e Melo (2016, p. 101), “a ofensa à titularidade de direitos fundamentais da pessoa jurídica é uma afronta também direta às pessoas humanas, porquanto essas últimas partilham direitos com aquela primeira, que os instrumentaliza”.

Evidentemente, esse alargamento teleológico dos direitos fundamentais não tem por escopo fortalecer apenas a empresa, em sua atividade econômica, mas também conscientizar que o objetivo de maximização de lucro não exclui a efetivação de direitos fundamentais ligados ao bem-estar social e, sob a baliza constitucional, à dignidade da pessoa humana.

1.2 QUESTÕES COMPLEXAS PARA O DIREITO E A ECONOMIA ENVOLVENDO A ATIVIDADE EMPRESARIAL: A MAXIMIZAÇÃO DO LUCRO, OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO, O BEM-ESTAR SOCIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Uma empresa, compreendida como pessoa jurídica, possui direitos fundamentais de caráter instrumental. A violação desses direitos também afronta as pessoas humanas, por elas partilharem alguns direitos com a pessoa jurídica. Ela, a empresa, possui alguns direitos civis, como direito de propriedade e de liberdade de contratar, além de outros direitos sociais, econômicos e culturais, como direito de acesso à informação e proteção de dados.

Evidentemente, como dito antes, no exercício de sua atividade econômica, a empresa tem por objetivo maior a obtenção do lucro. Na economia, o termo lucro tem dois significados diferentes, mas relacionados. O lucro normal representa o custo de oportunidade total (explícito e implícito) de uma empresa ou de um empreendedor, enquanto o lucro econômico é, pela teoria neoclássica, a qual prepondera na economia moderna, a diferença entre a receita total da

empresa e todos os custos, inclusive o lucro normal. Em ambos os casos, o lucro econômico é o retorno a um empresário ou um grupo de empresários.

Importante destacar que o conceito de empresa atual, sob a égide da teoria da atividade empresarial, não é jurídico, mas, sim, econômico, ligado à ideia central da organização dos fatores da produção – capital, trabalho, natureza –, para a realização de uma atividade econômica (TOMAZETTE. 2010, p. 02). Nesta linha, Ulhoa Coelho (2002, p.18) sustenta que a atividade empresarial tem como marca essencial a obtenção de lucro com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, sendo estes gerados mediante a organização dos fatores de produção – força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia.

Como visto, o lucro é o meio para obtenção, manutenção e ampliação do capital. Este, por sua vez, é insumo básico para o ganho de produtividade que é determinante para o aumento de renda e de outras necessidades humanas dos trabalhadores. Essa função social do lucro conecta-o a dignidade da pessoa humana.

Para maximização do lucro, a empresa precisa reduzir custos, não somente na produção, como no fornecimento e comercialização de produtos e serviços. Para a economia, uma parte desses custos são chamados de custos de transação. Referem-se aos gastos e esforços envolvidos nas transações comerciais e nas atividades legais relacionadas a uma empresa. Alguns exemplos de custos de transação no contexto do direito empresarial incluem contratação de assessoria jurídica, contábil e financeira, elaboração de contratos, pagamento de tributos e registro de marcas e patentes. Esses são apenas alguns exemplos de custos de transação que uma empresa pode enfrentar no campo do direito empresarial. É importante observar que os custos podem variar de acordo com a natureza da empresa, o setor em que atua e a complexidade das transações comerciais envolvidas.

O estudo sobre custos de transação e o impacto nas relações jurídicas, sejam elas empresariais ou não, exigem, nesse momento, uma breve incursão na importância do estudo de Direito e Economia e de um dos seus principais fundadores.

A relação entre Direito e Economia não é recente e, ao longo do tempo, tem variado na percepção de juristas e economistas. A título de exemplo, pode-se citar a importância de três grandes pensadores econômicos dos últimos 200 anos que influenciaram fortemente o Direito com suas ideias, Adam Smith, Karl Marx e John Maynard Keynes, notadamente, para defender a importância das normas jurídicas emanadas pelo Estado na regulação do mercado.

No estudo e pesquisa de Direito Empresarial e Direito Econômico, é nítido o ponto de contato entre essas duas ciências sociais. Ao longo do presente trabalho, será detalhada a evolução do movimento teórico Direito e Economia (*Law and Economics*) e as polêmicas

decorrentes da utilização do argumento econômico em diferentes áreas jurídicas, como direito contratual, responsabilidade civil e controle judicial de políticas públicas. Por ora, impõe-se destacar a importância do nome de Ronald Coase no centro de qualquer estudo sobre as relações entre Direito e Economia.

Ronald Harry Coase foi um dos fundadores desse movimento teórico Direito e Economia (ou Análise Econômica do Direito). A compreensão da microeconomia e do funcionamento das instituições e dos processos judiciais, deve-se, particularmente, aos estudos de Coase sobre a natureza da firma e sobre os custos de transação.

Na visão de Coase (2016), as transações comerciais realizadas no mercado possuem custos, notadamente em decorrência da intervenção estatal no livre mercado. Para ele, a intervenção do governo contraria a livre concorrência, pois, o mercado, na livre concorrência, alocaria os recursos sociais de modo mais eficiente, contribuindo para um aumento do bem-estar social; por outro lado, a intervenção estatal no mercado tende a dissipar os recursos e reduzir o bem-estar social. Nesse sentido, a intervenção do Estado na economia gera um aumento dos custos de transação.

Sobre custos de transação, Coase entende que as transações realizadas individualmente tendem a gerar mais custos sociais que as realizadas pelas empresas (ou firmas, na linguagem adotada pela teoria econômica moderna). Para Coase (2016), as firmas são instrumentos criados para reduzir os custos de transação. A firma corresponderia a uma adaptação à existência dos custos de transação. Isso ocorre porque os custos das transações realizadas pela firma seriam menores do que os custos das transações realizadas pelo mercado ou por indivíduos isolados.

Em meu artigo “A natureza da firma”, argumentei que, embora se possa realizar a produção de maneira totalmente descentralizada por meio de contratos entre indivíduos, o fato de que existe um custo relativo à participação nessas transações significa que surgirão firmas para organizar transações que de outro modo seriam do mercado, sempre que seus custos forem menores do que os custos de realizar as transações através do mercado. O limite para o tamanho da firma se estabelece onde seus custos de organizar uma transação tornam-se iguais ao custo de realizá-la através do mercado. Isso determina o que a firma compra, produz e vende (COASE, 2016, p. 7).

Tal posição confronta a ideia de Adam Smith, sustentada pela Economia Neoclássica, segundo a qual os mercados decorrem de um produto instintivo de procura individual por interesses também individuais. Essa lógica do mercado voltada à satisfação de interesses individuais não convence Coase, o qual sustenta que, se o mercado agisse assim, para satisfação de interesses econômicos individuais, não faria sentido a existência de firmas (empresas), criadas pelo propósito de obtenção de lucro e redução de custos de transação.

Daí decorre a afirmação de Coase de que as firmas advêm precisamente da existência de custos os quais impactam o mecanismo de preços, ou melhor, os custos de transação. Nesse aspecto, estariam englobados nos custos de transação, os custos para identificar os preços de mercado, os custos de negociar e executar contratos, os custos decorrentes de tributos. Observa-se, assim, a importância da existência da firma (empresa) para obtenção do lucro e não se pode negar que o lucro, como já visto, é um dos maiores estímulos para o surgimento, a permanência e o desenvolvimento da atividade empresarial no mercado (COASE, 2016).

Uma vez que levam em conta os custos de realização das transações no mercado, a distribuição e redistribuição de direitos tende a ocorrer somente se o aumento do valor de produção for maior que os custos incorridos para implementá-lo. O Teorema de Coase, formulado em seu artigo *O problema do Custo Social* (1960), é um princípio fundamental na economia do direito. Ele afirma que, se os direitos de propriedade são claramente definidos e os custos de transação são baixos, as partes envolvidas em um conflito de externalidades (efeitos de uma atividade econômica sobre terceiros que não estão envolvidos nessa atividade) podem negociar uma solução que leva a uma alocação eficiente dos recursos, independentemente do disposto no ordenamento jurídico quanto a quem cabe a responsabilidade por efeitos nocivos ou externalidades.

No exemplo clássico do pecuarista e agricultor, em que eles eram vizinhos, imaginou-se a situação em que o gado do pecuarista invade e danifica as plantações do agricultor. De acordo com o Teorema de Coase, se os custos de negociação são baixos, agricultor e criador de gado podem chegar a um acordo que minimize o dano total independentemente de quem tem o direito legal inicial (se o fazendeiro agricultor tem o direito de estar livre da invasão ou se o pecuarista criador de gado tem o direito de deixar seu gado vagar). Por exemplo, se o dano às culturas for menor do que o custo de cercar o gado, o fazendeiro pode pagar ao criador de gado para que ele construa uma cerca.

O Teorema de Coase tem aplicação em questões complexas atuais como Direitos de Emissão de Carbono. Nos sistemas de comércio de emissões, como o Esquema de Comércio de Emissões da União Europeia, há um princípio semelhante ao do Teorema de Coase. Empresas recebem ou compram direitos para emitir uma certa quantidade de carbono. Aquelas que podem reduzir emissões a um custo baixo o farão e venderão seus direitos excedentes a outras empresas para as quais a redução de emissões é mais cara. Embora haja custos de transação, o sistema visa facilitar a negociação de direitos de emissão para alcançar reduções de carbono de forma menos custosa.

No campo do comércio eletrônico, pode-se citar conflitos surgidos sobre a qualidade do produto, a entrega, a devolução de itens, entre outros. De acordo com o Teorema de Coase, se os custos de transação são baixos, vendedores e compradores podem negociar soluções mutuamente benéficas sem necessidade de intervenção externa. Por exemplo, uma loja online pode oferecer um reembolso ou substituição para resolver uma disputa sobre um produto defeituoso.

Estes exemplos ilustram como o Teorema de Coase pode ser aplicado para resolver conflitos de externalidades em diferentes contextos. No entanto, é importante notar que, na prática, os custos de transação, muitas vezes, não são insignificantes e podem afetar consideravelmente a capacidade das partes de chegar a um acordo eficiente.

Interessante destacar também que, em seu artigo *A natureza da Firma* (1937), Ronald Coase retratou um pouco a evolução do direito comercial, apontado na introdução desse capítulo. O comerciante seria um agente o qual, a princípio, lidava com o mercado de forma direta e solitária. Se ele pretendesse obter lucro em sua atividade econômica, teria que procurar cada insumo em diferentes pontos de mercado, acarretando consideráveis custos de transação. Somente com a evolução da atividade econômica, segundo Coase (2016), impulsionada pela Revolução Industrial, o comerciante passou a assimilar que era melhor se os insumos se constituíssem a partir de uma unidade técnica de produção ou circulação (através dos direitos de propriedade ou contratual), como meio de minimizar os custos de transação e maximizar o lucro. Surge, então, a *firma* (empresa), organização com personalidade jurídica destinada, na economia do mercado, a diminuir os custos de transação inerentes à sua atividade e, por consequência, aumentar o lucro.

Nesse cenário, o funcionamento da empresa, em sua atividade econômica, promove a produção e alocação de recursos e a efetivação de direitos fundamentais, notadamente, quando emprega e se vincula a quem lhe presta serviços. Ela é, assim, um importante meio para alcançar os fins almejados pela Carta Magna para concretização de direitos fundamentais. As normas constitucionais de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício da atividade econômica asseguram o seu pleno funcionamento, mas exigem um comprometimento com melhoria do bem-estar social e a proteção da dignidade da pessoa humana.

Sobre bem-estar social, a sua compreensão vai muito além do aumento do nível de conforto material das pessoas. Partindo da concepção de bem-estar individual, considera-se bem-estar tudo o que tem valor para o indivíduo, desde aspectos de satisfação estética até sentimentos de altruísmo e de autoestima, além de aspectos materiais.

A respeito do tema, cabe ressaltar a mensagem descrita no Relatório Brundtland (1987) que, ao estabelecer o conceito de desenvolvimento sustentável, deixou expresso que o comunicado da ONU foi direcionado “as pessoas, cujo bem-estar é o objetivo último de todas as políticas referentes a meio ambiente e desenvolvimento” (OUR COMMON FUTURE, 2024). Assim, a livre iniciativa, a busca pela maximização do lucro e pela redução de custos de transação, que regem a atividade econômica, passaram a ter um novo significado adequado a interpretação contemporânea.

O texto constitucional estabelece expressamente também que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna. O objetivo principal é assegurar uma existência digna da pessoa humana (CF, art. 170).

A dignidade da pessoa humana é, para muitos, fundamento dos direitos fundamentais. Não há uma definição precisa do que é dignidade da pessoa humana. Neste trabalho, adota-se a concepção de que a dignidade é um direito fundamental para existência da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é alcançada quando a pessoa tem garantido um mínimo para sua existência e tem preservadas sua identidade, sua integridade e sua capacidade de viver o presente e conceber o futuro livremente, como um sujeito de direito e um fim em si mesmo. Sob esta ótica, Comparato (1998) afirma que o valor do direito decorre daquele que o criou, o homem. Para o autor, o fundamento do direito humano não pode ser outro que não o próprio homem, “considerado em sua dignidade substancial de pessoa” (COMPARATO, 1998, p. 60).

Para Ávila (2022b, p. 13):

Depois de ter garantido um mínimo para sua existência e ter preservadas sua identidade e sua integridade, tanto física quanto espiritual, o que de fato necessita o ser humano para gozar uma vida digna – e, por consequência, feliz – é ter a plena capacidade de viver o presente e conceber o futuro livremente.

Na visão de Sarlet (2002, p. 62):

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Nesse contexto, em sua atividade econômica de produção de bens e serviços e em suas transações comerciais, as empresas enfrentam conflitos jurídicos decorrentes de questões complexas que põem de um lado a obtenção de lucro e redução de custos, e de outro a promoção

do bem-estar social e da dignidade da pessoa humana, questões essas que podem levar à intervenção judicial.

Esta intervenção nem sempre tende a observar as consequências práticas da decisão e o papel social da empresa. O ideal seria conciliar os interesses da empresa (maximização de lucro e redução de custos) com os interesses da sociedade em um Estado Democrático de Direito (dignidade da pessoa humana e bem-estar social).

É tudo uma questão de sopesar as vantagens que adviriam da eliminação dessas externalidades ou efeitos nocivos da atividade empresarial com os ganhos que a sociedade obteria por permitir que continuem. Haverá consistente alicerce teórico para embasar tais decisões? É o que se pretende explorar no decorrer deste trabalho científico.

1.3 AS EMPRESAS TRANSNACIONAIS NA SOCIEDADE ATUAL E A SUJEIÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO

As empresas transnacionais são entidades empresariais que operam em vários países além de seu país de origem. Elas têm instalações e outros ativos em pelo menos um país fora de suas fronteiras nacionais, e geralmente possuem uma estrutura organizacional centralizada onde estratégias de negócios, decisões operacionais e alocações de recursos são coordenadas globalmente.

Atuam em proveito da gestão de seus processos de produção motivados pelo desejo de maximizar seus lucros, através da busca de mercado consumidor mais atrativo, fontes de energia, matéria-prima e mão de obra mais baratas, ultrapassando os limites territoriais dos países de sua origem (FIORILLO, 2023).

As empresas transnacionais na atual sociedade de informação têm um compromisso com sua missão institucional – a obtenção de lucros para recompensar seus gestores e acionistas, mas também um compromisso em respeitar o ordenamento jurídico interno de cada país onde atua. Em um mundo globalizado, conectado pela internet, uma empresa pode ter sede em um determinado país, empregados e colaboradores em outro, e consumidores em muitos outros países.

Independentemente desta situação, o funcionamento da empresa, o modelo de negócio e a relação com o mercado consumidor local estão sujeitos à legislação interna do país, por razões de soberania nacional. As empresas de tecnologia de informação, sejam elas nacionais ou transnacionais, por equiparação, e com razão, também se sujeitam às normas jurídicas locais

quando se trata de sua atuação no mercado digital, seja por meio de plataformas de mídia social ou de comércio eletrônico. As razões serão expostas a seguir.

As empresas transnacionais resultam da concentração de capital e da internacionalização da produção capitalista. Evidentemente, sua expansão decorre da inovação e produtividade que proporcionam. Sandroni (1999) observa que seu surgimento teve início no final do século XIX, quando o capitalismo superou sua fase concorrencial e evoluiu para formação de monopólios, trustes e cartéis. Nesse novo processo de realização do capital, surgem mercados globais de produção de bens, de serviços e de utilização de mãos-de-obra, cujos resultados consistem no desenvolvimento do poder econômico, político e militar das potências industriais.

Caracterizadas como um dos formadores primários da economia global contemporânea, as empresas transnacionais são economicamente muito ricas e potencialmente mais poderosas do que muitos dos estados-nação do mundo (FIORILLO, 2023, p. 36). Surgidas no final do século XIX, aproximadamente em 1865, as empresas transnacionais, como a fabricante norte-americana SINGER e as empresas alemãs BASF e SIEMENS, eram pouco numerosas e utilizavam uma estrutura mais ou menos nova para a época, a sociedade anônima. As características distintivas das empresas transnacionais incluem geralmente:

- a) Presença Global: Elas operam em múltiplas jurisdições, atravessando fronteiras nacionais, buscando constantemente os locais de produção mais baratos em todo o mundo.
- b) Cadeias de Valor Integradas: Elas podem integrar suas operações em diferentes países para aproveitar vantagens competitivas como custos de mão de obra mais baixos, acesso a recursos naturais ou mercados consumidores. Elas possuem notória flexibilidade geográfica, podendo transferir recursos e operações para qualquer lugar do mundo.
- c) Controle e Propriedade: Embora as operações sejam globais, o controle geralmente permanece com a matriz, localizada no país de origem. Tem por objetivo a maximização do lucro e a redução de custos (o lucro é destinado para investimento em novas filiais e outra parte é direcionada para a matriz).
- d) Fluxos Financeiros Internacionais: Elas estão envolvidas em movimentações significativas de capital, incluindo investimento direto estrangeiro, lucros, royalties e taxas de licenciamento.

O significativo aumento de empresas transnacionais no mundo globalizado tem provocado grande impacto na economia. Elas representam grandes corporações, organizações

estruturadas no sentido de desenvolver atividade econômica focada no lucro e organizadas para realizar suas operações entre diferentes nações. Apesar de atuarem em diversos países, possuem uma sede (a maioria delas nos EUA, Reino Unido, Alemanha, China e Japão).

Atualmente, tanto na rede de governança nacional quanto na global, essas corporações multinacionais desempenham um papel extremamente importante, tornando-se, como dito antes, uma importante força motriz para o crescimento econômico moderno. É fato que mais da metade das 200 maiores economias do mundo são empresas e não países (FIORILLO, 2023, p. 32). Evidentemente, são constantes os desafios jurídicos enfrentados pela atuação dessas empresas em múltiplas jurisdições, tendo em vista que suas regras de negócios podem conflitar com a legislação interna dos países onde atua colocando em xeque a soberania nacional.

Essas empresas desempenham um relevante papel como proprietárias, parceiras em *joint ventures* e fornecedoras de tecnologia em muitos países, especialmente em setores que afetam o meio ambiente como o de extração de petróleo, minério e papel. Evidentemente, há mútua suspeita entre governos e empresas transnacionais, como alertou o Relatório Brundtlan (1987), relatório intitulado *Our Common Future*, produzido pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU e que serviu para disseminação da ideia de desenvolvimento sustentável:

But mutual suspicions still exist, usually because of the asymmetry in bargaining power between large corporations and small, poor developing countries. Negotiations are often made one sided by a developing country's lack of information, technical unpreparedness, and political and institutional weaknesses. Suspicions and disagreements remain, particularly concerning the introduction of new Technologies, the development of natural resources, and the use of the environment. If multinationals are to play a larger role in development, these conflicts and suspicions must be reduced². (OUR COMMON FUTURE, 1987, p. 76).

Nesse aspecto, as empresas transnacionais desempenham um poderoso e importante papel no mundo globalizado e suas atuações nos mercados nacionais podem favorecer tanto a competitividade como a formação de cartéis e oligopólios. A existência de um ordenamento jurídico adequado é de vital importância para que elas colaborem para o desenvolvimento sustentável dos países onde atuam.

Se o sistema legal de regulamentação do governo é unificado, se o sistema de regulamentação do governo é claro, se as funções regulatórias estão

² Mas ainda existem suspeitas mútuas, geralmente devido a uma assimetria no poder de negociação entre grandes empresas e pequenos países pobres em desenvolvimento. As negociações são frequentemente unilateralizadas pela falta de informação, pela falta de preparação técnica e pelas fraquezas políticas e institucionais de um país em desenvolvimento. As suspeitas e divergências permanecem, particularmente no que diz respeito à introdução de novas tecnologias, ao desenvolvimento dos recursos naturais e à utilização do ambiente. Se quisermos que as multinacionais desempenhem um papel mais importante no desenvolvimento, estes conflitos e suspeitas devem ser reduzidos (Tradução livre).

interligadas, se o estilo regulatório é rígido ou flexível, se a capacidade regulatória é forte ou fraca e se os procedimentos regulatórios são transparentes ou misteriosos, todos afetam diretamente o ambiente de negócios e a economia de empresas multinacionais (FIORILLO, 2023, p. 41).

Nota-se, dessa forma, que as empresas transnacionais – que têm sua sede em um país, mas que operam e vivem sob a legislação de outros países – devem se submeter às leis dos países em que atuam, ou seja, a soberania nacional, pois “ao atuarem (...), buscando mercado consumidor, energia, matéria-prima e mão de obra” (FIORILLO, 2023, p. 47), por compensação, obrigam-se a seguir o ordenamento jurídico interno.

A soberania nacional refere-se à autoridade suprema e independência de um Estado dentro de seu território, livre de interferência externa. No contexto da globalização econômica, esse conceito tem enfrentado desafios significativos, pois os Estados precisam navegar entre manter sua autonomia e participar de sistemas econômicos globais interconectados. Aspectos relevantes incluem:

- a) Autodeterminação: A capacidade de um Estado de governar-se sem interferência externa, incluindo a formulação e implementação de suas próprias leis e políticas.
- b) Interdependência Econômica: A globalização tem aumentado a interdependência entre os Estados, o que pode comprometer a soberania nacional devido à dependência de mercados, capital e tecnologia estrangeiros.
- c) Normas e Acordos Internacionais: Os Estados participam de diversos acordos e organizações internacionais que podem impor limitações à sua autonomia em troca de benefícios econômicos e políticos.

A palavra soberania “*proviene del latin y se conforma por las raíces super y omnia que significa sobre todo, y de acuerdo a su traducción conceptual es el poder que está sobre los otros poderes y que no admite poder superior a él*³” (GAXIOLA, 2013). O princípio da soberania do Estado e sua doutrina foi fundada na segunda metade do século XVI pelo francês Jean Bodin. Surgiu em um momento em que a maioria dos Estados europeus, de um ponto de vista secular, era ligado ao Império Romano, e de um ponto de vista espiritual, ligado à Igreja. Dessa forma, o Kaiser seria um senhor feudal e o Papa seria a cabeça religiosa do principado. Naquele tempo compreendia-se o Estado com uma dupla autoridade, de ordem jurídica secular e de ordem espiritual. Na luta do Rei Francês por sua independência frente ao Kaiser e ao Papa, a doutrina de que o Estado apresenta sua essência a partir da mais alta comunidade jurídica, torna-se o principal instrumento intelectual que o astuto jurista francês coloca à disposição do

³ Vem do latim e é composto pelas raízes super e omnia que significa acima de tudo, e segundo sua tradução conceptual é o poder que está acima de outros poderes e que não admite um poder superior a ele.

rei em seus Seis Livros da República, o qual se converte em um dos mais famosos na bibliografia da teoria do estado e do direito, ao ponto de transformar velozmente o dogma da soberania do Estado em opinião dominante (KELSEN, 2014).

Dessa forma, a soberania transformou-se em um elemento constitutivo do Estado, entendido este por um prisma estritamente jurídico, válido dentro dos limites do Direito. Destarte, a Constituição Federal estabelece a soberania como fundamento de nossa República e de nossa Democracia (CF, art. 1º., I). Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal assentou:

O art. 1º. Da Constituição assenta como um dos fundamentos do Estado brasileiro a sua soberania – que significa o poder político supremo dentro do território, e, no plano internacional, no tocante às relações da República Federativa do Brasil com outros Estados soberanos, nos termos do art. 4º., I, da Carta Magna. A soberania nacional no plano transnacional funda-se no princípio da independência nacional, efetivada pelo presidente da República, consoante suas atribuições previstas no art. 84, VII e VIII, da Lei Maior. A soberania, dicotomizada em interna e externa, tem na primeira a exteriorização da vontade popular (art. 14, da CFRB) através dos representantes do povo no parlamento e no governo; na segunda, a sua expressão no plano internacional, por meio do presidente da República (STF, RCL 11.243, Rel. p/ o ac. Min. Luiz Fux, j. 8-6-2011, P, DJE, 5.10.2011)

No âmbito do direito internacional, a soberania está estruturalmente conectada à concepção de autodeterminação dos povos, o qual pode ser compreendido como “o direito de um povo à soberania e a liberdade de decidir, independente, de influências estrangeiras sobre sua forma de governo, seu sistema de poder e o seu desenvolvimento econômico” (FIORILLO, 2023, p. 54). Na era da transformação digital, o tema ganha relevância diante do denominado colonialismo digital⁴, no qual uma corrente de atividades econômicas, em que bens materiais são produzidos e fornecidos pelas colônias, as quais são forçadas a permanecerem como produtoras de matérias-primas para as indústrias dos países desenvolvidos, de onde os produtos são vendidos para todo o mundo, inclusive para os países colonizados. Uma espécie atual de versão digital de dependência econômica.

Nesse cenário, a relação entre empresas transnacionais e soberania nacional tem se tornado complexa e multifacetada. Por um lado, as empresas transnacionais tendem a influenciar significativamente as economias dos países em que operam, contribuindo para o crescimento econômico, a criação de empregos e a inovação tecnológica. Por outro lado, sua capacidade de operar globalmente e realocar recursos pode desafiar a capacidade dos Estados

⁴ O termo colonialismo digital ou colonialismo eletrônico foi concebido por Herbert Schiller indicando o que seria a existência de uma espécie de colonialismo tecnológico que subjuga os países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento à vontade de alguns dos países desenvolvidos, dada a necessária “importação de equipamento de comunicação e software de produção estrangeira” (SCHILLER, 1976)

de regular e controlar suas próprias economias, especialmente em áreas como legislação trabalhista, normas ambientais e políticas fiscais.

Além disso, a presença e as atividades desenvolvidas pelas empresas transnacionais podem levantar questões sobre a equidade, a distribuição de recursos e o poder de barganha dos países, especialmente aqueles em desenvolvimento, como o Brasil. Assim, no contexto da globalização econômica, a soberania nacional é exercida dentro de um sistema global que é influenciado por múltiplos atores, incluindo grandes corporações multinacionais, como as *Big Techs*, o que cria um campo de tensão entre a autonomia do país e as dinâmicas globais de mercado.

1.4 AS EMPRESAS TRANSNACIONAIS DE TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO, A MÍDIA SOCIAL E O COMÉRCIO ELETRÔNICO

As empresas transnacionais de tecnologia de informação, popularmente conhecidas como *Big Techs*, atuam em diversos ramos da economia, como portais de internet, navegadores, provedores de conteúdo, de suporte e de segurança de informação. Há um considerável volume de negócios que podem ser realizadas por essas empresas de tecnologia. Para os objetivos desta pesquisa, é interessante focar na atuação das empresas de tecnologia de informação de mídia social e comércio eletrônico.

O avanço tecnológico tem provocado um aumento no comércio eletrônico, fazendo com que as tecnologias digitais se infiltram cada vez mais em todos os aspectos de nossas vidas. Tal situação torna a segurança e a proteção de dados mais relevantes. Por não estar subordinado a limites territoriais, o comércio eletrônico e as mídias sociais vêm se tornando progressivamente objeto de regulação interna e internacional em diversas formas. Muitas legislações não têm sido suficientes para regular todas as condutas decorrentes das relações comerciais e de consumo produzidas entre as empresas fornecedoras e as pessoas consumidoras de produtos e serviços.

Em decorrência dessas falhas de regulação, várias questões difíceis e complexas são transformadas em demandas judiciais. O controle judicial da atividade regulatória, além de garantir e concretizar direitos, também produz impactos sociais, econômicos e ambientais, não somente para as partes do processo judicial, mas também para toda a sociedade. Com efeito, o uso do pragmatismo como base para decisão judicial parece ser adequado e razoável, principalmente em casos de controle judicial de políticas públicas voltadas à regulação econômica decorrente do comércio eletrônico e das mídias sociais, uma vez que a decisão, além

de compreender critérios de legalidade e justiça, sujeita-se também a análise das consequências práticas da decisão.

A mídia social é caracterizada por negócios jurídicos ligados às redes sociais, as quais permitem estabelecer plena comunicação social, desde diálogos entre interessados até o compartilhamento de mensagens, áudios, vídeos e fotografias. O fator essencial para o sucesso da mídia social é a conversação. Quando a mídia social é usada para um negócio, isto alarga a conversação. A empresa de mídia social deve se dedicar à conversação tal como seus usuários. As empresas devem dispor de tempo para revisar a conversação e esforço para responder aos consumidores. A mídia social é um método efetivo para atividades de marketing (FIORILLO, 2023b).

A mídia social é, portanto, uma das formas de grande destaque na atual sociedade da informação para manifestação do pensamento, a criação e a expressão de conteúdo. Empresas Transnacionais, como o Facebook, com cerca de 2,2 bilhões de usuários, e controladora de outros aplicativos de peso como o Whatsapp, Messenger e Instagram possuem grande destaque.

Por sua vez, o comércio eletrônico (*electronic commerce ou e-commerce*) é um termo utilizado para designar a atividade de compra e venda de produtos, a prestação de serviços ou o licenciamento de bens intangíveis, dentre outras atividades, realizadas em ambiente virtual, por meio da internet. Trata-se de uma atividade econômica que tem crescido substancialmente no Brasil e no mundo, por força da expansão da internet e de diversas ferramentas de tecnologia de informação.

A nível global, há uma preocupação quanto à harmonização de conceitos, regras e responsabilização dos diversos atores deste sistema e, a nível nacional, quanto às questões de natureza tributária, consumerista, empresarial e de proteção à propriedade intelectual e a privacidade de dados.

Conforme prescreve a Lei Modelo para o Comércio Eletrônico de 1996, da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL⁵), em seu art. 1º, o comércio eletrônico deve abranger toda atividade comercial realizada por meio de troca de mensagens de dados. Ao abordar o tema, o prof. Newton de Lucca esclarece:

Pode-se dizer, então, de uma forma bastante simplificada, que o comércio eletrônico nada mais é do que o conjunto das relações jurídicas celebradas no âmbito do espaço virtual que tem por objeto a produção ou circulação de bens ou de serviços. Por serem

⁵ Considerando que as atividades empresariais são fundamentais para a aceleração do crescimento econômico, para o desenvolvimento dos mercados e para a elevação da qualidade de vida das pessoas, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI) - United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) desenvolve estudos que se destinam ao aprimoramento, modernização e harmonização de sistemas normativos relacionados ao comércio, num sentido amplo, em escala mundial.

celebradas, como se afirmou, no âmbito do espaço virtual, devem ser consideradas como feitas a distância (DE LUCCA, 2012, p. 117).

Nesse sentido, considera-se comércio eletrônico quaisquer transações comerciais efetuadas eletronicamente, com o objetivo de melhorar a eficiência das atividades comerciais. Este conceito engloba não somente a venda à distância, mas também a venda realizada por máquinas. O prof. Fábio Ulhoa Coelho, por seu turno, conceitua comércio eletrônico como a venda de produtos (virtuais ou físicos) ou a prestação de serviços realizadas em estabelecimento virtual (COELHO, 2000, p. 32). A oferta e o contrato são feitos por transmissão e recepção eletrônica de dados.

Dessa forma, o comércio eletrônico envolve uma série de negócios jurídicos celebrados no espaço virtual. Cada um desses negócios jurídicos é chamado de contrato eletrônico, por ser celebrado por meio de trocas de informações, entre dispositivos eletrônicos, em ambiente virtual. Semelhante ao contrato tradicional, ele depende da autonomia e do consenso de vontade das partes envolvidas para criar obrigações e direitos.

Para denominar os contratos entabulados *on line* há diversas nomenclaturas, podendo-se citar algumas, tais como: contrato digital, contrato informático, contrato virtual, contrato telemático, contrato cibernético. Entretanto, a mais utilizada é contrato eletrônico. De Lucca e Simão Filho (2000) afirmam não existir diferença entre as diversas nomenclaturas utilizadas para designar os contratos celebrados por meio de computador:

(...) não nos parece haver diferença ontológica de relevo entre dizer-se contrato eletrônico ou contrato celebrado por meio eletrônico, assim como não haveria em dizer-se contrato informático ou contrato celebrado por meio informático (DE LUCCA e SIMÃO FILHO, 2000, p. 46).

Uma infinidade de contratos eletrônicos pode ser realizada pela Internet, integrando o *e-commerce*. Esses negócios jurídicos podem envolver três tipos de agentes econômicos - empresas, consumidores e governos, surgindo daí diversas relações jurídicas e, portanto, diversos modelos de comércio eletrônico, sendo os mais comuns os modelos B2B, B2C e C2C.

O modelo B2B (*Business to Business*) é uma Relação Jurídica Empresarial e refere-se a transações comerciais realizadas entre duas ou mais empresas por meio da internet. Isso pode incluir a compra de matérias-primas, produtos acabados, serviços ou informações entre empresas. Esse modelo tem como principais características o fato de geralmente envolver volumes de compra e venda significativos.

Além disso, tem como foco atender as necessidades das empresas, como redução de custos, eficiência e otimização de cadeias de suprimentos. Transações complexas, contratos comerciais detalhados e negociações são comuns. Exemplos incluem fornecedores comprando

matérias-primas de produtores, empresas de logística e distribuição, e muito mais. Esse modelo tem como desafios jurídicos a complexidade dos contratos comerciais, acordos de nível de serviço, regulamentações específicas da indústria, questões de propriedade intelectual e questões de conformidade envolvendo transações B2B.

O modelo B2C (*Business to Consumer*) é uma Relação Jurídica de Consumo e envolve transações diretas entre empresas e consumidores finais. É o tipo mais comum de comércio eletrônico, no qual as empresas vendem produtos ou serviços diretamente aos consumidores por meio de suas lojas online. Esse modelo tem como características o fato de ser voltado para atender às necessidades individuais dos consumidores.

As transações geralmente envolvem quantidades menores e escolhas pessoais. O *Marketing* é direcionado a grupos demográficos específicos. Podem-se citar como exemplos lojas *online* de varejo, serviços de *streaming* de vídeo, aplicativos de entrega de alimentos etc. Esse modelo tem como desafios jurídicos a proteção do consumidor, a necessidade de regulamentações de privacidade de dados, de políticas de devolução e reembolso, e de conformidade com leis de publicidade.

O modelo C2C (*Consumer to Consumer*) é uma Relação Jurídica Civil que envolve transações entre consumidores individuais, em que um consumidor vende produtos ou serviços diretamente a outro consumidor por meio de uma plataforma *online* intermediária. Esse modelo tem as seguintes características: a) Geralmente não envolve empresas ou intermediários tradicionais; b) Consumidores podem ser tanto vendedores quanto compradores.

Podem ser incluídos como exemplo desse modelo *marketplaces online*, leilões virtuais, redes de compartilhamento de acomodações e mercado de produtos usados. Os principais desafios jurídicos referem-se às questões legais que em transações C2C incluem a responsabilidade do intermediário *online*, a veracidade das informações do produto, disputas entre os consumidores e questões de pagamento e entrega.

No Brasil, grandes *marketplaces*⁶, como Mercado Livre, OLX, Americanas, Submarino e Amazon tiveram aumento significativo de vendas. *Super apps*⁷, que ofereciam uma variedade de serviços, como *delivery* de alimentos e transporte, também expandiram suas atividades para incluir compras *on line*. No cenário global, o comércio eletrônico expandiu-se

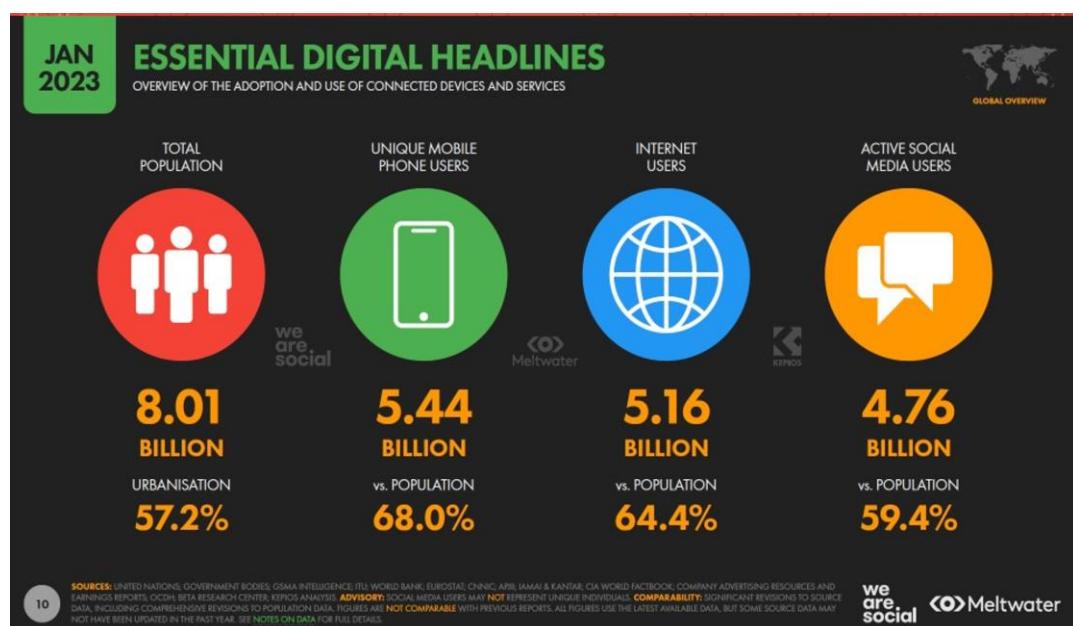
⁶ Marketplace é um espaço de compra e venda de produtos, como um shopping center virtual. No e-commerce, esse conceito se aplica a sites de grandes redes varejistas que permitem a venda de produtos por parte de lojistas parceiros, em troca do pagamento de uma comissão.

⁷ Um Super app é uma espécie de aplicativo multifuncional, que combina uma ampla gama de serviços em um único lugar. Esses aplicativos são projetados para funcionarem como uma espécie de hub digital.

consideravelmente, impulsionado pela conveniência, grande variedade de produtos e serviços oferecidos, além da penetração da internet em mais regiões do planeta. Empresas transnacionais de comércio eletrônico como Amazon, Alibaba, eBay e outras têm significativa presença global e moldaram o modo como as pessoas compram e vendem produtos e serviços.

O comportamento humano no ambiente digital do mundo passou a sofrer algumas mudanças profundas, mesmo comparado com os anos mais críticos de pandemia da COVID-19, entre 2020 e 2022. De acordo com o último relatório Digital 2023 - Global Overview Report (WE ARE SOCIAL, 2023), anualmente publicado pela plataforma *We Are Social*, a principal notícia deste ano não está relacionada ao crescimento digital, mas a um declínio global na quantidade de tempo que cada indivíduo gasta usando a Internet. Como mostra a **Figura 1**, 64,4% da população mundial é usuária da internet e 59,4% é usuário ativo das redes sociais.

Figura 1 – Destaques digitais essenciais.

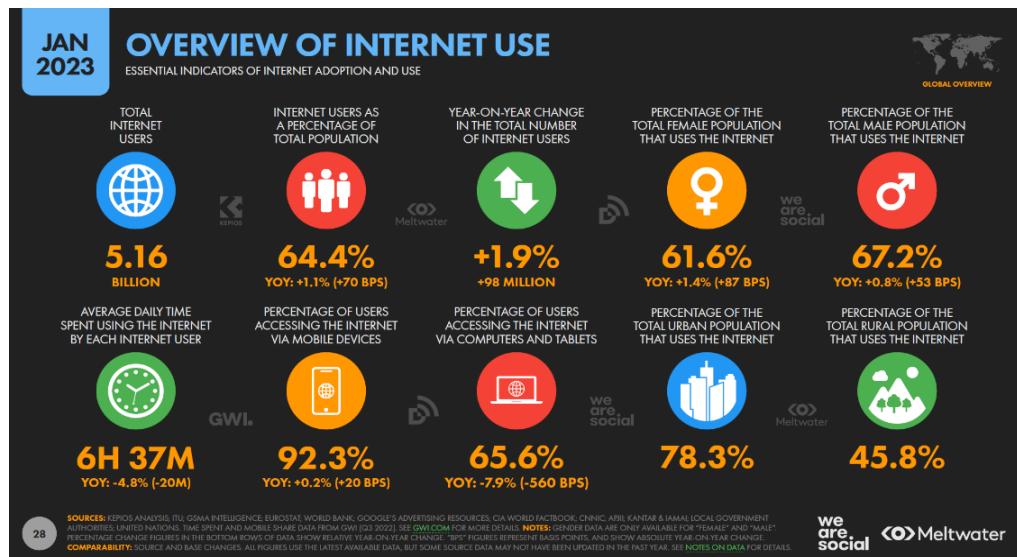


Fonte: Retirado do relatório Digital Global Overview Report publicado pela We Are Social.

A média de tempo diário utilizado por cada usuário de internet é de 6 horas e 37 minutos, um declínio de 20 minutos (4,8%) comparado ao ano anterior, conforme mostra a **Figura 2**. Esse declínio não indica que a internet está tornando-se menos importante em nossas vidas. Pelo contrário, sugere que as pessoas estão se tornando mais objetivas no uso de tecnologias digitais e estão priorizando a qualidade de suas experiências de conexão do que a quantidade.

Apesar da queda no tempo total gasto, as pessoas estão realmente gastando mais tempo do que nunca usando mídia social, e em total contradição ao interminável *click-bait*⁸ prevendo um “fim” iminente das mídias sociais, o número de usuários globais continua a crescer, totalizando 5,16 bilhões de pessoas.

Figura 2 – Visão Geral do Uso de Internet.



Fonte: Retirado do relatório Digital Global Overview Report publicado pela We Are Social.

Uma das mais intrigantes constatações ao analisar os dados da pesquisa é como o papel da mídia social está evoluindo, com cada vez mais pessoas recorrendo a plataformas sociais para encontrar informações e descobrir coisas novas. O mundo não está apenas *online* para encontrar informações, mesmo que isso permaneça a principal razão pela qual as pessoas usam a internet hoje. As pessoas estão gastando mais tempo do que nunca transmitindo conteúdo pela internet, comprando coisas *online* e usando uma gama cada vez maior de dispositivos conectados.

Os telefones celulares continuam no centro dos comportamentos digitais do mundo, com o usuário típico agora gastando mais de cinco horas por dia interagindo com seu *smartphone*. No entanto, os computadores continuam a desempenhar um papel essencial nas atividades digitais do mundo, e estes dispositivos ainda representam mais da metade de todo o tempo conectado entre países na América do Norte e na Europa Ocidental.

⁸ Trata-se de uma forma de publicidade enganosa na internet que tem como objetivo central gerar cliques e alavancar a receita da divulgação online.

Segundo Nalini (2024):

As redes sociais tomaram conta do mundo. O Brasil é o laboratório instigante para análise desse fenômeno. Fácil constatar como estão mergulhados nos celulares, humanos de todas as idades. A influência da internet é crescente e absoluta. Conheço pais impotentes diante da tirania do celular. Às vezes por comodismo, outras vezes por não saber exatamente o que fazer, consolida-se o domínio digital. Algo que atinge a todos, suscita o interesse de pensadores de vários calibres. O livro “A Geração Ansiosa”, do psicólogo norte-americano Jonathan Haidt, contemplou a gravidade dos prejuízos causados pelo uso celular a crianças e adolescentes. Não é preciso ser especialista para concluir que existem problemas de saúde mental, aprendizado e de desenvolvimento físico e socioemocional.

O livro *Modernidade Líquida*, de Zygmunt Bauman, traz uma importante reflexão sobre a relação entre a atual sociedade de informação e as redes sociais. Para Bauman (2021), na modernidade líquida, as relações humanas e as instituições se tornaram mais frágeis e efêmeras, refletindo-se nas interações mediadas pelas redes sociais. Bauman (2021) também discute a transformação das relações humanas e a influência das tecnologias digitais nesse contexto, oferecendo insights importantes para analisar criticamente o impacto das redes sociais na vida moderna.

Conforme observado no relatório, algumas tendências digitais esfriaram nos últimos meses, com os crescentes desafios econômicos e uma série de escândalos envolvendo criptomoedas e NFT's (*Token* não fungível). Com isso, os usuários da Internet em todos os lugares estão se tornando mais criteriosos no uso de tecnologia conectada. Fatores como segurança nas transações, logística eficiente, regulações governamentais e proteção ao consumidor são fundamentais tanto no Brasil quanto no exterior. As tendências macroeconómicas provavelmente terão a influência mais difundida, mas a ascensão de tecnologias como IA generativa, *blockchain*, metaverso e *data analytics* também podem ter um impacto profundo sobre a maneira como trabalhamos, negociamos, descansamos e nos divertimos *online*.

Atualmente, ainda de acordo com o Digital Global Overview Report (WE ARE SOCIAL, 2023), 84,3% dos brasileiros usam a internet. Desses, 53 milhões são consumidores no universo *online*. Nesse ramo do comércio eletrônico, não se sabe exatamente qual foi a primeira empresa *e-commerce* a atuar no Brasil, mas a Ponto Frio explorou esse meio em 1996. Diferente dos dias atuais, naquela época a internet era acessível apenas para pouco mais de 1% da população brasileira.

Segundo a 48^a edição do relatório Webshoppers (NIQ EBIT, 2023) da Ebit Nielsen, após anos de crescimento do comércio eletrônico no Brasil, o primeiro semestre de 2023

apresentou uma queda de aproximadamente 7%, totalizando R\$ 119,0 bilhões em vendas no *e-commerce*. Conforme **Figura 3**, observando a curto prazo, vemos uma desaceleração dessa retração. O grande responsável por isso foi a queda na quantidade de pedidos, a despeito do número de consumidores ter crescido em 6%, comparado ao semestre do ano anterior.

Figura 3 – Variação de Vendas no e-commerce.

O cenário segue em retração, porém com desaceleração da queda no curto prazo



Fonte: NIQ Ebit - Webshoppers 48 - Evolução de faturamento e var% de vendas | Período: Ano móvel, YTD, Trimestre móvel e Mês

© 2023 Nielsen Consumer LLC. All Rights Reserved.

Fonte: Retirado da 48ª edição do relatório Webshoppers da Ebit Nielsen.

De 2014 a 2019, a variação média da taxa de crescimento do e-commerce era de 21,3%, porém, em 2020, por conta da pandemia, a alavancagem foi praticamente 2 vezes maior do que em anos comuns, chegando a 40%. Até o 1º semestre de 2021, este número que já era alto, teve um aumento de 22%, batendo um número histórico de 1.594.927 lojas *online*. Apesar das vendas no *e-Commerce* ter apresentado retração em 2023, os dados mostram uma tendência de queda nessa retração, o que indica uma recuperação nesse modelo de comércio.

Em relação ao futuro, como já referido, há uma tendência de avanço tecnológico, mudanças das preferências do consumidor e maior regulação governamental do comércio eletrônico. Os desafios persistem como questões de tributação, logística para entregas rápidas, defesa do consumidor, proteção de dados, combate à desinformação, segurança cibernética e concorrência desleal. São temas complexos que exigem decisões judiciais em casos difíceis de controle da atividade regulatória, com soluções que vão além da simples aplicação de regras e princípios.

Em termo de regulação governamental do comércio eletrônico, como se verá ao longo do presente trabalho, a União Europeia, por exemplo, aprovou recentemente a Lei dos Serviços Digitais e a Lei dos Mercados Digitais, visando estabelecer boas e más práticas das grandes empresas de tecnologia (*Big Techs*) que atuam no ramo do comércio eletrônico, as quais controlam um volume grande de informações e com isso podem tornar o mercado digital menos competitivo.

Big Techs como Amazon, Microsoft, Alphabet (Google e Youtube), Meta (Facebook, Instagram e WhatsApp) e ByteDance (TikTok) detém uma grande quantidade de informação que podem levar essas empresas a privilegiar, em suas relações comerciais, uma empresa em detrimento de outras, um negócio em lugar de outros. A questão que se coloca, neste momento, é se a regulação do comércio eletrônico tem sido eficiente para corrigir as falhas de mercado e proteger direitos. Na próxima seção, será explorado como funciona essa regulação.

1.5 A REGULAÇÃO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS DE TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO

No mercado digital, o papel do Estado Regulador deve ser cauteloso para não ferir a liberdade de contratar, a autonomia de vontade, o aumento dos custos de transação e a capacidade de conciliação entre as empresas transnacionais e nacionais de tecnologia de informação e de comércio eletrônico e os seus usuários e colaboradores.

Se se considerar a informação como bem ambiental transindividual, extraído como recurso ambiental natural pela empresa transnacional de tecnologia de informação, e ponderar se sua propriedade, seu uso e sua distribuição provocam externalidades negativas, pode-se analisar se é necessário ou não regular fortemente esta atividade econômica, tendo em vista que a regulamentação governamental pode impor custos sociais superiores aos efeitos danosos decorrentes da atividade empresarial.

Reexaminando a tese de Coase sobre custos de transação à luz dessa questão complexa envolvendo a regulação da atividade econômica das empresas transnacionais de tecnologia de informação, pode-se refletir se as eventuais falhas encontradas no mercado digital exigem uma atuação governamental no sentido de regular fortemente o setor.

Pigou (1952), em sua obra *The Economics of Welfare*, defende que, quando fossem encontrados defeitos no funcionamento do sistema econômico, a forma de consertar as coisas seria por meio do emprego de alguma ação governamental. Essa posição é apoiada pela maioria dos economistas modernos, os quais concordam que as externalidades constituem uma

argumentação *prima facie* em favor da intervenção governamental sobre a economia de mercado, a qual pode se dar por meio da imposição de tributos ou, menos frequentemente, através da regulação direta das atividades das empresas e dos indivíduos.

Coase (2016), por sua vez, sustenta que a existência de externalidades não implica na necessidade de regulação do mercado. Ele afirma que esse tipo de abordagem pelos economistas tem graves defeitos, pois ignora outros tipos de ação possíveis e que podem gerar menos custos de transação, como a facilitação de transações de mercado, o abandono de ações governamentais anteriores ou, inclusive, a inação (COASE, 2016, p. 25-26). Se os custos de transação forem maiores que as externalidades, essas poderão ser suportadas.

Como vimos, é fácil demonstrar que a simples existência de externalidades não fornece, por si só, qualquer motivo para intervenção governamental. Na verdade, o fato de que existem custos de transação e de que estes são elevados implica que muitos efeitos das ações individuais não serão cobertos por transações de mercado. Consequentemente, as “externalidades” serão ubíquas. O fato de que a intervenção governamental também tem seus custos torna muito provável que se deve permitir que a maioria das “externalidades” continue caso se deseje que o valor de produção seja maximizado. Esta conclusão se reforça quando reconhecemos que os governos não são iguais ao ideal de Pigou, mas são mais parecidos com sua autoridade pública – ignorante, sujeita a pressões e corrupta” (COASE, 2016, p. 27)

O conceito de externalidade tem uma posição central na economia do bem-estar social. Tal como é concebido atualmente o termo traz consigo a ideia de que, quando externalidades são encontradas, o governo deve tomar medidas para eliminá-las. Coase sustenta que a empresa considera as externalidades em seu cálculo de custo e benefício. Contudo, há uma situação em que as empresas não as eliminam, quando o ganho obtido por assim fazer seria superado pelo que seria perdido (inclusive os custos de tomar as providências necessárias para atingir tais resultados). “Se com a intervenção governamental, as perdas também forem superiores aos ganhos obtidos com a eliminação da ‘externalidade’, é óbvio que esta deveria permanecer” (COASE, 2016, p. 28).

Há que se ponderar se os custos sociais impostos pela implementação de uma regulação tendem a ser superiores às externalidades provocadas pelas atividades econômicas desenvolvidas pelas empresas transnacionais de tecnologia de informação no mercado digital. Essa questão é importantíssima no presente trabalho, pois em casos difíceis de controle judicial da atividade regulatória envolvendo empresas transnacionais de tecnologia de informação, como o regime de responsabilidade civil das empresas decorrente da publicação de conteúdo ofensivo por terceiro e o regime de responsabilidade civil das empresas decorrente da venda de produtos defeituosos por terceiro, defende-se a tese de que o julgador, além de refletir sobre

regras e princípios jurídicos, deve considerar a eficiência da decisão a partir de um critério que promova menos custos sociais e maior bem-estar social.

A regulação compreende o conjunto de regras jurídicas, atos administrativos e mecanismos que buscam orientar e controlar atividades em determinados setores da sociedade. A expressão refere-se a todos os tipos de tributos ou subsídios, bem como controles administrativos e legislativos explícitos sobre ingresso no mercado e outras facetas da atividade econômica (POSNER, 2004). Ela abrange diversos campos, como econômico, social, ambiental, entre outros, e visa garantir o funcionamento adequado e equilibrado de serviços essenciais à população.

Nesse contexto, pode-se classificar o ato de regulação como:

(...) o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis (CARDOZO *et al*, 2011, p. 1044).

No Brasil, a regulação é distribuída amplamente entre várias agências reguladoras que supervisionam setores específicos da economia. Cada agência tem o papel de fiscalizar, regular e estabelecer diretrizes para garantir o funcionamento adequado de cada setor (CF, art. 173). A regulação econômica se consolidou no Brasil na década de 1990 e teve inspiração no modelo de Estado Administrativo dos Estados Unidos, no qual a regulação estatal é realizada por meio das agências reguladoras (LEITE, 2024).

O papel das agências reguladoras na edição de atos administrativos e na tomada de decisões administrativas não pode deixar de atentar aos princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, especificamente, os princípios da legalidade, moralidade e eficiência. A sua atuação pode ser alvo de demanda judicial, dada a frequente tensão entre o saber técnicos de seus integrantes e a vontade democrática.

As agências reguladoras são entidades ou órgãos independentes, geralmente criadas pelo governo, as quais têm a responsabilidade de elaborar e fiscalizar as normas e políticas regulatórias em um setor específico. Suas funções incluem estabelecer regras, normas técnicas, fiscalizar o cumprimento das regulamentações, resolver conflitos e garantir a qualidade e eficiência dos serviços prestados (LEITE, 2024).

Importante considerar, nesse aspecto, uma questão apresentada pelos juristas Cass Sunstein e Adrian Vermeule, na obra *Lei e Leviatã*, na qual apontam a necessidade de o Estado Administrativo dos Estados Unidos possuir uma moralidade interna. Resgatando a teoria de

Lon Fuller⁹ sobre a moralidade do Direito, os autores defendem a adoção de princípios subjacentes que devem ser observados no âmbito do Estado Administrativo, para que este sistema jurídico, fortemente apoiado na atuação independente de agências reguladoras, seja considerado legítimo (SUNSTEIN E VERMEULE, 2021).

No mundo, a estrutura e o papel das agências reguladoras variam de acordo com os países e suas necessidades específicas. Em muitas nações, há agências similares, porém com diferenças na abrangência de setores regulados e nas competências concedidas a essas entidades. Nos Estados Unidos, por exemplo, as agências reguladoras são um modelo fortemente criticável, despertando preocupações, sobretudo em temas que geram tensão entre o saber técnico dos agentes reguladores e a vontade política dos representantes do povo, em país de democracia representativa (LEITE, 2024).

As agências reguladoras são, portanto, entidades administrativas dotadas de regime jurídico próprio com a finalidade de fiscalizar as atividades de um determinado segmento econômico. Nesse modelo de Estado Regulador, a intervenção estatal no mercado é menor, mas necessária, nos termos do que dispõe o art. 174, da Constituição Federal:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Contudo, impõe-se destacar que esse modelo difere do Estado Liberal nos termos referidos anteriormente, no qual o mercado é livre e autorregulável. Na realidade, o Estado Regulador mantém os compromissos com os direitos sociais, econômicos e culturais, na promoção da dignidade da pessoa humana, como preconizado no Estado Social, mas transfere parte de suas funções à iniciativa privada. Com isso, torna possível prestar serviços mais eficientes ou menos deficitários, com menor atribuições estatais (HAASE *et al*, 2023).

A regulação do comércio eletrônico, em nosso país, é feita por diferentes leis e regulamentações e amplamente distribuída entre várias agências reguladoras que supervisionam setores específicos do comércio (LEITE, 2024).

As agências reguladoras, em nosso país, foram criadas a partir da década de 1990, como parte de um movimento de reformas estruturais. Na época, as agências reguladoras eram tidas como algo irrecusável, capaz de curar os principais males da Administração Pública brasileira. Algumas das principais agências reguladoras brasileiras criadas foram a ANATEL

⁹ Lon Fuller é autor da obra clássica *The morality of law*, a qual ainda não foi traduzida para o português. No livro, o eminent professor de Harvard sustenta que o fenômeno jurídico estaria sujeito a uma moralidade procedural sujeita aos seguintes princípios: generalidade, publicidade, irretroatividade, inteligibilidade, consistência, praticabilidade, estabilidade e congruência.

(Agência Nacional de Telecomunicações), ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) e ANP (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis).

Em termos de legislação regulatória, o Marco Civil da Internet (MCI) estabelece princípios, como neutralidade da rede e responsabilidade dos provedores, como referenciais. Além disso, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) se aplica às compras *online*, garantindo direitos aos consumidores. Há também legislação para proteção de dados, como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Não existe uma agência reguladora exclusiva para o comércio eletrônico. A regulação desse setor, no Brasil, é feita por diferentes órgãos que abrangem aspectos específicos. Cada agência tem o papel de fiscalizar, regular e estabelecer diretrizes para garantir o funcionamento adequado de seu setor.

Como os atos de comércio eletrônico envolvem, por exemplo, setores de telecomunicações, de alimentação e fármacos, de transportes e combustíveis, podem-se citar como exemplos de agências reguladoras desses setores: 1) ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) – Regula o setor de telecomunicações, incluindo a telefonia fixa e móvel, internet e TV por assinatura. 2) ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) – Responsável pelo controle sanitário, regulamentação e fiscalização de produtos e serviços relacionados à saúde. 3) ANP (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis) – Regula o setor de petróleo, gás natural e biocombustíveis. 4) ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) – Regula a aviação civil, incluindo companhias aéreas, aeroportos e serviços relacionados. Apesar de não serem agências, o PROCON atua na proteção do consumidor em compras *on line* e a ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados) na proteção de dados pessoais.

No mundo, muitos países também possuem agências reguladoras para setores específicos. Nos EUA, por exemplo, existem agências como a FDA (*Food and Drug Administration*), para medicamentos e alimentos, a FCC (*Federal Communications Commission*), para comunicações, entre outras. Na União Europeia, há a EBA (Autoridade Bancária Europeia), para supervisão do sistema financeiro; e a EMA (Agência Europeia de Medicamentos), para supervisão de medicamentos para uso humano e veterinário. Na China, existe a SAMR (Administração Estatal para Regulamentação do Mercado), para questões de concorrência, consumo, preços e regulação industrial; e o NMPA (Administração Estatal de Alimentos e Medicamentos), para controle de alimentos, medicamentos e cosméticos. Essas agências reguladoras têm a responsabilidade de promover a concorrência saudável, proteger os

consumidores, estabelecer padrões de qualidade e segurança, além de criar e fazer cumprir decisões administrativas e regulamentos para o funcionamento eficiente de setores econômicos.

Com efeito, atenta à importância assumida pelas novas tecnologias digitais na atualidade, bem como os riscos e desafios a ela inerentes, a União Europeia decidiu intervir e regular o mercado. Como dito antes, em 2022, o Parlamento Europeu aprovou dois regulamentos que devem aumentar a fiscalização do mercado digital e trazer maior proteção aos usuários (consumidores): o *Digital Services Act* (DSA), a Lei dos Serviços Digitais e o *Digital Markets Act* (DMA), a Lei dos Mercados Digitais. Ambos os regulamentos estabelecem normas claras para o funcionamento do mercado digital e para a prestação de serviços digitais no continente europeu em conformidade com os direitos e valores fundamentais da União Europeia (FRITZ, 2023).

O *Digital Markets Act* tem sido considerado peça-chave para a estratégia digital da União Europeia. Com o ato normativo, cria-se um código de conduta para as empresas transnacionais *Gatekeepers*¹⁰, passando a denominá-las de controladores de acesso, a fim de garantir boas práticas concorrenciais no mercado europeu. Um bom exemplo refere-se à vedação de publicidade personalizada, que só poderá ser feita com o consentimento do usuário, o que acaba restringindo o uso de dados pessoais pelas *Big techs* (art. 5, inc. 2). Como assevera Fritz (2023, p. 2), “os *dos and don'ts* impostos às grandes empresas de tecnologia são sancionados com pesadas multas em caso de infrações (até 10% do faturamento) e reincidências das obrigações legais impostas”.

O *Digital Services Act*, por sua vez, visa regular a internet de forma sistêmica e, com isso, criar um meio ambiente virtual seguro, previsível e confiável a fim de garantir a proteção dos direitos fundamentais dos usuários da internet e impedir a divulgação de conteúdos ilegais. O regulamento estabelece rígidas obrigações aos prestadores de serviços digitais, como o dever de combate à propagação de conteúdos ilegais, desinformação e outros riscos sociais, proporcional à dimensão e influência que a plataforma tem no ecossistema virtual.

Um bom exemplo é a regra que obriga as plataformas a indicar claramente os conteúdos publicitários, mencionando o nome da empresa anunciante, bem como os parâmetros utilizados para que aquele anúncio fosse direcionado ao usuário a fim de que esse possa saber quem está por trás

¹⁰ Número limitado de grandes empresas que prestam serviços essenciais de plataforma e que dispõem de um considerável poder económico que pode torná-las elegíveis para serem designadas como **controladores de acesso**, nos termos expostos nos regulamentos. Habitualmente, possuem a capacidade de estabelecer uma ligação entre muitos usuários profissionais e muitos usuários finais por meio dos seus serviços, o que, por sua vez, lhes permite potencializar as suas vantagens, como o acesso a um grande volume de dados, de um domínio de atividade para outro. Algumas dessas empresas exercem controle sobre inteiros ecossistemas de plataformas no âmbito da economia digital, sendo estruturalmente muito difícil para os participantes no mercado, sejam eles existentes ou novos, desafiar ou disputar a posição daqueles, independentemente do nível de inovação ou eficiência que esses participantes no mercado possam ter.

do anúncio e por que ele lhe foi endereçado. Além disso, as *Big Techs* têm o dever de informar quando o método de *profiling* for utilizado, tendo elas ciência da proibição do uso do *profiling* (para geração de perfil de consumidor) com base em dados sensíveis, como dados de saúde, ideologia política, orientação sexual etc.

A Comissão da União Europeia é o órgão regulador responsável por dar cumprimento aos regulamentos acima referidos. A fim de apoiar a Comissão, os países membros da União Europeia deverão habilitar as suas autoridades nacionais competentes responsáveis pela aplicação das regras de concorrência a realizar investigações sobre eventual descumprimento, pelos controladores de acesso, de determinadas obrigações estabelecidas nos regulamentos.

A título de exemplo, o regulador britânico do setor de mídia e comunicações, OFCOM, pediu investigação pela Autoridade de Mercados e Concorrência (CMA, na sigla em inglês), manifestando preocupações com a política das empresas transnacionais Amazon e Microsoft. O pedido foi atendido após a agência reguladora encaminhar estudo mostrando que as altas tarifas cobradas pela transferência de dados em nuvem e restrições técnicas impedem que companhias troquem de provedores, o que poderia caracterizar um possível monopólio no mercado de computação em nuvem no Reino Unido. A investigação deve durar até abril de 2025. A unidade de serviços de nuvem da Amazon, a AWS, e a Microsoft controlam entre 70% e 80% do mercado britânico de computação em nuvem, de acordo com a OFCOM. A Alphabet, terceira maior empresa, tem entre 5% e 10%, enquanto outras empresas, como Oracle e IBM, têm menos que 5%. (VALOR INVESTE, 2023).

Com efeito, os dois regulamentos da União Europeia pretendem proibir a monetização de informações e dados sensíveis de usuários pelas empresas, as quais obtém esses dados de diversos aplicativos para traçar um perfil detalhados dos comportamentos individuais dos consumidores com objetivo de vender para os anunciantes. Atualmente, esse tem sido um grande negócio para as *Big Techs*, como a Amazon, que, por meio do comércio eletrônico, coleta dados e padrões de consumo. Outro exemplo marcante é o da Meta que, por meio das Redes Sociais, como o WhatsApp, Facebook e Instagram, coleta uma quantidade significativa de dados, podendo saber mais do usuário do que ele mesmo, seus familiares e amigos. Esses dados sensíveis têm valor significativo no mercado digital, pois podem servir para impulsionar determinados negócios.

As *Gatekeepers* pretendem reagir a isso, adaptando seu modelo de negócio para, por exemplo, serviço de assinaturas que, à semelhança do Youtube, permite ao usuário usar o serviço sem qualquer tipo de propaganda, se pagar pela assinatura. Essa medida regulatória pode impedir que as empresas negoiciem dados sensíveis com empresas anunciantes, mas não impede que as empresas tenham o controle e o armazenamento desses dados. Se esse normativo

da União Europeia apresentar um impacto positivo talvez ele possa ser replicado para outros países, como o Brasil.

No próximo capítulo será exposto o uso da eficiência como fundamento da decisão judicial e, posteriormente, como pode ser utilizada para o controle judicial em casos de falhas de regulação das atividades econômicas das empresas transnacionais de tecnologia de informação.

2. A EFICIÊNCIA NO DIREITO E NA ECONOMIA

A eficiência é frequentemente discutida na Teoria da Economia devido à sua capacidade de iluminar problemas relacionados à escassez de recursos, atuando como uma medida de desempenho tanto no aspecto técnico quanto alocativo. O termo é polissêmico e vago, e sua complexidade não pode ser reduzida a poucas palavras. Na Teoria da Administração, por exemplo, a eficiência é vista como uma qualidade do processo de produção e transferência de recursos. Por outro lado, na Teoria do Direito, trata-se de um conceito que pode ser compreendido a partir de diversas perspectivas. Enquanto no Direito Administrativo a eficiência é compreendida como um princípio jurídico que estabelece uma meta a ser alcançada pelo administrador público, conforme disposto no art. 37 da Constituição Federal, na Análise Econômica do Direito (AED), a eficiência é um padrão jurídico que deve orientar o jurista na busca de uma decisão menos injusta.

Como observado, é possível localizar conceitos de eficiência em campos científicos distintos do jurídico, em particular na Economia e Administração. “A significação atribuída à eficiência naqueles outros substratos de linguagem não necessariamente determina o conteúdo que ela terá quando inserida no substrato jurídico” (CABRAL, 2019, p. 273). A partir do momento em que eficiência se torna objeto jurídico de estudo, ela passa a ter o conteúdo que a ordem jurídica lhe atribui, que pode ou não ser sinônimo à compreensão dada ao termo em outras ciências sociais.

Dado que a eficiência é o objeto principal deste trabalho, pois será feita a defesa de seu uso como fundamento da decisão judicial em casos difíceis envolvendo empresas transnacionais, considera-se essencial contextualizá-la para facilitar sua compreensão. Este capítulo apresentará as diversas concepções do termo eficiência. Inicialmente, cabe destacar que a eficiência não é um valor que, por si só, deva ser considerado como estruturante do núcleo moral que uma decisão judicial possa revelar. Ela refere-se a uma reflexão subsequente, vinculada à possibilidade de concretização da conduta por uma norma (Dias, 2009).

Assim, serão analisadas as diversas concepções do termo eficiência, notadamente aquelas decorrentes dos critérios de custo-benefício, Pareto, Kaldor-Hicks, Maximização da Riqueza Social e Função do Bem-Estar Social, a fim de esclarecer, se possível, qual dessas concepções pode ser admitida como fundamento da decisão judicial em casos difíceis envolvendo empresas transnacionais de tecnologia de informação.

2.1 QUESTÕES SEMÂNTICAS E AXIOLÓGICAS EM UMA PERSPECTIVA INTERDISCIPLINAR

A construção de uma norma jurídica depende de aspectos políticos, econômicos e sociais. Na busca de seu significado, entretanto, deve-se analisar também o aspecto semântico.

A norma não deve ser confundida com texto normativo, pois este é incompleto e serve como dado importante para criação da própria norma jurídica. A norma é significado, resulta da interpretação e não deve ser confundida com significante, que é o texto (ADEODATO, 2011). Assim, para construção da norma, a partir da semântica textual, é necessária uma verificação analítica dos sentidos possíveis do termo, enfrentando questões terminológicas e axiológicas.

Uma sociedade democrática, regida pelo Estado de Direito, requer não apenas um certo consenso em relação às concepções de justiça, mas também em relação a "outros problemas de coordenação, estabilidade e eficiência da sociedade" (RAWLS, 2008, p. 7). No caso da eficiência, não existe um consenso sobre sua concepção nem um conceito fixo e determinado. Na ciência jurídica, o termo é frequentemente associado e confundido com as concepções de eficácia e efetividade. Na ciência econômica, possui diversas acepções, dependendo da finalidade almejada com sua aplicação.

O primeiro problema a ser enfrentado ao se conduzir um estudo sobre um instituto originado da ciência econômica é verificar sua aplicabilidade no Direito. A compreensão desse conceito é crucial, sobretudo para explicar o comportamento econômico, especialmente em instituições descentralizadas, como o mercado, que envolve a interação coordenada de muitos indivíduos distintos (COOTER E ULEN, 1998). Como se pretende propor um modelo eficiente de controle judicial no mercado digital operado por empresas transnacionais, impõe-se refletir e refinar o conceito de eficiência adequado a ser empregado nesse modelo.

Trata-se de compreender o papel da eficiência na análise e interpretação de normas e instituições jurídicas. A própria Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê, em diversos dispositivos, a importância de se atentar para a eficiência no trato de questões jurídicas e políticas, além de reconhecer a relevância de promover o desenvolvimento sustentável e o bem-estar social – temas diretamente relacionados aos problemas de eficiência. A relevância contemporânea do tema decorre da necessidade de prever como as normas jurídicas, em geral, e as decisões judiciais, em particular, operarão no contexto das sociedades massificadas, globalizadas e plurais, em questões de garantia e concretização de direitos fundamentais.

Antes de adentrar na questão axiológica, relativa a qual critério de eficiência pode ser considerado mais adequado para uma decisão judicial, impõe-se abordar uma questão

terminológica. O objetivo é traçar a necessária distinção entre os termos eficácia, efetividade e eficiência, a fim de evitar incompREENSÃO sobre o uso do objeto de estudo.

2.1.1 Eficácia, Efetividade e Eficiência

No campo do Direito Constitucional, conforme preleciona José Afonso da Silva, a eficácia jurídica consiste na possibilidade de aplicação da norma, no sentido de sua capacidade para alcançar os objetivos nela previstos. Já a eficácia social ou efetividade refere-se à aplicação concreta da norma no mundo dos fatos (SILVA, 1998). Quanto maior for a correlação entre o juridicamente determinado e o realisticamente observado, mais efetiva será a norma jurídica. Nesse contexto, enquanto a eficácia se relaciona com a potencial aplicação, a efetividade refere-se à aplicação concreta da norma jurídica no mundo real.

Em questões envolvendo direitos fundamentais, especialmente no tocante aos direitos sociais, econômicos e culturais, é comum questionar-se a eficácia e a efetividade da norma jurídica. Na teoria do direito, a eficácia pode ser entendida em razão da sua aptidão para produzir efeitos jurídicos e sua real aplicabilidade. Já a efetividade é compreendida pela aplicação concreta da norma para realização do direito.

Canotilho (1991) aborda a efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro da chamada “reserva do possível” e destaca sua dependência dos recursos econômicos. Segundo o autor, o nível de realização desses direitos estaria sempre condicionado pelo volume de recursos que podem ser mobilizados para esse efeito jurídico (CANOTILHO, 1991). Nessa visão, a limitação dos recursos públicos é considerada um verdadeiro limite fático à efetividade dos direitos sociais prestacionais.

Essas reflexões doutrinárias apontam para a necessidade de análise dos custos sociais dos direitos e das consequências das decisões que afetam sua efetividade. A análise consequencialista dessas decisões é típica análise da eficiência, na qual o julgador avalia os custos e benefícios da decisão para as partes e para a sociedade. Evidentemente, a análise de custo e benefício de uma decisão só é pertinente se se tratar de efetividade, ou seja, da concretização de direitos fundamentais. Não se pode realizar uma análise da eficiência com o propósito excludente de negar a efetividade dos direitos fundamentais. A análise de custo e benefício pode ser utilizada como critério positivo para justificar a efetividade dos direitos fundamentais, mas não para negá-los sem justificativa plausível.

No campo do Direito Processual, enquanto a efetividade está ligada à progressiva imunização do sistema processual contra atos de descumprimento das decisões judiciais, a eficiência determina que, desde o início do procedimento para a formação da norma

individualizada até a sua efetivação (ou eficácia social), haja uma gestão adequada e racional do procedimento. Para Didier Jr, a eficiência não se confunde com a efetividade. “Efetivo é o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente. Eficiente é o processo que atingiu esse resultado de modo satisfatório” (DIDIER Jr., 2014, p. 71). A eficiência, para Didier Jr (2014), é algo que se constata *a posteriori*. Nesse sentido, todo processo eficiente é efetivo, mas nem todo processo efetivo é eficiente.

Conclui-se que as concepções de eficácia, efetividade e eficiência podem ser correlatas, mas que possuem densidade jurídica diferente, ainda que se pense a partir da ótica dos direitos fundamentais. A efetividade é a concretização de um direito fundamental, que pode se dar por via de um processo judicial ou não. A eficácia é a aptidão para produzir efeitos, enquanto a eficiência é um critério normativo para se chegar a um resultado e garantir a efetividade do direito. A eficiência existe como critério de escolha de melhor alternativa para chegar à efetividade (LEITE, 2018).

A despeito de tratar de questões importantes, não se pretende aqui trabalhar com as concepções de efetividade e eficácia. A questão da efetividade, muitas vezes, não exige uma decisão judicial, ela se opera pelo cumprimento da lei ou pela implementação de uma política pública. O objetivo é investigar a eficiência e quais possíveis critérios a ela aplicáveis podem ser adotados pelos juízes, por meio da decisão judicial, visando a um resultado mais satisfatório para as partes e para a sociedade.

À primeira vista, pode-se afirmar que decisões que alocam recursos de maneira mais adequada são mais eficientes do que aquelas que alocam recursos de maneira inadequada. A forma como os recursos (bens e direitos) serão alocados pode, eventualmente, tornar a decisão judicial menos inclusiva do ponto de vista dos direitos fundamentais. A questão que se coloca é se a questão distributiva é o resultado que se pretende alcançar. Acredita-se ser de extrema importância buscar uma decisão que promova maior bem-estar social, sem descuidar da necessária inclusão social, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas esse não é o único aspecto que o presente estudo pretende examinar.

Busca-se identificar quais critérios podem ser utilizados como fundamentação de uma decisão judicial para escolhas alocativas envolvendo conflitos jurídicos de empresas transnacionais de tecnologia da informação que levem ao bem-estar social e, por consequência, ao desenvolvimento sustentável. As escolhas alocativas podem ser boas ou ruins, dependendo do objetivo almejado. A ideia é definir o melhor critério para realizar uma alocação mais eficiente de bens e direitos.

Nessa questão, a Economia tem muito a contribuir, pois a eficiência tem sido o critério de seleção de alternativas mais adequado para a promoção do desenvolvimento e do bem-estar geral (CASTRO, 2011). Contudo, os estudiosos e profissionais de Direito e Economia atribuem à eficiência diferentes sentidos, o que dificulta a análise econômica como subsídio da decisão judicial. Essa inconsistência doutrinal vai além do simples inconveniente vocabular e acaba por produzir um grande desafio para a aplicação da eficiência no âmbito da decisão judicial.

O problema axiológico é mais amplo do que a simples questão semântica do significado de eficiência. Relaciona-se com os efeitos socialmente desejáveis de uma decisão judicial. Dentro dessa perspectiva de desejabilidade social, indaga-se: a partir de quais critérios normativos, racionalmente confiáveis, pretende-se alcançar essa decisão judicial eficiente? A decisão deve beneficiar a maioria sem prejudicar ninguém ou deve promover o máximo de riqueza ou de bem-estar social, mesmo que isso acarrete prejuízo para uma minoria?

O fundamento jurídico da eficiência, enquanto norma a ser seguida no exercício da prestação jurisdicional, baseia-se no princípio democrático, que exige, nos termos do art. 1º., *caput*, e 37 da Constituição Federal, eficiência no exercício das atividades estatais, nelas se enquadrando o exercício da atividade jurisdicional. Além disso, a eficiência na prestação da atividade jurisdicional passa a integrar o princípio do devido processo legal (art. 5º., LIV). Nesse cenário, torna-se importante identificar qual concepção de eficiência pode ser mais bem utilizada como fundamento das decisões judiciais.

2.1.2 A Eficiência de Custo e Benefício

A ideia de eficiência mais comum é aquela que relaciona os meios necessários para a obtenção de um determinado fim. Trata-se de um critério baseado na produção de bens e que leva em consideração o aspecto quantitativo. Na visão de Stone (2002, p. 61), “it is a way of judging the merits of different ways of doing things”¹¹.

Afirmar que um meio é eficiente significa que, diante da multiplicidade de meios que podem ser utilizados para se alcançar um determinado objetivo, um deles atinge melhores resultados que os outros. No campo do Direito Constitucional, algo semelhante ao postulado da máxima efetividade possível¹² usado para interpretação da Constituição citado por Canotilho

¹¹ É uma maneira de julgar os méritos de diferentes maneiras de fazer as coisas (**tradução live**).

¹² O postulado da máxima efetividade possível , desenvolvido por José Joaquim Gomes Canotilho , é um princípio hermenêutico aplicado especialmente ao direito constitucional. Ele orienta que as normas constitucionais devem ser interpretadas e aplicadas de forma a garantir sua efetividade máxima , ou seja, a concretização plena de seus objetivos e valores no contexto social. Canotilho (2003) destaca que esse postulado é especialmente relevante na interpretação de normas que envolvem direitos fundamentais , já que o objetivo é revisá-los e ampliá-los no maior grau possível dentro do ordenamento jurídico.

(2003). Dentre todas as interpretações possíveis de uma norma ou de uma decisão, deve-se escolher a que dê maior efetividade, ou seja, mais eficiente.

O problema, a respeito da concepção de eficiência, é que ela não pode ser calcada apenas em termos econômicos de custo e benefício, por ser um dado apenas objetivo. Por esse raciocínio, seria apenas eficiente um processo produtivo “quando não fosse possível gerar os mesmos resultados usando os mesmos insumos ou não fosse possível produzir mais resultados com qualquer combinação de insumos” (DIAS, 2016, p. 80).

A título de exemplo, considere que uma fábrica de automóveis pretenda uma produção eficiente de veículos. A produção será eficiente quando a empresa puder produzir a mesma quantidade de automóveis, com o mínimo de gastos em recursos humanos, maquinário e investimento ou mais quantidades de automóveis, usando a mesma combinação de recursos humanos, maquinário e investimento.

Essa discussão tem reflexos importantes no ordenamento jurídico, dado que as regras jurídicas que disciplinam atividades empresariais, como indústria automobilística ou tecnológica, não podem ser consideradas como imperativos absolutos. A conveniência de uma determinada regra jurídica, que regula um setor da economia está intimamente ligada à quantidade de recursos disponíveis, ao contexto social e cultural e ao grau de desenvolvimento de determinada sociedade.

Um outro critério de eficiência é chamado de Eficiência de Pareto e está diretamente ligado a alocações e distribuição de bens, como será visto a seguir.

2.1.3 A Eficiência segundo o modelo de Pareto

A maioria dos estudos da Análise Econômica do Direito está relacionada à eficiência alocativa e à definição de uma alocação eficiente de recursos mais comumente usada pelos economistas é conhecida como critério de Pareto. Note que este critério e os demais a serem apresentados a seguir não se referem à produção eficiente de recursos e sim à distribuição eficiente de recursos, o que gera, com mais frequência, choque entre os valores de justiça e eficiência¹³.

¹³ Vasco Rodrigues (2007, p. 34-35) traz a seguinte reflexão. Não deveríamos, antes, preferir um enquadramento jurídico mais justo a um menos justo? Esse é um ponto que não tem consenso entre os estudiosos da AED. Numa série de trabalhos, Kaplow e Shavell (1999, 2000 e 2002) argumentam que não se deve utilizar nenhum outro critério que não a eficiência, visto que este corresponde uma agregação da utilidade sentida por cada membro da sociedade. O seu principal argumento é o seguinte. Há duas situações possíveis: ou o critério de justiça (ou qualquer outro) leva sempre às mesmas escolhas que o critério de eficiência ou isso não acontece. Se os dois levam sempre às mesmas escolhas, a distinção entre eles é pouco mais do que uma questão semântica: eficiência seria designação econômica da justiça. Se os dois critérios levam, algumas vezes, a escolhas diferentes, o critério de justiça leva, nos casos de conflito, a preferir situações chamadas *Pareto-inferiores*, ou seja, leva a defender que

A eficiência, segundo o modelo de Pareto¹⁴, é aquela em que a alocação de recursos é superior quando, pelo menos, uma pessoa se vê beneficiada e nenhuma prejudicada. O *Ótimo de Pareto* é alcançado quando não são possíveis novos ajustes distributivos em benefício de alguém sem prejuízo de outra pessoa.

Para Cooter e Ulen (1998, p. 26), “una situación particular es eficiente en el sentido de Pareto se es imposible cambiarla para que por lo menos una persona mejore su situación (según su propia estimación) sin empeorar la situación de otra persona”. Na mesma linha, Cossío Diaz (1997, p. 240) sustenta que, “existe un ‘Pareto eficiente’ siempre que pudiendo mejorarse a alguien no se prejudique a outro”.

A eficiência de Pareto foi considerada pelo próprio Vilfredo Pareto como solução para o problema clássico do utilitarismo prático, qual seja, “o de medir a felicidade das pessoas para avaliar o efeito de uma política na utilidade total da sociedade” (POSNER, 2010, p. 105). As objeções contra o utilitarismo e, por sua vez, contra o conceito da eficiência ligada à ética utilitarista levaram muitos economistas à definição de eficiência, seguindo critérios como o de Pareto, que limitam os resultados de transações voluntárias.

Imagine que a empresa A vende a um consumidor B um telefone celular por \$1.000, com ambas as partes possuindo informações plenas e a transação não afeta ninguém mais. Pode-se afirmar que a utilidade de \$1.000 para a empresa A é maior que o telefone celular, sendo o inverso verdadeiro para o consumidor B, embora não se saiba em que medida a transação aumentou as utilidades de A e B. Então, afirma-se que a alocação de recursos que se produz com a transação é, no sentido de Pareto, superior à alocação de recursos existentes antes da transação. Como se observa, uma distribuição eficiente no sentido de Pareto é aquela que melhora a situação de uma pessoa pelo menos e que não piora a situação de ninguém. No exemplo acima, a transação melhora a situação dos sujeitos A e B e, em tese, não piora a situação de ninguém. Neste aspecto, à primeira vista, o critério de eficiência de Pareto é uma unanimidade entre todas as pessoas afetadas (LEITE, 2018).

O modelo de eficiência de Pareto parece facilmente aceito dentro de um processo de escolha social. Contudo, há objeções. O próprio John Stuart Mill, um filósofo liberal do século XIX e expoente do utilitarismo, o qual defende que toda pessoa tem direito à máxima liberdade

não se promova realocações que melhorem a situação de alguns sem prejudicar outros. No limite, como aponta Rodrigues (2007, p. 35), “o critério de justiça poderá levar a preferir situações em (que) todos os membros da sociedade estão piores(es) do que numa alternativa viável! Em razão disso, parece que o ônus da prova sobre a bondade do critério que propõem recai sobre os proponentes do critério da justiça”.

¹⁴ Vilfredo Pareto (1843-1923), economista italiano, professor em Lausanne, que desenvolveu uma versão da teoria econômica do equilíbrio da concorrência perfeita.

desde que não imponha um dano à liberdade de mais ninguém, fez crítica ao modelo. Posner (2007a) traz um exemplo bem elucidativo de uma transação eficiente segundo o critério de Pareto, que afetaria o direito à liberdade de religião:

Imaginemos una sociedad integrada por dos individuos (o dos grupos homogéneos, para volverla un poco más realista). A, um protestante, no quiere que B, um católico, leal a Biblia católica. A preferiría la Biblia, ya que se considera suficientemente inoculado contra la herejía católica. Su última elección es que B lea el libro. La primera elección de B es que se obligue a A a ler la Biblia católica – él la necesita más que nadie, siendo um protestante – y su segunda elección es que sólo se permita leerla a él mismo, B. Su última elección, obviamente, es que el libro sea proscrito. Así que lo único en que convienen A y B es en que es mejor que se permita a A ler el libro y no que se permita a B leerlo¹⁵.

Nesse exemplo, a primeira escolha de cada um dos envolvidos seria atendida se o indivíduo A fosse obrigado a ler a Bíblia católica e o indivíduo B fosse proibido. A despeito dessa escolha ser eficiente no sentido de Pareto, pois atenderia o interesse de ambos, a partir de suas escolhas, ela contraria a posição liberal, pois implica a proibição de que B, por exemplo, leia um livro que desejaría ler.

Outra objeção contra a eficiência, baseada no critério de Pareto, é que tem poucas aplicações no mundo real, porque a maioria das transações tem efeitos sobre terceiros. A eficiência no sentido de Pareto se revela inatingível quando se verifica que, num cenário de distribuição de recursos, há mudanças alocativas que produzem perdas e ganhos aos outros participantes da sociedade, e esse critério não permite avaliar se essas mudanças são boas ou ruins (CASTRO, 2011). Essa, talvez, seja a principal dificuldade de se utilizar esse critério como fundamento de uma decisão judicial, dado que dentro de um processo, a decisão judicial geralmente produz vencedores e vencidos e, além disso, gera impacto sobre terceiros alheios ao processo, em razão dos custos sociais da demanda judicial, decorrente do pagamento de tributos e os reflexos que a decisão judicial tem para o sistema de justiça, em termos de precedentes para outros casos judiciais.

Normalmente, a solução utilizada pelos economistas para ultrapassar esta dificuldade é recorrer a alguma forma do chamado *princípio da compensação*. Esse princípio se concretiza quando os beneficiados de uma alteração na distribuição de recursos aceitam suportar uma

¹⁵ Imaginemos uma sociedad composta por dois individuos (ou dois grupos homogêneos, para torná-lo um pouco mais realista). A, um protestante, não quer que B, um católico, leia uma Bíblia católica. A prefere ler a Bíblia, por se considerar suficientemente vacinado contra a heresia católica. Sua última escolha é que B leia o livro. A primeira escolha de B é que A seja obrigado a ler a Bíblia católica – ele necesita mais do que ninguém, sendo um protestante - e sua segunda escolha é que seja permitida apenas que ele, B, leia. Sua última escolha, obviamente, é que a leitura do livro seja proibida. Então, tudo o que A e B concordam é que o melhor será permitir que A leia o livro e que B não seja autorizado a lê-lo. (**Tradução livre**)

compensação pelos prejuízos sofridos pelos prejudicados. Esse procedimento corresponde, na prática, àquilo que é conhecido pelos economistas como o critério de Kaldor-Hicks, o qual será visto na sequência.

2.1.4 A Eficiência segundo o Modelo de Kaldor-Hicks

A eficiência, segundo o critério apresentado pelos economistas Nicholas Kaldor¹⁶ e John Richard Hicks¹⁷, em esquemas teóricos independentes foi desenvolvido para superar as limitações do critério de eficiência de Pareto, devido à necessidade de se considerar todas as pessoas afetadas. Para Kaldor-Hicks, a eficiência de uma mudança alocativa de recursos se dá quando preenche cumulativamente as seguintes características:

- a) Os mais favorecidos sejam capazes de compensar os menos favorecidos e ainda resguardar para si algum benefício da mudança (critério de Kaldor); e
- b) Os menos favorecidos não possam oferecer aos mais favorecidos oferta que lhes demova o interesse ou lhes torne indiferente à mudança (critério de Hicks).

Conjugando os critérios, tem-se que uma alteração na alocação de recursos será eficiente, segundo o modelo de Kaldor-Hicks, se o aumento no valor decorrente das transações for suficiente para compensar plenamente os menos favorecidos.

Na visão de Cossio Diaz (1997, p. 242), “mediante el critérion Kaldor-Hicks se considerará eficiente toda situación en la cual aquellos que obtienen um beneficio deban compensar a quienes obtienen una perdida, independentemente de que en realidad lo hagan”. Cooter e Ulen (1998), por sua vez, denominam o critério de eficiência de Kaldor-Hicks como uma melhora potencial em termos de Pareto. Para os autores, esse critério permite “los cambios donde hay ganhadores y perdedores pero exige que los ganhadores ganen más que lo que pierden los perdedores” (COOTER E ULEN, 1998, p. 66).

Uma das formas de implementar a compensação é converter as utilidades subjetivas em valores monetários que os agentes econômicos considerem equivalentes. A compensação não é efetiva, mas presumida. Rodrigues (2007) esclarece tal situação ao explicar por que se utiliza o verbo estimar:

O facto de dizermos que deveríamos estimar, e não que deveríamos perguntar diretamente às pessoas em causa, não é casual. Se perguntassemos efetivamente às pessoas, elas tenderiam a manipular as suas respostas para conseguir o resultado do seu interesse: as pessoas beneficiadas pela alteração, como pretendiam que ela fosse concretizada, tenderiam a exagerar o

¹⁶ Nicholas Kaldor (1908-1986).

¹⁷ Sir John Richard Hicks (1904-1989). Prêmio Nobel de Economia de 1972, por suas contribuições ao desenvolvimento da Teoria Geral do Equilíbrio e da Teoria Geral do Bem-Estar Social.

benefício obtido; por sua vez, as pessoas prejudicadas, querendo evitar a concretização da alteração, tenderiam a exagerar os respectivos sacrifícios (RODRIGUES, 2007, p. 29).

Rodrigues (2007, p. 30) traz um exemplo do emprego deste critério. Suponha que, em uma determinada noite, o poder público autorize a realização de um show em uma praça da cidade. Se a autoridade que permitiu a realização do evento tivesse se baseado no critério de Pareto, o show não teria se realizado, visto que, apesar de beneficiar os apreciadores de música, prejudicaria o sossego dos moradores vizinhos. A aplicação do critério de Kaldor-Hicks parece ser mais razoável. De acordo com este critério, a autoridade, antes de autorizar ou não a realização do show, deveria quantificar quanto é que os frequentadores estariam dispostos a pagar para assisti-lo e quantos os moradores prejudicados estariam dispostos a pagar para não ter que suportar o incômodo sonoro. Se o primeiro montante fosse maior do que o segundo, o show deveria ser autorizado. Caso contrário, não deveria ser.

Salama (2010) reporta o caso de uma lei nova que proibiu a colocação de grandes cartazes de propaganda em uma cidade. Com a entrada em vigência da lei, “houve perdedores, e disso não resta dúvida, porque várias pessoas perderam seus empregos, e outras perderam seus negócios” (SALAMA, 2010, p. 31). Por outro lado, o sólido apoio da população à mudança legislativa, parece indicar que os ganhos do restante da população – os ganhadores – excederam as perdas do grupo prejudicado – os perdedores. Neste cenário, podem-se obter arranjos que piorem a situação de algumas pessoas (resultado ineficiente para Pareto), mas que sejam compensáveis pelos mais favorecidos (resultado eficiente para Kaldor-Hicks).

Segundo Posner (2010, p. 109), a despeito dessa compensação, o critério de Kaldor-Hicks é muito criticado, mesmo por economistas, por não garantir a maximização da utilidade. Para Cooter e Ulen (1998, p. 66), “*esto tiene claras desventajas como una guía para las políticas públicas*”.

A despeito das críticas sofridas pelo critério de Kaldor-Hicks, o que se observa é que vários problemas de eficiência, enfrentados pela economia (monopólio, regulação, externalidades, propriedade de bens públicos e assimetria severa de informações)¹⁸, são estudados por esse tipo de critério e por outras concepções diferentes da eficiência de Pareto. Uma delas é chamada de Maximização da Riqueza e está também diretamente ligada a alocações de recursos, como será visto a seguir.

¹⁸ Para uma abordagem mais detalhada desses problemas de equilíbrios do mercado e soluções eficientes desses problemas, vide, por exemplo, Cooter e Ulen (1998, p. 60-66).

2.1.5 A Eficiência segundo o Modelo de Posner. Maximização da Riqueza Social

A eficiência como maximização da riqueza social é proposta por Posner em seu livro *Economic Analysis of Law*, publicado em 1973. A maximização da riqueza, tal como definida, é obtida quando bens e outros direitos estão nas mãos dos que a valorizam mais, e alguém valoriza mais um bem se puder e estiver disposto a pagar mais em dinheiro (ou no equivalente monetário) para possuí-lo.

Ele propôs que o Direito, no sistema do *common law*, fosse um veículo de promoção da eficiência, consagrada pela maximização da riqueza social, como critério para a solução de conflitos jurídicos (POSNER, 2007b). A maximização da riqueza tornou-se, então, uma concepção do Direito. Há eficiência, quando os recursos são alocados de forma a ter seu uso mais valioso.

Este é o padrão normativo da Análise Econômica do Direito, em sua fase fundacional. Nela, a maximização da riqueza tem um viés não apenas econômico, mas também ético e jurídico, a partir das seguintes premissas: a) os indivíduos são maximizadores racionais de suas satisfações em comportamentos dentro e fora do mercado; b) os indivíduos respondem a incentivos; c) as regras e decisões judiciais podem ser avaliadas com base na eficiência, ao ponto de que as decisões judiciais devem promovê-la.

Embora Posner distinga a tese da maximização da riqueza da concepção utilitarista de felicidade, seu sistema consequencialista e pragmático sofre críticas por se assemelhar à filosofia de Jeremy Bentham, uma vez que a análise de custos e benefícios é, por si só, consequencialista. Posner (2007b) responde as críticas dizendo que:

(...) a maximização da riqueza é uma ética de produtividade e cooperação social – para ter direitos sobre os bens e serviços da sociedade, você deve poder oferecer alguma coisa que as pessoas valorizem – enquanto o utilitarismo é uma ética hedonista e antissocial. E uma ética de produtividade e cooperação é mais coerente com os valores dos grupos dominantes de nossa sociedade do que seria a ética utilitarista pura (POSNER, 2007b, p. 526).

A fim de demonstrar que a maximização da riqueza não é um mero substituto da maximização da utilidade preconizada pelo Utilitarismo, Posner (2010) apresenta o seguinte exemplo:

[...] consideremos um homem que decida roubar um colar de diamantes para sua esposa. O colar tem um valor de mercado de \$10.000, que é também, suponhamos, o valor subjetivo para o seu proprietário. Isto é, seu dono estaria disposto a vendê-lo por qualquer preço acima da \$10.000. A fiança ideal para esse roubo (baseada no valor do colar, na probabilidade de apreensão e condenação do ladrão, nos custos do sistema penal, nas despesas com segurança pessoal e assim por diante) é, digamos, de \$25.000. Em caso de indigência, estipula-se um tempo de prisão equivalente à desutilidade que a fiança de \$25.000 representa para o infrator que pudesse pagar por ela. Nessas

circunstâncias, podemos estar relativamente seguros de que, se o tal homem pobre cometer de fato o crime, a felicidade total da sociedade aumentará, mesmo que ele não consiga pagar a fiança. A utilidade obtida pelo ladrão deve ser maior que a desutilidade por ele imposta à sociedade (através do prejuízo para a vítima, dos custos operacionais do sistema judiciário, da insegurança pela criminalidade e assim por diante), já que essa desutilidade se lhe impõe previamente como desutilidade estimada e, mesmo assim, ele comete o crime. Mas o furto não aumenta a riqueza da sociedade, já que não é resultado de transação voluntária nem de transação hipotético-mercadológica. Em um mercado real, a não disposição (por incapacidade) do ladrão para pagar pelo colar demonstra que este vale menos para ele do que para seu dono. Ao mesmo tempo, a análise de mercado hipotético é injustificada porque não há aqui nenhum problema de custos de transação excessivos que justifique que o ladrão passe por cima do mercado (POSNER, 2010, p. 75-76).

Nesse exemplo, a prática do crime e a prisão do criminoso que não puder pagar a fiança tende a aumentar a felicidade da sociedade, mas não leva à maximização da riqueza social, pois decorre de um ilícito e não de uma transação voluntária dentro do mercado. Assim, a maximização da riqueza preconizada por Posner se assemelha ao Utilitarismo, na versão de Bentham, por fazer uma concepção consequencialista da moralidade e da justiça e basear-se na noção de cálculo individual como ponto de partida no exame das relações em sociedade. Contudo, possui também características do Liberalismo, na versão Kantiana, por utilizar conceitos como autonomia e liberdade. Além disso, a maximização da riqueza envolve um componente ético de valorização da atividade produtiva e do auto-respeito¹⁹, como elemento justificador de uma justiça distributiva.

Em uma economia de mercado bem regulada, em que as transações comerciais geralmente têm custos sociais – embora presumivelmente baixos, senão a criação de um direito seria ineficiente –, o princípio da maximização da riqueza “determina que os direitos devem ser, inicialmente, conferidos àqueles que provavelmente os valorizarão mais, de modo a minimizar os custos de transação” (POSNER, 2010, p. 86).

A eficiência, segundo o critério da maximização da riqueza, tende a ser um princípio moral mais defensável que o princípio da utilidade preconizado pelo Utilitarismo Clássico e os dois outros critérios trazidos anteriormente (Pareto e Kaldor-Hicks), por fornecer bases mais sólidas.

Em síntese, a versão da eficiência apresentada por Posner difere do Utilitarismo, por considerar como medida de riqueza o valor econômico, enquanto a medida de utilidade adotada pelo Utilitarismo é a felicidade. O valor econômico a que Posner alude, quando sustenta a maximização da riqueza como critério de eficiência, tem um sentido bem específico. Trata-se

¹⁹ Na Teoria de Justiça como Equidade de Rawls, a realização dos dois princípios de justiça pela estrutura básica da sociedade cria as bases sociais do auto-respeito, que ele entende ser o bem primário mais importante.

de quanto um indivíduo racional está disposto a pagar por algo; ou se o indivíduo já é dono desse “algo”, quanto precisaria receber para dele, voluntariamente, desfazer-se (SALAMA, 2012, p. 11).

Um exemplo esclarecedor sobre como a teoria de Posner trabalha a ideia de valor econômico é o seguinte: considere uma negociação para a compra e venda de um telefone celular entre A e B. Suponha que A esteja disposto a pagar até \$1000 pelo aparelho de B. Nesse caso, imagina-se que o telefone vale \$1000 para o indivíduo A (afinal, A está indiferente entre ter o aparelho de telefonia celular ou \$1000). Suponha que B esteja disposto a vender o telefone celular por pelo menos \$900. Nesse cenário hipotético, imagina-se que o telefone vale \$900 para B (porque B estará indiferente entre ter o telefone ou \$900). Assim sendo, se B vender o telefone para A por algo como \$1000, a riqueza da sociedade aumentará em \$100 (LEITE, 2018).

Dessa forma, a venda do telefone celular deixou a sociedade mais rica no valor de \$100, e por isso a compra e venda celebrada entre os dois indivíduos foi eficiente, segundo este critério, pois maximizou a riqueza da sociedade²⁰.

Cabe aqui trazer um exemplo que esclareça a diferença entre os três últimos critérios de eficiência aqui apresentados e que está diretamente ligado à questão da justiça distributiva. Suponha que uma empresa decida fechar uma de suas fábricas de móveis na cidade A e abrir na cidade B e que, em nenhuma das duas cidades, a fábrica gere taxas significativas de poluição ambiental, congestionamento ou outras externalidades. Ainda assim, a mudança pode gerar a desvalorização de imóveis na cidade A e promover a valorização em B, piorando, consequentemente, a situação dos proprietários e de todos que atuam na atividade imobiliária da cidade A, mas melhorando em B. Esse deslocamento, portanto, não será eficiente segundo o critério de Pareto (LEITE, 2018).

Nesse exemplo, os custos sociais da transação são meras externalidades pecuniárias que derivam da alteração na demanda e não da exploração de algum recurso escasso (como o ar puro, no caso de poluição). Mesmo assim, o deslocamento tende a aumentar a riqueza da sociedade, pois a situação dos proprietários da fábrica tende a melhorar e as externalidades

²⁰ A noção de maximização da riqueza é diferente da noção de maximização do PIB ou de crescimento econômico. O PIB (Produto Interno Bruto) representa a soma (em valores monetários) de todos os bens e serviços finais produzidos em uma determinada região durante um período determinado. Salama (2012, p. 12) cita um exemplo que esclarece a diferença. Suponha que um indivíduo trabalhe quarenta horas por semana para receber um salário de \$1000. Por razões pessoais, ele decide mudar de emprego e vai trabalhar em outra empresa para ganhar um salário de apenas \$500, porém trabalhando apenas trinta horas por semana. Ora, essas dez horas adicionais de lazer valem pelo menos \$500 para esse indivíduo, ou então ele jamais teria trocado de emprego. Note que, neste caso, a mudança de emprego gera valor (a mudança é eficiente, pois maximiza a riqueza da sociedade), mesmo que o PIB caia (pode-se supor que o PIB cairá porque haverá um indivíduo produtivo que trabalhará menos).

pecuniárias serão anuladas mutuamente. Consequentemente, o deslocamento se ajustaria ao critério de maximização de riqueza, como também ao critério de Kaldor-Hicks – neste caso, desde que o aumento no valor decorrente da transação seja suficiente para compensar plenamente os prejudicados. Como a desvalorização dos imóveis em A corresponde uma valorização em B, os proprietários de imóveis em A poderiam ser compensados e, assim, ninguém sairia perdendo. Porém, na ausência de compensação, não haveria consentimento geral quanto à mudança da fábrica (POSNER, 2010, p. 107-109).

Logo, a diferenciação entre as diversas acepções de eficiência é importante para se concluir que, dentre as acepções apresentadas, a de maximização da riqueza social demonstra ser, até aqui, a mais adequada para servir de fundamento para decisão judicial. Ela não está isenta de críticas, em face de sua constante associação ao lucro e ao capital e por estar conectado ao valor econômico da riqueza social. A fim de superar essas deficiências, apresenta-se a seguir o critério de melhoria do bem-estar social.

2.1.6 A Eficiência segundo o Modelo de Shavell e Kaplow. Função de Bem-Estar Social

O critério de eficiência da maximização de riqueza apresentado por Richard Posner é, de longe, o mais utilizado (e o mais criticado) dentro da metodologia da Análise Econômica do Direito. Esse critério, entretanto, sofreu profunda mutação durante o tempo, decorrente das críticas sofridas.

Alguns consideram que a evolução desse critério se deu com o resultado da pesquisa feito pelos economistas Steven Shavell e Luis Kaplow, na obra *Fairness versus Welfare*. No livro, os autores procuram mostrar que os princípios da economia do bem-estar (*welfare economics*) são ideais como parâmetro na análise, na elaboração e no “julgamento de qualidade das leis e das decisões judiciais” (WOLKART, 2019, p. 148).

A marca registrada da economia do bem-estar é que as regras jurídicas, as políticas públicas e as decisões judiciais são avaliadas exclusivamente em termos de seus efeitos sobre o bem-estar dos indivíduos. O bem-estar é entendido de forma expansiva, incluindo tudo o que diz respeito ao indivíduo (KAPLOW e SHAVELL, 2020, p. 16). Nesse aspecto, agregar a informação sobre o bem-estar de cada indivíduo é muito relevante para formar um julgamento social global.

Sob o modelo da economia da bem-estar, o analista, o legislador ou o julgador considera os fatores sobre o bem-estar dos indivíduos e não outros fatores que não afetam, notadamente, noções de justiça vistas e consideradas isoladamente. Nessa linha, o bem-estar

individual comprehende, de um lado, bens, serviços, amenidades sociais e ambientais, noções pessoais de realização, simpatia e sentimentos altruístas e de autoestima, entre outras coisas agradáveis, e por outro lado, prejuízos pessoais, patrimoniais, custos, inconvenientes, entre outras coisas desagradáveis. Além disso, apresentam-se como fontes de bem-estar o gosto por noções de justiça, pela arte e pelo esporte, por exemplo.

Nesse modelo de análise, entretanto, a relevância de uma noção de justiça depende unicamente de quanto ele impacta o bem-estar. “A importância econômica da justiça depende do gosto dos indivíduos” (KAPLOW e SHAVELL, 2020, p. 21). A análise deve ser empírica e não decorrente isoladamente da opinião de filósofos. Muitos teóricos parecem acreditar fortemente sobre metáforas conclusivas, tais como, a ideia exposta por alguns defensores de justiça retributiva que a punição é justificada por restaurar um equilíbrio moral no mundo. Kaplow e Shavell (2020) acreditam que essa lacuna ajuda a explicar problemas previamente identificados de determinação de significados de noções de justiça e de resolução de tensões internas. Por exemplo, os defensores da avaliação baseada apenas em noções de justiça afirmam que elas têm preocupação com o indivíduo, mas muitas vezes essas noções de justiça estão preocupadas com fatores não relacionados e opostos ao bem-estar dos indivíduos. Essas situações, portanto, oferecem boas razões para não ver noções de justiça como princípios independentes de avaliação de regras jurídicas.

O fato de as noções de justiça estarem enraizadas em algumas normas sociais aceitas facilmente pela sociedade não implica, por si só, que as noções de justiça devam ter importância independente como princípios avaliativos. Kaplow e Shavell enfatizam que os argumentos por eles apresentados não significam que noções de justiça são inadequadas para a vida cotidiana. Na verdade, destacam que elas devem ser valoradas, sob a ótica da economia do bem-estar social, quando são utilizadas para mensurar o bem-estar dos indivíduos. Os autores rejeitam apenas dar peso a noções de justiça quando estas são utilizadas como princípios avaliativos independentes na análise, na elaboração e no julgamento de políticas públicas, leis e decisões judiciais.

A abordagem da economia de bem-estar envolve julgamento de valores. Esse julgamento está subjacente a compreensão de que o bem-estar social depende do bem-estar de cada indivíduo, enquanto pessoa humana possuidora de direitos e obrigações. Nesse cenário, a ideia de bem-estar social incorpora a noção básica de igualdade de consideração e respeito para todos os indivíduos e assim o de dignidade da pessoa humana. Existe, dessa forma, uma explícita preocupação com a desigualdade decorrente da redistribuição de renda. Para isso,

utiliza-se de um necessário método de agregação para realização desse julgamento de valores, em uma análise normativa²¹.

Há vários métodos de agregação como, por exemplo, em uma abordagem utilitarista (Bentham), o bem-estar social é baseado apenas na soma das utilidades individuais. Já, em uma abordagem liberal igualitária (Jonh Rawls), o bem-estar social leva em conta questão de justiça distributiva como a soma de utilidades individuais dos menos favorecidos.

Kaplow e Shavell (2020, p. 27) dizem não defender uma maneira ou método específico de agregação, apenas, que a análise seja guiada por um método coerente de agregação, em contraste a uma análise baseada apenas em noções de justiça.

Diferentemente do critério de eficiência de Posner, em que a distribuição de renda não parece ser relevante para maximização da riqueza social, neste critério, a questão da redistribuição de renda é importante. Ela importa para o bem-estar social, por exemplo, quando ocorre uma redistribuição de um determinado valor de uma pessoa rica para uma pessoa pobre. Devido à utilidade marginal da renda, a transferência de \$100 de um rico para um pobre tende a aumentar o bem-estar social, pois o \$100 tem mais utilidade e mais valor para o menos favorecido do que para o mais afortunado. (KAPLOW e SHAVELL, 2020, p. 30).

A distribuição de renda também importa porque afeta a distribuição de bem-estar. Se considerarmos com maior peso o bem-estar dos menos favorecidos, o bem-estar social aumentará se a renda for redistribuída do mais rico para o mais pobre. Essa questão de justiça distributiva impacta significativamente alguns indivíduos que têm apreço e empatia pelos menos favorecidos.

Quando se compara o critério de eficiência do modelo de Posner com o modelo proposto por Kaplow e Shavell tem-se que neste a análise dá importância à redistribuição de renda enquanto naquele comprehende a maximização da riqueza como principal objetivo social. Kaplow e Shavell destacam que muitos economistas têm a impressão de que a maximização da riqueza é a medida econômica do bem-estar. Essa crença não surpreende porque, segundo os autores, possui um apelo intuitivo e porque é resultado de um trabalho científico reconhecido como a mais sustentável tentativa de uma análise normativa feita por um jurista, no caso, Richard Posner.

²¹ A análise econômica de uma política pública, decisão judicial ou regra jurídica, pode se dar em dois níveis: 1) Análise positiva: Critério em que se procura identificar os efeitos de uma política pública; 2) Análise Normativa: Critério em que se avalia os efeitos identificados com objetivo de determinar se é desejável socialmente (desejabilidade social).

Entretanto, afirmam que a maximização da riqueza não seria um conceito bem definido para calcular a riqueza, pois o indivíduo precisaria saber os preços dos diferentes produtos e serviços e não existe um conjunto natural de preços a utilizar (KAPLOW e SHAVELL, 2020). Mesmo que existisse, a riqueza ainda não constituiria uma medida de bem-estar social sob a economia do bem-estar, porque a riqueza não é definida em termos de bem-estar individual. Como explicado, a medida do bem-estar social deve ser a função do bem-estar dos indivíduos que compõem uma sociedade. Isso demonstra que a riqueza total por ser considerada independente de sua distribuição foge ao critério de bem-estar social, o qual considera relevante questão de justiça distributiva.

É bom destacar que eventuais inconsistências nos fundamentos da maximização da riqueza não implicam que sua análise seja equivocada. Kaplow e Shavell, inclusive, destacam que modelos nos quais o bem-estar social é igual à agregação simples de algo como a riqueza pode ser útil, por simplificar a análise. Isso se aplica também, segundo eles, a questão de eficiência, pois esta também é um conceito que capta os efeitos agregados das leis, políticas públicas e decisões judiciais sobre o bem-estar dos indivíduos. Nesse cenário, as invocações de eficiência devem, portanto, ser entendidas com uma preocupação com o bem-estar dos indivíduos em vez de apenas um aspecto técnico e contábil (KAPLOW e SHAVELL, 2020).

Importante destacar que, para Kaplow e Shavell, a eficiência, por não refletir uma preocupação com a redistribuição de renda, ela, tal como a maximização da riqueza, “é uma medida substituta e incompleta do bem-estar social” (KAPLOW e SHAVELL, 2020, p. 37). Sobre esse tema, revendo posicionamento anterior²², concorda-se, em parte, com Kaplow e Shavell nesta crítica, por entender que a eficiência econômica, entendida apenas como o critério da maximização da riqueza, por valorar a riqueza, acabou deixando em aberto importantes critérios de avaliação relacionados a desigualdade decorrente da redistribuição de renda: os direitos e as liberdades dos menos favorecidos. Compreende-se, entretanto, que a eficiência ainda é um critério útil como medida de avaliação.

Sobre essa problemática da aplicação do termo de eficiência neste critério da função do bem-estar social, propõe-se uma reinterpretação desse critério, possibilitando que questões de justiça distributiva e de eficiência não sejam conflitantes, nem preponderem uma sobre a outra. Nesse aspecto, a eficiência, a partir do critério de aumento do bem-estar social – compreendido aqui como instrumento para consecução de um bem-estar de cada indivíduo, a partir de considerações sobre a dignidade da pessoa humana, e não apenas relacionado ao

²² Na obra *A Eficiência como Fundamento da Decisão Judicial*, foi feita a defesa da maximização da riqueza como critério de eficiência para análise normativa de decisões judiciais (LEITE, 2018).

conforto material das pessoas – é mais razoável que o critério de maximização de riqueza. A eficiência no sentido de valorizar a agregação de bem-estar de cada indivíduo, notadamente, levando em conta o bem-estar dos indivíduos menos favorecidos, parece ser mais atraente.

Isso se deve a dois fatores já citados e que se referem a questões de justiça distributiva: Primeiro, parece claro que a maioria das pessoas não se sente bem em observar o sofrimento alheio. “É cientificamente comprovado que, por razões evolutivas, nosso cérebro tende a enxergar o sofrimento alheio como nosso próprio sofrimento” (WOLKART, 2019, p. 156). Assim, nosso bem-estar tende a diminuir quando, em razões de graves desigualdades, uma parte da sociedade sente os males da privação e da fome. Segundo, parece claro que a utilidade marginal de um determinado valor monetário tem um impacto muito maior para uma pessoa pobre do que para uma pessoa rica.

Isso envolve um componente ético de valorização do bem-estar social, como elemento justificador de uma justiça distributiva. Noções de justiça que levam ao aumento do bem-estar individual também são muito valorizadas com a aplicação do princípio da eficiência segundo esse critério. O apelo ao consequencialismo aqui é no sentido da inadmissibilidade de noções de justiça como princípios valorativos independentes, a expensas do bem-estar dos indivíduos e da sociedade (WOLKART, 2019). Nesse sentido, tudo que integra a matriz individual de bem-estar deve ser levado em conta, inclusive princípios de justiça pelos quais a sociedade tenha um gosto especial.

Para os fins deste trabalho, o uso desse critério parece ser bem satisfatório, visto que o bem-estar, como tratado no capítulo anterior, é um dos objetivos da Constituição Federal de 1988 (CF, art. 3º., IV). No funcionamento de uma empresa transnacional de tecnologia de informação, em sua atividade econômica, esta promove a efetivação de direitos fundamentais, através da produção e alocação de recursos, notadamente, quando emprega e se vincula a quem lhe presta serviços. Entretanto, em suas transações comerciais, as empresas enfrentam conflitos jurídicos que podem levar à intervenção judicial.

Esta, nem sempre observa as consequências práticas da decisão e o papel social da empresa. O julgamento razoável deve conciliar os interesses da empresa (maximização de lucro e redução de custos) com os interesses da sociedade (dignidade da pessoa humana e bem-estar social). Surgem, então, algumas questões: Como fundamentar tal decisão? Haverá consistente alicerce teórico para embasar tais decisões? É o que se pretende explorar com uma breve incursão em três movimentos teóricos que se conectaram ao longo da história para servir como justificativa razoável em uma decisão que, atenta as consequências práticas e sem se limitar

apenas as noções de regras e princípios jurídicos, pretenda solucionar o caso difícil ou complexo com atenção à eficiência do bem-estar dos indivíduos, em uma sociedade.

2.2 PRAGMATISMO FILOSÓFICO, REALISMO JURÍDICO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Uma noção a respeito de Pragmatismo que ganhou *status* de linguagem popular e tem servido para as mais diversas finalidades, é a ideia de conexão com o pragmatismo. O fato é que sua origem etimológica é a palavra grega *pragma*, cujo sentido, para esta reflexão, é fazer.

O Pragmatismo é uma corrente filosófica desenvolvida a partir do final do século XIX, iniciado pela reflexão do filósofo Charles Sanders Peirce, pelo psicólogo William James e pelo jurista Oliver Wendell Holmes Jr., angariando adeptos nos Estados Unidos, confrontando a ótica prática com a visão racionalista.

Tal corrente filosófica metafísica, valorando uma ideia pelos seus desdobramentos práticos, centrado na percepção de que o que as pessoas acreditam ser verdade é apenas o que acham que é bom acreditar nela, o pragmatismo reviveu o utilitarismo da tradição inglesa, promovendo ajuste entre concepções relativistas de verdade e intenções ortodoxas de utilidade.

O pragmatismo é considerado uma espécie de novo empirismo, ou um empirismo reformado, tendo em vista que considera as coisas a partir de um ponto de vista prático. O pragmático não se vincula previamente a ideologias ou a fundamentos metafísicos, mas se prende às consequências práticas das teorias. A filosofia pragmatista é mais um método do que uma teoria da verdade. De fato, é uma técnica auxiliar à compreensão das questões filosóficas e científicas. Essa era a visão do filósofo e cientista americano Charles Peirce, o principal expoente.

Em sua concepção, se o pragmatismo é um método, precisa de um objeto de análise, a ser escolhido conforme a experiência do pesquisador. O trato direto com a vivência prática e experimentação é que selecionará e filtrará as ideias e propiciará ao estudioso ficar com aquelas realmente verdadeiras e úteis. Para Peirce, o conhecimento e as ideias devem ser testados e verificados por meio de sua aplicação prática (NALINI e LEITE, 2023).

Peirce também destacava a importância da investigação científica e da lógica na busca pela verdade. Ele desenvolveu uma abordagem chamada "método científico abdutivo", que envolve a formulação de hipóteses explicativas para fenômenos observados e sua posterior confirmação ou refutação por meio da experimentação e da observação. A utilização do raciocínio abdutivo é rotineiro, embora nem sempre as pessoas atentem para isso. Por exemplo, imagine quando você, caminhando pela praia, vê pegadas de uma pessoa. A sua melhor

conclusão é a de que elas são pegadas de uma pessoa a pisar a areia, não de duas pessoas abraçadas, cada uma pisando com apenas um pé. Essa conclusão decorre da abdução e não da dedução, porque inviável a comprovação e elaboração de um plano detalhado para levar a uma conclusão. O raciocínio se serviu daquilo que é mais provável tenha acontecido.

No campo do direito, especificamente, na tomada de decisão judicial, tem-se que a maioria dos juízes tende a acreditar fazer uso da lógica dedutiva ou indutiva para julgar os casos. Essa é uma noção corrente, do senso comum dos juristas. Contudo, não é incomum perceber o desvio cognitivo do julgador para raciocínios labirínticos, influenciado por vieses e heurísticas, quando teria sido mais lógico se servir da abdução (NALINI e LEITE, 2023).

Essa corrente filosófica influenciou fortemente o realismo jurídico que, por meio de ataques ao formalismo e à educação jurídica baseada em modelo que pretendia o direito como ciência promoveu reflexões. O realismo jurídico, que também teve raízes na Escandinávia, foi um forte movimento teórico nos Estados Unidos e tinha por objetivo o combate ao formalismo langdelliano (doutrinalismo).

O realismo jurídico estadunidense, como forte reação ao juspositivismo, promoveu uma maior interdisciplinaridade com as demais ciências para aproximar o direito da realidade social, afastando-se da dogmática e do formalismo estéril. Para Oliver Holmes Jr., no livro *The Path of Law*, todos os juristas deveriam procurar compreender outras ciências sociais, como a economia, pois, com sua ajuda aprende-se a considerar e a pesar os fins legislativos, os meios de alcançá-los e o custo envolvido (NALINI e LEITE, 2023).

Holmes, um dos pais fundadores do realismo, suscitou reflexões em sua trajetória de magistrado, que iluminaram uma jurisprudência de inconformismo ao formalismo. Atuando como juiz da Suprema Corte norte-americana, de 1902 a 1932, discordando frequentemente de opiniões formalistas, Holmes antecipou as grandes mudanças da jurisprudência norte-americana, que marcaram o século XX. Ele argumentava que as decisões judiciais não eram simplesmente baseadas na aplicação de regras legais, mas também eram influenciadas por fatores contextuais, como os valores e interesses das partes envolvidas, as pressões sociais e as condições políticas e econômicas da época. Uma das ideias centrais de Holmes era a de que os juízes, ao tomarem decisões, tinham uma margem de manobra para moldar o direito com base em suas próprias visões e nas circunstâncias específicas de cada caso.

Seu trabalho influenciou gerações subsequentes de juristas e acadêmicos, que passaram a adotar uma abordagem mais contextual e empírica para a compreensão e o estudo do direito, abrindo portas para movimentos teóricos como a Análise Econômica do Direito.

A Análise Econômica do Direito (AED) é uma abordagem interdisciplinar que aplica conceitos e métodos da economia ao estudo e análise do direito. Ela busca compreender as consequências econômicas e sociais das normas jurídicas, bem como a influência do sistema jurídico nas interações econômicas. A partir das obras de Gary Becker, Ronald Coase, Richard Posner e Guido Calabresi, tomou corpo esse movimento teórico que agrega Direito e Economia.

A AED foi influenciada pelo Realismo Jurídico, principalmente por sua ênfase na importância das consequências práticas e contextuais das decisões judiciais. Essa perspectiva foi um ponto de partida para a AED e pode ser observada em várias áreas. Por exemplo, no estudo da responsabilidade civil, o Realismo Jurídico destacou a importância das consequências práticas e econômicas das decisões judiciais sobre a responsabilização de indivíduos e empresas. A AED expandiu essa abordagem, utilizando conceitos econômicos, como a análise de custo-benefício, para avaliar as implicações econômicas e sociais da responsabilidade civil. Outra área em que o Realismo influenciou a AED foi da regulação governamental. Sob essa perspectiva, as decisões regulatórias devem considerar os efeitos econômicos das políticas públicas, considerando o impacto nas atividades empresariais e nas dinâmicas do livre mercado.

Richard Posner, um dos pais fundadores da Análise Econômica do Direito, defendeu no início do movimento teórico, uma evolução do sistema jurídico estadunidense Common Law no sentido de produção de regras eficientes à sociedade (SALAMA, 2008). Na sua visão, as instituições do sistema jurídico poderiam ser compreendidas e mais bem explicadas como esforços para promover a alocação eficiente de recursos (POSNER, 2007). Contudo, nos anos 1980, notando que o movimento estava recebendo muitas críticas por reproduzir um formalismo interdisciplinar voltado preferencialmente para soluções eficientes, com forte influência da Economia no Direito, ele passou a adotar uma visão mais instrumental e não fundacional da eficiência, sustentando que o ordenamento jurídico, em problemas relacionados ao bem-estar social, poderia se voltar não somente para eficiência, mas também para outros valores perseguidos pela sociedade, mas sempre por razões pragmáticas. Essa mudança representou a virada pragmática, da qual Posner foi o principal expoente (LEITE, 2018).

Esse Pragmatismo Jurídico, defendido por Posner, a partir de então, representava uma combinação da AED, Realismo Jurídico e Pragmatismo Filosófico. São três as características fundamentais que definem o Pragmatismo Jurídico: contextualismo, consequencialismo e anti-fundacionalismo. O contextualismo implica que toda e qualquer proposição seja julgada a partir

de sua conformidade com as necessidades humanas e sociais. O consequencialismo²³, por sua vez, requer que toda e qualquer proposição seja testada por meio da antecipação de suas consequências e resultados possíveis. E, por fim, o anti-fundacionalismo consiste na rejeição ao uso isolado de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, entes transcendentais e dogmas (GODOY, 2005).

O Pragmatismo Jurídico sustenta, em síntese, que os tribunais devem se basear nas consequências práticas da decisão judicial, com o objetivo de solucionais os litígios. Ele representa uma rejeição ao uso isolado de conceitos, princípios e categorias abstratas para resolução de problemas jurídicos. Nesse cenário, é um arcabouço teórico ideal para o uso da eficiência, sob o critério da função do bem-estar social, em decisões de casos difíceis de direito empresarial envolvendo empresas transnacionais de tecnologia de informação e comércio eletrônico.

2.3 A EFICIÊNCIA NO MOVIMENTO ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. CRÍTICAS E APERFEIÇOAMENTO.

Nesta seção, abordar-se-á como o movimento teórico Análise Econômica do Direito passou a utilizar o valor eficiência como um dos principais critérios de justificação da decisão judicial, a evolução da doutrina de um de seus principais fundadores, Richard Posner, as críticas que sofreu e o refinamento atual, a partir do critério proposto por Kaplow e Shavell.

A eficiência, como fundação ética para o Direito, é uma tese que se consolidou em uma série de artigos publicados por Richard Posner na segunda metade de 1970 e que, depois, foram consolidados no livro *A Economia da Justiça*. Neste livro, Posner voltou a defender que a avaliação das regras jurídicas deveria levar em consideração a sua capacidade de contribuir ou não para a maximização da riqueza social. Essa noção de maximização de riqueza como fundação ética do Direito faz parte de uma versão original da Análise Econômica do Direito. Em linhas gerais, o jurista de Chicago procura caracterizar sua teoria como uma construção intermediária entre a deontologia liberal, de Kant, e a teleologia utilitarista, de Bentham.

²³ O consequencialismo, no presente trabalho, está ligado ao tema da eficiência. Schwartz (2008) defende a existência de várias tipos de consequencialismo, alguns com consideração a justiça distributiva, outros com atenção a eficiência alocativa. Ele analisa o uso do consequencialismo no direito, explorando suas implicações teóricas e práticas. O autor diferencia formas de consequencialismo (forte e fraco) e discute as dificuldades de prever consequências de decisões judiciais. Segundo Schuartz (2008, p. 132), "qualquer juiz consequencialista contém uma dimensão descritiva, na qual deverá ser positivamente especificada, para cada alternativa de decisão disponível, a sua respectiva consequência".

Essa tese foi bastante criticada por renomados juristas na época. Dentre eles, destaca-se Ronald Dworkin, que rebate os argumentos tanto de Posner quanto de Guido Calabresi²⁴, no artigo *A riqueza é um valor?*, sobretudo aqueles que tentam justificar a busca da maximização da riqueza e da eficiência em decisões judiciais. A principal crítica decorre do fato da AED, em seu aspecto normativo, entender que a maximização da riqueza social é um objetivo digno a ser perseguido pelos juízes quando proferem decisões judiciais, sem deixar claro o motivo da valorização desse fim. Dworkin propõe possíveis respostas para a questão, entre elas a de que a riqueza social é um componente de valor por ser o único aspecto ou um dos aspectos em que uma sociedade pode ser ou estar melhor do que outras sociedades. Além disso, há a possibilidade de se pensar a riqueza social não como componente, mas como um instrumento de valor (DWORKIN, 2005, p. 356-357).

Ao examinar as possíveis respostas, Dworkin afirma, categoricamente, que a riqueza social não representa um componente de valor e diz que “a AED deve demonstrar o motivo para concordar com tal ideia de que uma sociedade com mais riqueza é melhor que outra com menos riqueza” (RENDEIRO, 2015, p. 115). Para isso, formula a seguinte questão de filosofia moral: as mudanças na riqueza social constituiriam de fato o aumento do valor social? Apoiado em um exemplo hipotético de transferência forçada de propriedade de um livro de uma pessoa que valoriza menos (Derek venderia o livro por \$2) para uma pessoa que valoriza mais (Amartya compraria o livro por \$3), através de ato de um tirano estatal, com menos custos de transação do que decorreria de um negócio regulado pelo mercado, Dworkin afirma que a maioria das pessoas concordaria com ele, de que a sociedade não melhoraria em nenhum aspecto com a transação forçada, apenas haveria um ganho na riqueza social. Por essa razão, Dworkin, após sofisticada análise sobre as implicações de se reconhecer a riqueza como valor ético e moral, afirma que a riqueza não só não é um componente de valor social, como também nem constitui um instrumento ou elemento que, entre outros, componha o valor social (LEITE, 2018).

²⁴ Guido Calabresi, professor da Escola de Direito de New Haven, é considerado um dos fundadores do movimento Análise Econômica do Direito, ao lado de Richard Posner e Ronald Coase. Ele apresenta uma versão regulatória da relação entre justiça e eficiência. Trata-se de perceber o Direito como uma fonte de regulação de atividades e, portanto, de concretização de políticas públicas. Em sua clássica obra *O Custo dos Acidentes: Uma análise jurídica e econômica*, de 1970, é possível encontrar diversos pontos em que Calabresi sustenta a tese de que nem tudo que é eficiente é justo, mas que a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de custos e benefícios (SALAMA, 2010, p. 45). Calabresi entende também que sempre que um caso não puder ser decidido por meio da subsunção imediata dos fatos à lei, a tarefa do juiz é inescapavelmente normatizante e os efeitos dessa normatização vão além das partes envolvidas no caso *sub judice*. Quando o espaço de indeterminação das normas é amplo – e situações como essa são muito frequentes – os juízes não se limitam a aplicar normas gerais a casos concretos (SALAMA, 2010, p. 45).

Ao comentar a crítica de Dworkin à maximização da riqueza, Posner (2010, p. 129) assevera que o argumento dele é, na verdade, um jogo de palavras, pois define um componente de valor social como “algo digno de se ter por si mesmo”, e ninguém valoriza a riqueza por si mesma. Para o professor de Chicago, afirmar que a riqueza, por não ser um fim em si mesma não representa um valor social, é adotar uma visão excêntrica de “valor social”. Segundo ele, o argumento de Dworkin apoia-se em um exemplo que oculta o caráter instrumental da maximização da riqueza. Posner reconhece a relação da maximização da riqueza social com a utilidade, por entender que “a felicidade é um dos principais bens a que a maximização da riqueza conduz”, mas comprehende que a ética da maximização da riqueza pode ser percebida como uma mistura entre essas tradições filosóficas rivais (SALAMA, 2008).

Além de responder a essa crítica dworkiniana, Posner oferece mais dois argumentos para enfatizar os fundamentos éticos e morais da maximização da riqueza. O primeiro argumento – do consentimento – considera que os indivíduos consentem antecipadamente com as regras e os princípios que serão aplicados pelos juízes para maximizar a riqueza. O segundo argumento – do interesse geral – considera que a imposição dessas regras e princípios é de interesse de todos, inclusive dos que perdem as ações judiciais. A sua tese baseia-se no consentimento implícito.

A fim de conciliar sua teoria com o utilitarismo e o liberalismo, Posner parece aproveitar alguns e rechaçar outros aspectos de cada uma dessas tradições filosóficas.

Da tradição utilitarista, Posner retém principalmente dois aspectos. Primeiro, mantém uma concepção consequencialista de moralidade e justiça. Segundo, retém a noção do cálculo individual como ponto de partida no exame das relações em sociedade. Ao mesmo tempo, Posner rechaça o critério de felicidade, pedra de toque do utilitarismo, substituindo-o pelo da maximização da riqueza. Da tradição kantiana, Posner rechaça o que chama de “fanatismo” Kantiano, que seria a aversão ao raciocínio consequencialista levada ao seu extremo lógico. Ao mesmo tempo, retém (ou imagina reter) parte dos conceitos de autonomia e consenso Kantiano. A síntese de todas essas concepções é uma teoria charmosamente inovadora e explosivamente polêmica (SALAMA, 2008, p. 7).

Ronald Dworkin, no artigo *Por que a eficiência?*, publicado em 1980, e depois incluído como capítulo do livro *Uma questão de Princípio*, rebate novamente a tese da moralidade da eficiência sob esses novos argumentos de consentimento e de interesse apresentados por Richard Posner. Para Dworkin (2005, p. 412), esses argumentos são mais complexos e mais confusos do que parecem à primeira vista. Segundo ele, como o argumento do consentimento, de Posner, depende inteiramente do consentimento implícito e como o consentimento

contrafactual é irrelevante em si para justificação política, o argumento do consentimento falha totalmente.

Em relação ao argumento de interesse geral, o fundador do Interpretativismo Jurídico critica o argumento por entender que nem todas as pessoas têm interesse que os juízes decidam os casos difíceis do *Common Law* aplicando as normas que maximizam a riqueza social. Dworkin cita como exemplo o custo e benefício da aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva em vez da objetiva para reduzir os custos de direção:

Mesmo as pessoas que não dirigem, observa ele (Posner), usam veículos motorizados – tomam ônibus ou viajam guiadas por outros – e, portanto, ganham com a redução dos custos de direção. Se um regime de regras de negligência, em vez de regras de responsabilidade estrita, reduzisse os custos de direção, e se quase todos viessem a beneficiar-se com essa redução, então tem-se para a negligência uma justificativa bem semelhante à de Pareto no âmbito do bem-estar. Quase todos estão em melhor situação e ninguém está em situação pior. Naturalmente, nem todos estarão em melhor situação – podemos imaginar alguém que é sempre um pedestre e nunca um passageiro –, mas “apenas um fanático” insistiria na unanimidade quando uma justificativa de Pareto está em jogo (DWORKIN, 2005, p. 420).

Como se pode observar, o fundador da Teoria do Direito como Integridade critica esse argumento de interesse de Posner, sob alegação de que algumas pessoas podem ser prejudicadas pela adoção do sistema de responsabilidade subjetiva como, por exemplo, o indivíduo que é atropelado por um motorista não negligente, o qual se vê obrigado a arcar com despesas médicas bem superiores à quantia economizada com custos de direção reduzido.

Posner, contudo, adverte que somente um fanático tem a pretensão de unanimidade absoluta, por isso reconhece que algumas pessoas podem ser prejudicadas com uma decisão judicial. Após essas críticas de Dworkin à concepção de eficiência, Posner altera seu ponto de vista acerca da maximização da riqueza, deixando de entendê-la como componente de valor a ser perseguido pela sociedade e passando a compreendê-la como instrumento de valor. Com isso, sua visão passa a ser mais pragmática. A partir daí, afasta-se da tentativa de perseguir um fundamento moral e ético para eficiência e passa a focar na ideia de pragmatismo jurídico, desenvolvendo sua teoria antiteórica a partir de uma forte crítica à filosofia moral.

Embora Posner não tenha deixado claro quais críticas teriam sido mais fundamentais na sua mudança de posição, um artigo publicado recentemente oferece boas pistas. Rememorando o período de sua mudança de posição, Posner publicou um tributo a Ronald Dworkin – com quem Posner mantém, até hoje, variadas divergências teóricas. Neste tributo, Posner diz o seguinte: “um artigo que [Dworkin] escreveu há muitos anos, criticando de maneira enérgica minha posição sobre a maximização da riqueza, apesar de exagerar em seu argumento, foi convincente e me fez alterar alguns dos meus pontos de vista, o que eu evidentemente fiz com má vontade e com um certo atraso. Estou grato [a Dworkin] pelas críticas” (SALAMA, 2008, p. 8).

Em *How judges think*, Posner (2008) diz que, dado o caráter científico da análise econômica, ela poderá garantir uma boa abordagem jurídica, especialmente nas decisões judiciais de casos difíceis. Por exemplo, a análise de custos e de benefícios pode ser considerada uma forma disciplinada para medir as consequências dos cursos alternativos das decisões, visando a produzir o maior excedente das consequências boas sobre as más (POSNER, 2008, p. 245-246).

A despeito dessa virada pragmática de Posner, sua veia econômica ainda é visível. Na versão pragmática, a análise econômica identifica as consequências das decisões judiciais, mas deixa ao juiz como sopesar essas consequências no processo decisório. Como visto anteriormente, o argumento mais forte a favor da maximização da riqueza passa a ser pragmático: neste contexto, ela é vista de modo mais instrumental do que fundacional (POSNER, 2007, p. 520). Na visão de Salama (2010, p. 40), ao converter-se ao Pragmatismo Jurídico, Posner deu contornos novos para que a eficiência pudesse ser considerada útil ao Direito. Para isso, descartou tanto a noção de que a eficiência seria um critério operativo suficiente para avaliar as questões postas ao Direito quanto a noção de que a eficiência deveria se sobrepor aos demais valores da sociedade.

Dworkin (1999, p. 180) passa, então, a criticar essa virada pragmática de Posner, por ainda insistir que as pessoas não têm um direito preexistente, apenas direito à decisão judicial que, ao final, revela-se a melhor para a comunidade como um todo, sem considerar nenhuma decisão política tomada no passado. A justificativa, para ele, está na justiça ou na eficiência (elemento externo ao direito) invocada por Posner na análise de custo e benefício enquanto método do Pragmatismo Jurídico.

Assim, Dworkin comprehende o Pragmatismo Jurídico com uma teoria da decisão judicial, que prescreve que os juízes devem sempre decidir os casos (difíceis ou não) sob uma perspectiva consequencialista. Para ele, Posner é um antiteórico (DWORKIN, 1997, p. 431).

Em *Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication*, Posner (2007c) relata que a diferença fundamental entre ele e Dworkin é que este tem a crença que o raciocínio moral pode guiar os juízes, enquanto o próprio, apesar de acreditar na influência da moral sobre o direito, crê que o raciocínio moral é apenas um nome de fantasia para aquilo que ele chama de desacordo político (POSNER, 2007c, p. 10-11):

The fundamental difference between us is that he believes that there is such a thing as moral reasoning and that it should guide judges, and I, while not

doubting that there is such a thing as *morality* and that it influences law, believe that moral *reasoning* is just a fancy name for political contention²⁵.

A despeito de reconhecer a mudança a partir da crítica, Posner mostra-se firme em demonstrar seu lado pragmático, no que tange à decisão judicial de casos difíceis. À pergunta que Dworkin lhe fez em certa oportunidade sobre como poderia um juiz como ele decidir um caso com outro fundamento que não fosse a sua própria crença no que é a resposta certa para aquele caso, Posner (2007c, p. 12) respondeu que, como os juízes não podem se debruçar por muito tempo sobre um caso, como fazem os professores de Direito, eles não podem se dar ao luxo de decidir apenas quando uma máxima certeza lhe surgir.

Como visto, o intenso debate entre Dworkin e Posner sobre o fundamento ético e moral da eficiência bem demonstra a importância do tema no direito contemporâneo. A visão dos autores sobre a moralidade da eficiência é bem diferente. Enquanto Dworkin nega a existência de qualquer valor moral para eficiência, Posner sustenta, no início de sua teoria, que ela tinha um valor fundamental, mas a partir das críticas do expoente do Interpretativismo Jurídico, repositionou sua teoria para um olhar mais pragmático, admitindo a eficiência como valor instrumental.

A eficiência, sob o critério da maximização da riqueza social, defendido por Posner, também foi objeto de críticas dentro do movimento teórico da Análise Econômica do Direito. Guido Calabresi, um dos fundadores da AED, desenvolveu uma abordagem normativa bastante preocupada com a questão redistributiva.

Partindo da ideia de Coase, já referido em capítulo anterior, no sentido que, na ausência de custos de transação, os recursos tendem a ser alocados de modo eficiente, Calabresi pondera que, se assim fosse, todas as políticas públicas beneficiadoras de ao menos uma pessoa sem prejudicar ninguém (critério de Pareto) seriam implementadas e ninguém precisaria ser convencido de nenhum tipo de mudança. Como, na prática, existem custos de transação, toda mudança sempre prejudicará alguém. Calabresi, com objetivo de melhor identificar as desigualdades, amplia os conceitos de custos de transação para além do aspecto financeiro, incluindo estéticos e sentimentais, que decorrem da inevitável comparação interpessoal das situações anteriores e posteriores à implementação de determinada política pública (WOLKART, 2019).

²⁵ A diferença fundamental entre nós é que ele acredita que existe tal coisa como o raciocínio moral e que deve guiar os juízes, e eu, apesar de não duvidar de que existe tal coisa como a moralidade e que influencia lei, acredito que o raciocínio moral é apenas um nome fantasia para a disputa política (Tradução livre).

Mesmo considerando a existência de prejudicados em razão de custos de transação, Calabresi entende que o critério de Kaldor-Hicks não é capaz de resolver as assimetrias decorrentes da desigualdade, tendo em vista a existência de amarras políticas para implementação de políticas públicas (WOLKART, 2019, p. 160). Em contraponto ao critério da maximização da riqueza, sugere uma via regulatória na discussão sobre eficiência e justiça. Para ele, decisões que sopesem direitos humanos contra custos sociais não podem ser exclusivamente monetárias, de modo que a solução via mercado não deve jamais ser a única a ser utilizada (SALAMA, 2010, p. 45).

Como já salientado, a crítica está centrada na posição de Richard Posner e no seu critério de maximização da riqueza. Para isso, princípios de justiça distributivas são ressaltados. A questão, portanto, não é tanto se o critério de eficiência pode ser igualado à noção de justiça, mas sim como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios, temas de reflexão quando se faz análise da eficiência.

Nesse cenário, o critério de melhoria de bem-estar social, apresentado por Kaplow e Shavell, representa uma evolução e a mais bem-sucedida tentativa de alicerçar as bases e parâmetros pragmáticos da AED. A função do bem-estar social não nega princípios de justiça distributiva. Pelo contrário, incorpora-os na conta do bem-estar individual. Uma determinada regra jurídica não levará ao aumento do bem-estar social se provocar forte concentração de renda, visto que a taxa de crescimento da utilidade é decrescente em relação à quantidade de riqueza acumulada.

A identificação de perdedores e ganhadores de uma determinada política pública pode ser crucial para revelar eventual violação de princípios que afetam o bem-estar social. Evidentemente, o que não se pode permitir, a nosso ver, é a utilização de critérios autônomos de justiça que não levem em conta as prováveis consequências, de forma a eleger opções que deixem todos em situação pior.

Portanto, defende-se a ideia de que a eficiência, enquanto norma jurídica, tem valor moral instrumental. Ela tem um componente moral, porque leis, decisões judiciais e políticas públicas que levem a um aumento do custo social ou a uma perda do bem-estar dos indivíduos tende a ser injusta. Ela também tem um caráter instrumental, porque a eficiência, tal como se tem apresentado ao longo desse trabalho, não pode ser vista como fundamento único ou principal, mas deve ser considerado no processo argumentativo para justificativa de leis, decisões judiciais e políticas públicas.

Como salientado, a eficiência deve ter como critério o aumento do bem-estar social. Para isso, a eficiência deve ir muito além do aumento do nível de conforto material das pessoas,

como preconizado pelo critério da maximização da riqueza social. O apelo consequencialista aqui é no sentido de inadmissibilidade de aplicação de regras e princípios jurídicos, valorados de forma independente, a expensas do bem-estar dos indivíduos e da sociedade.

Um exemplo típico do direito brasileiro é relativo ao direito de acesso à justiça e a eficiência do sistema recursal de justiça. No caso, há princípios jurídicos que permitem justificar o acesso à via recursal aos tribunais superiores (STF ou STJ) sempre que houver violação prequestionada de norma constitucional ou federal. A estatística dos relatórios Justiça em Números demonstram que o acesso desenfreado às cortes superiores é o principal responsável pelo seu congestionamento e mau funcionamento, o que prejudica a qualidade do trabalho, notadamente, da fundamentação das decisões judiciais. Regras jurídicas que coloquem filtros de acesso ao cabimento de recursos extraordinários e especiais tendem a ser vistos em tom crítico pela doutrina tradicional. As críticas estão relacionadas à violação de certos princípios ligados a noções de justiça como devido processo legal e ampla defesa e contraditório. Entretanto, quando essas regras são analisadas normativamente fundada no critério de eficiência do bem-estar social, elas podem receber uma avaliação positiva, pois não parece ser razoável permitir acesso livre às cortes superiores e ao mesmo tempo inviabilizar seu funcionamento, aumentando o tempo de duração dos processos e os custos deles para toda a sociedade.

Essa é uma espécie de visão mais sofisticada e pragmática da eficiência, tendo como principal valor não a riqueza, mas o bem-estar social. Trata-se de entender que se um caso não puder ser decidido por meio da subsunção dos fatos à norma, a tarefa do juiz é normatizante e os efeitos dessa normatização vão além das partes envolvidas no processo e impactam a sociedade.

Após ter sido mostrado todo esse processo evolutivo da concepção da eficiência, a partir das críticas e aperfeiçoamentos, adota-se a visão contemporânea e mais completa dos juristas Kaplow e Shavell, em seu livro *Fairness vs Welfare*, defendendo o uso da eficiência como fundamento da decisão judicial a partir de uma análise consequencialista da decisão, não só atentando para os princípios de justiça, mas aos relacionados ao bem-estar social. Em casos difíceis, com impactos políticos, econômicos e sociais, integrar a análise das consequências à fundamentação das decisões ajuda não apenas no encaminhamento de soluções mais eficientes, mas também de soluções menos injustas.

3. VALOR, NATUREZA JURÍDICA E EMPREGO DA EFICIÊNCIA EM DECISÕES JUDICIAIS DE CASOS DIFÍCEIS

A eficiência, enquanto norma jurídica, tem um valor jurídico. O reconhecimento jurídico desse valor passa, não apenas, por sua previsão como princípio jurídico na legislação pátria à nível constitucional (CF, art. 37) e infraconstitucional (CPC, art. 8º e LINDB, art. 20), mas também pela questão ética e moral desta ferramenta tradicional da economia.

No âmbito da atividade jurisdicional, a norma constitucional prevista no art. 37 da Constituição Federal estabelece um dever de agir com eficiência na atividade-meio do juiz, enquanto gestor da unidade judiciária²⁶. Por seu turno, as normas previstas no art. 20 da LINDB e no art. 8º. do CPC impõem um dever de agir com eficiência no exercício da atividade-fim do juiz, no exercício da jurisdição. Isso é compatível com os preceitos éticos e morais.

No Estado Democrático de Direito, adotado pela atual Constituição Federal, o Estado deve proteger os direitos cíveis e políticos e concretizar os direitos sociais, econômicos e culturais. Dentre as mais importantes características desse modelo de Estado de Direito tem-se: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento da teoria dos princípios, que deixam de ser apenas técnica de integração jurídica e passam a ser verdadeiras espécies normativas; c) a transformação da hermenêutica jurídica, que deixa de ser apenas interpretativa e passa a ser criativa e normativa; d) a expansão dos direitos fundamentais, que para sua efetividade impõe um respeito à dignidade da pessoa humana (DIDIER JR, 2010, p. 258-259).

Neste cenário de democracia participativa, tanto as funções administrativas quanto as legislativas e jurisdicionais devem ser pautadas pela busca da eficiência. Como visto, defende-se o critério de melhoria do bem-estar social. A eficiência, por esse critério, tem valor moral, pois apresenta forte componente de responsabilidade social, e ético, pois não desconsidera a dignidade da pessoa humana, exigindo do julgador, na interpretação de regras e princípios, uma atenção para as consequências práticas de sua decisão para o bem-estar dos indivíduos da sociedade.

3.1 O VALOR JURÍDICO DA EFICIÊNCIA

Essa posição difere da visão tradicional de Dworkin, que limita a compreensão da moralidade de um instituto jurídico pela percepção de que este deve proteger um direito individual e não visar a uma meta coletiva. Importante frisar que o próprio jurista reconhece

²⁶ O dever de agir com eficiência não exclui o dever de agir com legalidade, moralidade, imparcialidade e publicidade.

teses que relacionam direitos e metas, como a teoria de utilitarismo de regras, que sustenta a força de um direito na dependência de seu poder de promover alguma meta coletiva.

Nesse cenário, pode-se considerar a eficiência como um direito que, quando realizado, promove uma meta coletiva, a melhoria do bem-estar da sociedade. A compreensão de que a eficiência pressupõe o alcance de uma meta coletiva não afasta dela a ideia de que, mesmo sendo um objetivo coletivo, ela está profundamente ligada à nossa moralidade política, como também estão os direitos à igualdade, à segurança jurídica e ao devido processo legal. Fazer distinção entre diretrizes de políticas públicas e princípios e associar os direitos a estes, mas não àquelas, revela-se muito restritivo. Na linha do que afirma Posner, não há razão para excluir os objetivos coletivos da determinação do escopo dos direitos subjetivos (POSNER, 2007a, p. 320-321).

A despeito das críticas feitas por Dworkin, a compreensão da eficiência como critério ético para a decisão judicial é bastante razoável. Na linha da construção teórica de Posner, anterior a sua virada pragmática, a ética da eficiência pode ser vista como uma mistura entre as tradições filosóficas do utilitarismo e do liberalismo de princípios, em razão da concepção consequencialista de justiça e moralidade, o cálculo individual (como referência na análise das relações sociais), a autonomia da vontade e o consentimento.

A partir dessas constatações, afirma-se que a eficiência, sob esse critério de melhoria do bem-estar social, tem valor ético e moral, por combinar um método de análise econômica, uma ética liberal e uma filosofia pragmática. No que se refere ao primeiro aspecto, por utilizar-se de método analítico extraído da microeconomia. Em relação ao segundo, por pressupor que somente em um ambiente de máxima liberdade, como preconizado por Mill, podem ocorrer soluções eficientes, que garantam a igualdade de oportunidades. No que diz respeito ao último aspecto, por ter uma natureza instrumentalista que privilegia a análise das possíveis soluções com base nas consequências previsíveis e nos possíveis efeitos que elas têm em um determinado espaço de tempo.

Nesse contexto, ao se admitir o valor moral da eficiência, uma questão que se coloca é: como o juiz pode medir a justiça de uma decisão eficiente?

A eficiência, seja pelo critério da melhoria do bem-estar social ou pelo critério da maximização da riqueza, pode ser medida. Essa afirmação é categórica, mas gera dúvidas. Como se pode medir a riqueza e o bem-estar social? No mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas são ilimitadas, não existe nada mais injusto do que a distribuição ineficiente de recursos.

A melhoria do bem-estar dos indivíduos, ao fim e ao cabo, pressupõe a minimização do desperdício de recursos, pois todo desperdício pode implicar em não atendimento de necessidades humanas. O bem-estar é entendido de forma expansiva, incluindo tudo o que diz respeito ao indivíduo, tanto no que tange às necessidades materiais como imateriais. Assim, não se pode desconsiderar que toda concepção de justiça deve ter como condição necessária a eliminação de desperdícios (eficiência). Como observa Gico Jr. (2014, p. 28), “não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta”.

O fato de considerar que a eficiência da decisão judicial deva se guiar por esse critério não exige uma defesa intransigente de seus méritos fundamentais. Desde que se reconheça que o bem-estar seja um valor social, mesmo que não necessariamente o único ou o principal, e desde que os juízes tenham possibilidade de reconhecê-lo e promovê-lo, por exemplo, através de um combate ao desperdício de recursos humanos, materiais e ambientais, pode-se, inegavelmente, utilizá-lo como fundamento da decisão judicial.

Nesse sentido, o reconhecimento do valor moral da eficiência sob o critério da melhoria do bem-estar social pode contribuir para percepção de que o reconhecimento e a interpretação de valores exigem do julgador atenção para as consequências reais de sua decisão para a sociedade. Uma decisão eficiente, nesse contexto, tem um forte componente moral de responsabilidade social. Se pensarmos que a ineficiência provoca desperdício de recursos em uma sociedade, indubitavelmente, não seria justo que os recursos sociais sejam gastos sem maximizar sua utilização para o bem-estar dos indivíduos, em um cenário de desenvolvimento sustentável.

A defesa da eficiência segundo o critério da função do bem-estar dos indivíduos na sociedade atual não representa, de igual forma, uma ausência de compromisso ético. O individualismo metodológico adotado pelo modelo juseconômico não representa um desprezo pela ética.

[...] como alerta o prêmio Nobel Amartya Sen²⁷, esta confusão entre o indivíduo agir em seu próprio interesse (individualismo) e descurar da ética com este objetivo é uma das grandes injustiças que se fez ao longo da história com o pensamento econômico (fundamentalmente de Adam Smith), que era, como todos sabem professor de Ética na Escócia. Smith, como qualquer bom filósofo, jamais defendeu que os indivíduos devam se comportar de qualquer maneira no mercado. Sabe-se hoje que, mais do que nunca, quanto maior a confiança entre as pessoas, melhor o ambiente para o desenvolvimento das relações econômicas (TIMM, 2010, p. 53).

²⁷ O economista trata da questão em seu livro *Sobre Ética e Economia*.

A eficiência na distribuição de bens e recursos, portanto, exige que as pessoas ajam com conduta proba e confiável e, nesse contexto, apresenta-se como um critério ético e moral e, em consequência, jurídico, a ser observado pelo juiz, enquanto intérprete do Direito, por ocasião da decisão judicial.

Essa visão não é isenta de críticas. Dworkin fez forte crítica a dois princípios apresentados por Posner para sustentar o valor ético e moral da maximização da riqueza: o princípio do consentimento e o princípio do interesse geral (LEITE, 2018). Em relação ao primeiro, Ronald Dworkin sustenta que não há como admitir o consentimento geral e implícito de que uma decisão justa objetivasse a maximização da riqueza social. No que se refere ao segundo, o jusinterpretativista alega ser inadmissível pressupor que todas as pessoas de uma dada sociedade têm interesse que os juízes decidam casos difíceis aplicando normas maximizadoras da riqueza social.

Para superar essas objeções, ele propõe dois argumentos. O primeiro recomendaria aos juízes escolher e aplicar uma determinada regra a qual, no momento da decisão, fosse do interesse antecedente da grande maioria das pessoas e não de toda a sociedade. O segundo recomendaria aos juízes escolher e aplicar uma regra de responsabilidade social atribuída pela legislação e aceita pela sociedade idealizada como comunidade de princípios.

Pois bem. A eficiência, como norma jurídica, com valor ético e moral, pode ser defendida nesses termos também. Não é necessário que o juiz, para proferir uma decisão eficiente pressuponha que ela seja de interesse de toda a sociedade. Na linha do sugerido por Dworkin, basta admitir que a decisão seja de interesse antecedente da maioria da sociedade. Para isso, ele deve fazer um teste de eficiência pelo critério do bem-estar social e não pelo critério de Pareto, por este exigir a unanimidade como pressuposto. Se a decisão passar por esse teste, o juiz deve verificar se ela seria admitida em uma sociedade em que todos atuassem e votassem com senso de justiça e igual consideração e respeito mútuos, baseados em informações públicas e confiáveis disponíveis.

Na linha da tese defendida, uma decisão judicial que buscassem a melhoria do bem-estar social e evitasse o desperdício de recursos teria o consentimento e o interesse da sociedade. Não apenas pela aplicação dos dispositivos constitucionais que enfatizam como objetivos a promoção do bem-estar social e a eficiência, previstos no art. 4º e 37 da Constituição Federal, mas também pelo fato de que, em uma sociedade democrática, regida pelo Estado de Direito e que tem compromisso com a responsabilidade social, uma decisão dessa natureza seria plenamente aceita por aproximar o valor eficiência do valor equidade na prestação jurisdicional. Neste cenário, o ordenamento jurídico exige decisões que busquem a eficiência baseada na

melhoria do bem-estar, por ter raízes da moralidade política, baseada em ideias também de responsabilidade social.

Além disso, a eficiência tem valor ético, pois sua observância exige do juiz, em eventual controle judicial, um comportamento ético, baseado no dever de respeito e confiança. Quanto maior o respeito e a confiança entre as pessoas, melhor o ambiente para o desenvolvimento das relações sociais e econômicas. Tem valor moral, também, pois exige compromisso com a responsabilidade social que uma melhoria do bem-estar deva ter. Uma decisão que busca o bem-estar social e evita o desperdício de recursos revela um compromisso com a responsabilidade, fator importante em questões de moralidade política.

Na próxima seção, após constatada que a eficiência tem valor jurídico, será investigado qual sua natureza jurídica.

3.2 A EFICIÊNCIA COMO NORMA JURÍDICA

Quanto à natureza jurídica, há alguns doutrinadores que entendem que a eficiência não é propriamente uma norma, mas tão somente um valor jurídico, seja por seu conteúdo significativamente fluído ou por representar um instrumento não jurídico, pertinente à Economia ou à Administração.

Tais argumentos são rebatidos, inclusive, por doutrinadores do Direito Administrativo, que observam uma pauta de comportamentos exigíveis decorrentes da eficiência. Um exemplo é a possibilidade de invalidação, por meio de controle de constitucionalidade, de normas que criam embaraços a eficiência administrativa (MODESTO, 2000, p. 106).

Além disso, muito se discutiu se a eficiência poderia ser considerada uma norma jurídica, dado que o direito tem fortes traços históricos com a Moral, a Política e pouco com a Economia. O certo é que, nos últimos anos, como visto no decorrer do presente trabalho, o Direito e a Economia vêm se aproximando, a ponto de institutos jurídicos serem estudados por economistas e critérios e ferramentas da economia serem utilizados pelos juristas. A interdisciplinaridade é cada vez mais comum no estudo científico contemporâneo, dada a diversidade de problemas políticos, econômicos e sociais enfrentados pela sociedade. Não é porque o conceito de eficiência vem de outras ciências e tem uma essência pluricompreensiva que perde seu caráter normativo (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 213).

Nesse contexto, em que a eficiência, a despeito de ser uma ferramenta tradicional da Economia, tem valor ético e moral, investigar o papel que ela desempenha no Direito é primordial, considerando sua importância para o enfrentamento de questões de alta

complexidade e que repercutem na sociedade a partir de decisões judiciais proferidas por juízes e tribunais.

A eficiência tem natureza de norma jurídica essencialmente teleológica e, apesar de ser um padrão jurídico de alta generalidade, pode ser plenamente exigível. O reconhecimento de que a eficiência tem valor ético e moral não pressupõe que ela seja um padrão jurídico, no sentido dworkiniano. O justinterpretivista, a propósito, defende, em sua teoria, uma clara distinção entre regras, princípios e políticas e, nesse contexto, comprehende a eficiência como um argumento de natureza teleológica diretamente ligada a um objetivo coletivo, sendo, nesse caso, uma diretriz de política pública (*policy*).

Richard Posner, por sua vez, não faz uma distinção tão incisiva entre princípios e políticas, como faz Ronald Dworkin. A despeito de ter modificado sua concepção original de eficiência, a partir das críticas de Dworkin, a visão atual de Posner sobre a eficiência, como valor de caráter instrumental, é plenamente admissível no pensamento jurídico contemporâneo.

Na presente seção, apesar de utilizar-se, em grande parte, das concepções dworkinianas sobre regras, princípios e políticas, delas se afasta para defender a tese de que a eficiência é um princípio jurídico e não uma diretriz de política pública. Toma-se como marco teórico para esse fim, a teoria desenvolvida por Humberto Ávila, seja porque ela aponta uma crítica sobre as principais teorias contemporâneas, como as de Ronald Dworkin e Robert Alexy, seja porque sua obra é bem didática. Isso permite, sob nova perspectiva, revisitar a tese da eficiência como princípio jurídico, defendida em pesquisa anterior.

Inicialmente, serão apresentados os principais critérios distintivos entre regras e princípios e, em seguida, as peculiaridades que envolvem as políticas. Neste trabalho, não se abordará outras espécies normativas, como postulados normativos, por fugirem ao escopo da pesquisa. Nada impede que sejam referidas, caso necessário.

Humberto Ávila, por exemplo, defende uma teoria tripartite de espécies normativas, considerando que a norma jurídica pode ser uma regra, um princípio ou um postulado normativo. A sua teoria nada fala sobre argumentos de políticas.

Ao abordar a distinção entre regras e princípios, Ávila (2022a) apresenta como primeiro critério distintivo a natureza da descrição normativa. A despeito desses padrões jurídicos descreverem comportamentos e traçarem suas consequências jurídicas, as regras estabelecem comportamentos permitidos, obrigatórios ou proibidos, enquanto os princípios estabelecem indiretamente os comportamentos, descrevendo diretamente um estado ideal de coisas a ser promovido, ou seja, uma finalidade desejada. Os fins representam uma função diretiva, de modo

que a sua instituição é o ponto de partida para a procura por meios que possam promover gradualmente o conteúdo do fim (ÁVILA, 2022a, p. 98-100).

O segundo critério distintivo é o da natureza da justificação para sua aplicação. Enquanto as regras exigem um exame de correspondência entre a descrição da norma e os atos praticados ou fatos ocorridos, os princípios exigem um exame de correlação entre os efeitos de conduta adotada e o estado ideal das coisas a ser promovido (ÁVILA, 2022a, p. 100-104).

Sobre esse critério, esclarece Campos (2018):

Assim, ao aplicar a regra, o jurista deve justificar que o fato ou ato se enquadra na hipótese normativa descrita. Por outro lado, a fundamentação da decisão que aplica o princípio deve explicitar se os efeitos da conduta (comportamentos) contribuíram ou não para promoção dos fins ou do estado ideal de coisas almejado. (CAMPOS, 2018, p. 56-57).

O terceiro critério distintivo utilizado é o da natureza da contribuição para a solução do problema. De um lado, as regras têm pretensão de decidibilidade. Se uma regra permite a prática de uma conduta, outra não pode proibir. De outro lado, os princípios têm pretensão de complementaridade. A esfera de normatividade de um princípio não exclui a esfera de normatividade de outro, levando em consideração o mesmo comportamento. Alguns comportamentos podem atender mais de um princípio, se promoverem os fins descritos.

A aplicação dos princípios, por isso mesmo, é bem diversa da aplicação das regras. O princípio é uma espécie normativa que apenas se aplica complementarmente, por isso que o exame de correlação deve considerar ainda se os efeitos da conduta não estão indo de encontro às finalidades descritas pelos demais princípios (ÁVILA, 2022a, p. 104-105).

Por sua vez, Ronald Dworkin defende a tese segundo a qual o Direito é constituído por padrões jurídicos que podem assumir a feição de regras, princípios e políticas, o que difere sobremaneira do positivismo defendido por Hans Kelsen e Herbert Hart, que confere especial relevo às regras.

A exigência de um aparato teórico diferente encontra respaldo em sua concepção do Direito como integridade, que pode ser vista sob três aspectos. O primeiro aspecto é relativo à distinção qualitativa entre regras e princípios que Dworkin considera fundamental em sua teoria. Os princípios constituem-se em padrões que devem ser obedecidos, porque refletem “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36). Nesse aspecto, a inclusão dos princípios como padrão jurídico está relacionada à ligação entre direito e moral, que deve ser realizada na dimensão da moralidade política. Na análise dos princípios, é essencial a identificação de seu conteúdo, ou seja, dos padrões de comportamento que veiculam exigências relacionadas aos valores morais (DIAS, 2016).

O segundo aspecto está relacionado aos processos de interpretação e aplicação do Direito. Nesse caso, o postulado da integridade traduz-se na exigência de que a decisão judicial seja coerente com princípios de moralidade política, os quais levem em consideração a ideia de igual respeito e consideração (*equal concern and respect*). “Tal exigência tem, para Dworkin, uma dimensão primariamente argumentativa, relativa à avaliação dos diversos princípios aplicáveis (*balancing*) e das exigências do caso” (FARALLI, 2006, p. 14).

O terceiro aspecto é relativo à possibilidade de uma fundamentação relativamente objetiva e racional da decisão judicial. Dworkin desenvolve essa possibilidade através de uma proposta moderadamente cognicista, ligada à argumentação jurídica e moral. “Isso leva à possibilidade de determinar uma resposta correta para as diversas questões suscitadas pela interpretação dos princípios e dos direitos num âmbito pluralista” (FARALLI, 2006, p. 14).

Na formulação de sua crítica, portanto, Dworkin estabelece que existem normas jurídicas que não são necessariamente revestidas da forma de uma regra de direito positivado, notadamente no caso de políticas e princípios. O principal esforço de sua teoria é distinguir as regras dos princípios. O jurista estadunidense coloca em destaque que, na visão do positivismo hartiano, o conceito de regra depende de algumas considerações relacionadas à sua origem.

Dworkin, assim como Hart, distingue duas modalidades de persuasão que uma norma jurídica pode conter. As ideias de dever e obrigação não têm o mesmo significado no campo da teoria do Direito. Hart (2009), ao tratar do direito como união de normas, já identificava tal situação:

“Ele devia ter feito...” e “Ele tinha a obrigação de...” não são sempre expressões intercambiáveis, embora sejam semelhantes por fazerem referência implícita a padrões existentes de conduta ou por serem usadas para se tirar conclusões em casos particulares a partir de uma norma geral. Normas de etiqueta ou relativas à correção da fala são certamente normas. [...] Mas utilizar as palavras “obrigação” e “dever” para designar normas desse tipo seria apenas estilisticamente estranho, como também enganoso. [...] As normas são concebidas como preceitos que impõem obrigações, e assim são tratadas no discurso, quando a exigência geral de obediência é insistente e a pressão social sobre os que as infringem ou ameaçam fazê-lo é grande (HART, 2009, p. 111).

Essa distinção, feita pelo Positivismo de Hart, é importante, visto ser indubitável que a presença de uma regra de Direito determina a conduta do destinatário (DIAS, 2016). Contudo, Dworkin mostra-se cético quanto à origem da força vinculante desse padrão de comportamento. Enquanto para Hart as regras determinam o comportamento, porque advêm de práticas sociais consolidadas, na visão de Dworkin, a prática social nem sempre impõe a construção de um

dever, visto que existem muitos deveres que não estão relacionados a uma prática social consolidada (DIAS, 2016).

Dworkin sustenta que existe uma moralidade concorrente por meio da qual os membros da comunidade, de comum acordo, reconhecem que certos deveres têm de ser atendidos como regra por seu próprio conteúdo e não por ser uma prática social consolidada. O jurista anota que a teoria da prática social concebe, erroneamente, a relação entre o comportamento de uma comunidade e as regras que ela elabora. Nas palavras do autor: “a teoria da regra social concebe de maneira equivocada essa conexão. Ela acredita que a prática social constitui uma regra que o juízo normativo aceita; na verdade, a prática social ajuda a justificar uma regra que é expressa pelo juízo normativo” (DWORKIN, 2002, p. 91).

Assim, a obrigatoriedade das regras não se origina da prática social, mas do conteúdo moral que ela contém. Na visão de Dworkin, os diversos níveis de argumentação elaborados mostram que as práticas de moralidade política é que estão no centro da construção de regras jurídicas (DIAS, 2016). Essa visão justifica a preocupação da Teoria do Direito como Integridade, em distinguir dois dos elementos: os princípios e as regras. Para Dworkin, a orientação que as regras oferecem é de natureza excludente, na forma do “tudo ou nada”. Em sentido contrário, os princípios oferecem uma ideia de peso e importância.

Nesse sentido, enquanto as regras jurídicas seriam aplicáveis sob a ótica da validade e invalidade (se os fatos que estipula uma norma estão dados, então ou bem a norma é válida, em cujo caso a resposta deve ser aceita, ou bem não é e então não acrescenta nada à decisão), “os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância, fazendo que, na solução do conflito entre princípios, deva-se levar em consideração o peso relativo de cada um para solução do caso concreto” (FELLET, 2014, p. 58-59).

Como afirma Dias (2016, p. 38), “essa distinção, sem dúvida alguma, particulariza o pensamento de Dworkin e, ao mesmo tempo, oferece um aperfeiçoamento da teoria das diversidades de normas já admitidas por Hart”. Tal compreensão permite concluir, na perspectiva de Dworkin, que, além do Estado, a comunidade, exerce papel de fonte produtora de norma jurídica.

A partir desse modelo de comunidade de princípios, Dworkin afirma que a comunidade política requer que seus membros compartilhem princípios comuns e não apenas regras. Nessa concepção, os membros da comunidade passam a considerar que seus direitos não decorrem apenas de decisões particulares tomadas por instituições, mas também de esquema de princípios pressupostos por essas decisões, o que implica o reconhecimento da existência de direitos e deveres não positivados. Para o autor, somente este modelo de comunidade é capaz de lidar

com o pluralismo moral e político da sociedade, em que pessoas divergem sobre critérios de justiça e equidade.

Nota-se, portanto, que princípios e regras, na Teoria do Direito como Integridade, de Dworkin, embora sejam padrões jurídicos de conduta, são essencialmente diferentes quanto à sua forma de produção e aplicação.

A distinção entre regras e princípios também foi objeto de estudo na Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy. Em seu artigo *Sobre o Conceito de Princípio de Direito*, Alexy (2010) descreve, inicialmente, os pormenores da investida de Ronald Dworkin contra o positivismo jurídico, por meio de sua teoria dos princípios jurídicos.

Na visão de Alexy, Dworkin recusa expressamente a distinção entre princípios e regras, em seu aspecto quantitativo, segundo o grau de generalidade. Sua “tese da separação rigorosa [forte]” entre princípios e regras sustenta que esses são critérios normativos de estrutura lógica completamente diferentes. Alexy questiona essa tese dworkiana de que as regras seriam aplicadas de maneira “tudo ou nada”. Essa forma de aplicação, segundo o professor de Kiel, somente seria possível se todas as exceções à aplicação de determinada regra jurídica fossem enumeráveis na prática, o que propiciaria uma “formulação completa da regra”. “Se tal formulação completa da regra não é possível, novas exceções podem surgir a todo momento, fazendo com que não mais se dê ensejo à consequência jurídica prevista abstratamente” (FELLET, 2014, p. 61-62).

Com essa premissa, seria inevitável o abandono da tese da separação forte entre regras e princípios. Na visão de Alexy, pode-se até compreender a existência de ordenamentos jurídicos formados exclusivamente por regras, que não admitam exceção, a não ser aquelas estatuídas expressamente, entretanto, os ordenamentos jurídicos modernos possuem exceções não expressas a aplicações das regras, e isso pode ser constatado por meio da observação da prática jurídica. Com isso, conclui Alexy (2010, p. 137), “justamente a existência de princípios elimina os pressupostos para o caráter tudo-ou-nada como critério de distinção entre regras e princípios”.

A possibilidade de se “salvar” o caráter tudo-ou-nada das regras, contudo, não é descartada por Alexy. Para ele, isso pode ser alcançado com a introdução de uma cláusula de reserva geral. No caso da diferença entre regras e princípios, Alexy advoga a tese de que a distinção entre eles é de caráter prima facie (à primeira vista). Na aplicação de regras, quando os pressupostos previstos em abstrato se verificam em concreto, acontece a consequência jurídica prevista. Se o intérprete pretende apresentar uma exceção à regra, baseada num princípio, deve suportar o ônus da argumentação. Na aplicação de princípios, em relação a sua

limitação por outros princípios, é diferente. O intérprete deve, inicialmente, considerar que todos os princípios, em seu conteúdo de determinação, são essencialmente iguais. Não existe, por conseguinte, nenhum fundamento para, de antemão, privilegiar um princípio em detrimento de outro. Por isso, aquele que pretende aplicá-los em colisão, deve demonstrar quais, em sentido contrário, não devem prevalecer no caso específico. (FELLET, 2014, p. 66).

Os princípios, no sentido apresentado por Alexy, são mandamento de otimização, que devem ser aplicados na maior medida possível, enquanto as regras são mandamentos definitivos. Eles exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*.

O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.

Ao comentar a proposta de Dworkin no sentido de se exigir que os juízes desenvolvessem uma “Teoria do Direito” que contivesse os pesos relativos dos princípios, Alexy sustenta a inviabilidade prática da elaboração de uma ordem cardinal ou ordinal de princípios, que leve em consideração o seu peso.

No que tange à distinção entre princípios e políticas (*policies*), Ronald Dworkin reconhece que, além de princípios e regras, existem outros padrões jurídicos a ser observados pelo julgador e intérprete e, nesse cenário, faz remissão às políticas. Ao analisar os casos difíceis, ele identifica que, muitas vezes, as soluções a questões jurídicas não estão fundadas propriamente em regras, pois os juristas recorrem a “padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões” (DWORKIN, 2002, p. 36). Para o autor, mesmo quando nenhuma regra regular o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. “O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2002, p. 127).

Afirma Dworkin (2002) que os juízes não podem legislar nem criar direito novo, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Essa compreensão não leva em conta a importância de uma distinção fundamental na teoria política entre argumentos de princípio e argumentos de política (*policy*).

Na visão de Dworkin (2002), os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo, enquanto os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. Dworkin (2002) defende a tese de que as decisões judiciais, nos casos difíceis, são e devem ser de maneira característica, geradas por princípios e não por políticas. Segundo ele, o argumento de princípio resiste à crítica de originalidade judicial, pois estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito, permitindo ao juiz, que não é pressionado pelas demandas da maioria política, avaliar o argumento em uma melhor posição.

Além disso, o princípio resiste à objeção segundo a qual o juiz, quando cria uma nova lei, pune a parte perdedora, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato. Para o jurista estadunidense, se o demandante tem, de fato, o direito a uma decisão judicial em seu favor, ele tem a prerrogativa de poder contar com tal direito. “Se for óbvio e incontrovertido que ele tem o direito, o réu não poderá alegar ter sido injustamente surpreendido pela decisão, simplesmente porque o direito não foi criado por meio de uma publicação em uma lei” (DWORKIN, 2002, p. 135).

Diferentemente de Dworkin, para Posner (2007a), o juiz de um caso difícil – caso que esteja no âmbito da indeterminação do Direito – é mais um formulador de políticas públicas do que um juiz convencional e, dentro de sua esfera de liberdade ou discricionariedade, pode ser tão livre de regras quanto é um legislador ordinário. Contudo, dentro dessa esfera de liberdade, o juiz deve julgar com razoabilidade. Para o jurista, um juiz que concebe seu papel assim, pode fundamentar sua decisão judicial, aplicando diversos argumentos, inclusive, os de política.

Com esse raciocínio, Posner (2007a) entende que o juiz deve fazer uma escolha entre políticas públicas, e a escolha é ditada pelos resultados do levantamento e da avaliação das consequências ao Estado de Direito, às partes, à economia, à ordem pública e à sociedade. Para o jurista estadunidense, o processo de raciocínio impregnado de diretrizes políticas é racional e não arbitrário, sendo mais passível de excluir alguns resultados do que de gerar uma resposta única para a solução do caso judicial.

Além de Dworkin e Posner, outro importante jurista, Neil MacCormick, debruçou-se sobre o tema relativo à distinção entre princípios e políticas, posicionando-se da seguinte forma:

[...] discordo com muita firmeza da caracterização de Dworkin dos termos “princípio” e “política”. Talvez ainda com maior firmeza porque também me inclino a endossar a teoria substantiva da moral e da política de que os princípios mais fundamentais são os que determinam direitos” (MACCORMICK, 2006, p. 344).

As razões de MacCormick para rejeitar a distinção feita por Dworkin são as seguintes. Para o jurista, os princípios são espécie do gênero “lei”. Nesse sentido, a normatividade dos princípios, que ele em absoluto nega, deriva do simples fato de que uma norma de reconhecimento lhe concede esse atributo (DIAS, 2016, p. 41).

Como juspositivista neo-intitucionalista, MacCormick compartilha elementos de uma concepção positivista em sua teoria. Para ele, o fato de um ordenamento jurídico possuir diversos padrões jurídicos não implica o afastamento de que esses padrões, para serem aplicados e obedecidos, sujeitem-se a uma regra de reconhecimento. É com essa percepção do sistema jurídico que afirma:

[...] existe uma relação entre a “norma de reconhecimento” e princípios de direito, mas é um relacionamento indireto. As normas que são normas do direito são o que são graças a sua linhagem. Os princípios que são princípios do direito são o que são graças a sua função àquelas normas, ou seja, a função a eles atribuída por quem os usa como racionalização das normas (MACCORMICK, 2006, p. 304).

Trata-se, assim, de uma crítica à Teoria do Direito como Integridade, de Dworkin, e de uma posição sustentada no Positivismo Jurídico, de Hart, mas que, ao mesmo tempo, reconhece a necessidade de se incluir os princípios numa concepção mais perfeita do Direito como “um sistema de múltiplos padrões normativos” (DIAS, 2016, p. 42).

Neste cenário, a distinção entre princípios e políticas deixa de ter em MacCormick a mesma configuração que tem na teoria de Dworkin pelo simples fato de que os dois autores divergem quanto ao conceito de princípio e de onde deriva sua normatividade. Enquanto para Dworkin, a normatividade dos princípios decorre da moralidade política, servindo os princípios, em tal dimensão, como cláusula de controle de aplicação das regras formalmente produzidas em um sistema, na visão de MacCormick, a normatividade dos princípios é semelhante à de qualquer outra norma jurídica assim qualificada.

MacCormick, além disso, rejeita a distinção entre princípios e políticas feita por Dworkin. Ele tem uma visão distinta do que são políticas e sua função dentro do ordenamento jurídico. Como já visto, Dworkin rejeita esse padrão jurídico como fundamento da decisão judicial. “Isso significa dizer que, em geral, questões de alta complexidade devem ser decididas não pelos seus efeitos no plano social, mas pelos direitos que efetivamente as pessoas envolvidas realmente possuam” (DIAS, 2016, p. 43).

Na visão de Dworkin, metas e objetivos políticos não devem ter papel preponderante no processo de decisão judicial de casos complexos. O pensamento de MacCormick, por seu turno, rejeita essa tese dworkiniana sob dois argumentos complementares. O primeiro diz respeito ao

próprio conceito de política tal como concebido por Dworkin, e o segundo relativo ao plano argumentativo e institucional.

MacCormick considera, como primeiro argumento, a distinção entre princípios e políticas superficial, defendendo a tese de que muitas políticas, tal como denominaria Dworkin, implicam a observância de princípios. “Quando no direito ou em qualquer outra esfera de atuação levantamos a questão de saber se uma determinada política é desejável ou não, estamos levantando uma questão de princípio” (MACCORMICK, 2006, p. 343). Neste diapasão, tal como salientado por Dias (2016), se o fato de decidir sobre políticas é também decidir sobre princípios, não há por que fazer uma distinção categorial entre eles.

O segundo argumento de MacCormick também é compreensível. Para ele, aquilo que Dworkin denomina políticas pode oferecer a um tribunal um cenário desejável tanto do ponto de vista da solução concreta de um caso difícil quanto do ponto de vista de uma compreensão de bem comum (DIAS, 2016). Nesse aspecto, se uma meta política é desejável e, portanto, os meios e a conveniência desses meios para alcançar o objetivo se revestem de padrões argumentativos públicos, não parece razoável desconsiderar tais políticas como elementos de fundamentação de decisões judiciais.

Na visão de MacCormick, enunciar uma meta implica reconhecer, ao menos implicitamente, a existência de algum princípio que dê suporte a essa meta política:

[...] para qualquer meta *m*, afirmar que se trata de uma meta que deveria ser garantida corresponde a enunciar um princípio ou um julgamento dependente de algum princípio pressuposto e não enunciado. Por esse motivo, as esferas do princípio e da política não são distintivas e mutuamente opostas, mas irremediavelmente entrelaçadas (MACCORMICK, 2006, p. 343).

Sob essa ótica, fundamentar uma decisão utilizando-se de argumento de política implica argumentar a respeito de uma questão de princípio.

Dias (2016), ao comentar o assunto, destaca que o jurista escocês comprehende os princípios de forma diversa de Dworkin. O uso de princípios, na teoria dworkiniana, exige um método argumentativo, enquanto na teoria de MacCormick, utiliza um método dedutivo.

Enquanto sua compreensão de princípio força Dworkin a investigar necessariamente a respeito de um método para incorporação dos princípios ao ambiente judicial (a alegoria do romance em cadeia sugere um método de validação), MacCormick pode se servir confortavelmente dos métodos clássicos dedutivos consagrados pela prática positivista recente (DIAS, 2016, p. 46).

Em relação às políticas, enquanto MacCormick deduz que a distinção entre elas e os princípios se dá no plano do conteúdo, Dworkin estrutura uma distinção entre princípios e políticas no aspecto formal.

A despeito disso, entende-se que a própria teoria de Dworkin foi sendo refinada com o tempo a ponto de o teórico reconhecer a relevância dos argumentos de política em decisões judiciais. Tal reconhecimento, de certa forma, aproximou os dois padrões a ponto de se poder concluir que determinados argumentos, com forte traço consequencialista, podem ser tidos como princípios que enunciam uma meta política e não propriamente como argumentos exclusivamente de políticas.

Posner, também, como já demonstrado, não faz uma distinção entre políticas e princípios como Dworkin fazia. Na sua visão, existem padrões de decisões que são essenciais e que podem ser usadas como fundamentação de decisões judiciais, quer estejam na regra jurídica ou não. O jurista de Chicago não precisa ter a mesma visão de MacCormick para fazer essa crítica a teoria dworkiniana.

Essa aproximação entre os conceitos de princípios e políticas é bem refletida na concepção de princípios apresentada por Humberto Ávila. Para Ávila (2022a, p. 106):

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Nesse aspecto, os princípios podem ser considerados como normas finalísticas, que estabelecem um fim a ser atingido, uma meta coletiva a ser alcançada. Um fim é uma ideia que exprime uma orientação prática, representa uma função diretiva para a determinação de uma conduta. O fim estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido. Assim, os princípios não são apenas valores cuja realização depende de meras preferências pessoais, mas também deveres de adoção de comportamentos necessários a realização de um estado de coisas. Os princípios se relacionam a valores na medida em que estabelecem fins, no entanto, afastam-se desses valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico, por estabelecer obrigatoriedade de comportamentos para promoção de um estado de coisas, os valores se situam no plano axiológico, apenas atribuindo qualidade positiva a determinado elemento.

Analizado esse arcabouço teórico e concluindo que princípios podem servir para realização de um estado de coisas, como uma meta ou objetivo coletivo, passa-se a refletir sobre a natureza jurídica da eficiência, sob o critério da melhoria do bem-estar social.

Como já apontado, a eficiência não é simplesmente um valor jurídico, mas uma verdadeira norma jurídica. Não se situa apenas no plano axiológico, mas também no plano deontológico. A eficiência não representa apenas um valor desejado pela sociedade, no campo ético e moral, a ser realizado na dependência de preferências pessoais, ela implica a adoção

impositiva de comportamentos para realização de um estado de coisas, como a melhoria do bem-estar social, mesmo que por via indireta e regressiva²⁸.

O reconhecimento da eficiência como norma jurídica é recente na doutrina brasileira, mas diante da expressa previsão constitucional e legal (Art. 37, da CF e Art. 8º. do CPC) e da compatibilidade com o modelo jurídico, político e econômico tem-se que não se trata de um valor a ser observado, mas de verdadeira norma jurídica.

Reconhecendo a eficiência como norma jurídica, impõe-se verificar de que espécie normativa se trata. Notadamente, percebe-se que tal norma estabelece um estado ideal de coisas a ser alcançado pelo intérprete. Esse estado ideal deve ser alcançado mediante a prática dos comportamentos necessários à sua realização.

Nesse cenário, a eficiência não pode ser compreendida como uma regra jurídica. A regra jurídica, como é geralmente reconhecida pelos positivistas jurídicos, exige, para sua aplicação, o reconhecimento de seu pertencimento ao ordenamento jurídico e que ela tenha origem em uma fonte oficial. Na concepção teórica de Dworkin, a regra jurídica tem sua aplicação condicionada à maneira “tudo ou nada”. Ou ela é válida e eficaz e deve ser aplicada ou não é válida nem eficaz e não deve ser aplicada. Como aponta Ávila (2022a, p. 67): “[S]e a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida”. Se os fatos estipulados por uma regra ocorrem, então ou a regra é válida, em cujo caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou deve ser encontrada uma exceção a essa regra.

Nesses termos, as regras jurídicas são aplicáveis sob a ótica da validade e invalidade (se os fatos que estipulam uma norma estão dados, então ou bem a norma é válida, em cujo caso a resposta deve ser aceita, ou bem não é e, então, não acrescenta nada à decisão). No caso da eficiência, enquanto padrão jurídico, entende-se que ela não pode ser considerada como regra jurídica, por sua força normativa não decorrer apenas de sua origem de uma fonte oficial, mas, precisamente, por seu conteúdo normativo.

Não se revela crível a edição de uma regra geral de eficiência, com um comando normativo do tipo “a decisão judicial deve ser eficiente, sob pena de nulidade”, visto que, como demonstrado no decorrer do presente trabalho, há diversas concepções de eficiência e, portanto, não há um critério objetivo para se conceituar eficiência, o que, por certo, tornaria tal regra de textura aberta e eficácia limitada (CASTRO, 2011).

²⁸ Sobre a distinção entre valor e norma jurídica, ver a obra *Teoria dos Princípios* (ÁVILA, 2022a, p. 108)

Nesse cenário, a eficiência não pode ser classificada como regra jurídica ante a impossibilidade de aplicá-la sob a forma de “tudo ou nada”. A natureza axiológica da eficiência revela não ser ela dotada de concretude e objetividade suficientes para ser aplicada como regra. A eficiência, por seu próprio conteúdo, mesmo que positivada em algum ordenamento jurídico, mais se aproxima dos conceitos de políticas e princípios, que podem ser aplicados de acordo com o seu peso e relevância no caso concreto.

Não é todo ordenamento jurídico que possui norma expressa considerando a eficiência, seja como regra ou princípio-norma. Há outros ordenamentos jurídicos, contudo, que preveem a eficiência como norma fundamental dentro do sistema processual. No Direito brasileiro, claramente, está previsto no art. 8º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), a eficiência, enquanto princípio jurídico, como uma das normas fundamentais do processo civil. A eficiência, portanto, está entre as normas que compõem a base para um processo civil justo, pois sua aplicação deve atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana.

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), prevê a eficiência como norma-princípio da administração pública. Contudo, não há uma norma expressa no sistema jurídico brasileiro que prescreva ao juiz, quando decidir sobre os casos judiciais, utilizar-se da eficiência como fundamento jurídico da decisão, sob pena de nulidade. No contexto brasileiro, tanto a Constituição como o Código de Processo Civil sugerem que a eficiência deve ser considerada como princípio informativo.

Importante ressaltar que se se entendesse, a partir de uma visão positivista, a eficiência como regra jurídica, a inexistência de regra expressa no sistema jurídico impediria sua aplicação como fundamento jurídico da decisão. A uma, porque não fora instituída pelo poder legislativo competente. A duas, porque, adotando a visão dworkiana do caráter “tudo ou nada” da norma, a inexistência de uma regra que dê validade e eficácia ao termo eficiência enquanto norma jurídica impede sua aplicação. A três, porque não é uma norma imediatamente descriptiva, primariamente retrospectiva e com pretensão de decidibilidade e abrangência.

A eficiência pode até ser subsumida como valor a orientar outras regras jurídicas como, por exemplo, no caso do art. 139, da Lei No. 11.101/2005, que ao modificar o regime falimentar então vigente, previu a antecipação da realização do ativo do falido logo após a arrecadação dos bens no processo de falência e não após a formação do quadro geral de credores. Tal regra revela-se eficiente “ao buscar preservar o valor econômico da massa falida ao se alienarem seus ativos quando ainda próximos de seu máximo valor empresarial” (CASTRO, 2011, p. 96). Note que, para alcançar seu objetivo, não foi necessário dispor de uma regra do tipo “a alienação de

ativo do devedor deve se dar de modo eficiente". Ou seja, ela não é imediatamente descriptiva e retrospectiva.

A compreensão que mais resiste à crítica é aquela que considera a eficiência como princípio jurídico. A despeito da eficiência ser um valor jurídico e moral de base teleológica, defende-se no presente trabalho a ideia de que sua natureza se aproxima mais de princípio do que de política.

A primeira observação que deve ser feita para sustentar ser a eficiência um princípio jurídico é a de que ela é uma norma imediatamente finalística, primariamente prospectiva e com pretensão de complementariedade. Nessa linha, um princípio pode enunciar um argumento consequencialista. O próprio Dworkin, ao defender sua Teoria do Direito como Integridade, adverte da necessidade de não confundir a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, com a distinção entre teorias consequencialistas e não consequencialistas de direitos. Em seu artigo *Seven Critics*²⁹, Dworkin apresenta um exemplo elucidativo de argumentos de princípio de base consequencialista (teleológica):

Consideremos um problema paradigmático de mau uso de propriedade. A propriedade de A é contígua à de B; B tem uma fábrica em sua propriedade e a poluição resultante não permite que A desfrute de sua propriedade como poderia fazê-lo. [...] Suponhamos que A faça – e é requisitado a defender – uma reivindicação de princípio segundo a qual ele tem o direito a que B não use sua propriedade do modo como usa. A argumentação de A poderia não apelar, de modo algum, às outras consequências que podem decorrer do fato de se permitir a B que polua o ar. Ele poderia dizer, por exemplo, que as pessoas que adquirem uma propriedade na área em questão têm o entendimento, confirmado pela convenção, de que nela poderão respirar um ar completamente puro, e que seu direito provém, exclusivamente, desse entendimento geral. Mas por outro lado, A poderia apresentar um argumento mais consequencialista. Poderia dizer, por exemplo, que a poluição do ar vai prejudicar a sua saúde e a de sua família e que seu direito provém do que a ação de B ameaça um interesse especialmente que ele tem direito de ver protegido pela sociedade. Desse modo, A apela às consequências do ato de B como um argumento de que A tem direito a que o ato não seja praticado. Sem dúvida, este apelo às consequências não converte seu argumento original num argumento de política. Se pensássemos assim, estaríamos incorrendo no erro de pressupor que, como os argumentos de política voltam nossa atenção para as consequências de ter ou não uma regra específica, qualquer argumento que volte nossa atenção para as consequências deve ser um argumento de política (DWORKIN, 2002, p. 453).

Nesse contexto, o fato de um argumento apelar para os fins e as consequências do ato não o transforma, necessariamente, em *policy*. Essa conclusão robustece a compreensão da eficiência como princípio.

²⁹ O artigo, publicado em 1977, que contém a resposta de Dworkin a sete críticos de seu livro *Levando os direitos a sério*, foi transformado em apêndice, com uma versão corrigida e ampliada, na segunda edição do livro, de 1978.

No plano jurídico, especificamente processual, a eficiência normalmente é associada à gestão e gerenciamento do processo, que é realizado pela atividade jurisdicional, mediante despachos, decisões, sentenças e acórdãos. Sobre o princípio da eficiência processual, assevera Campos (2018, p. 62):

Seu estado ideal de coisas consiste na necessidade de um sistema processual no qual os juízes conduzam o procedimento de forma satisfatória, por meio de uma gestão racional e adequada, com adaptação às peculiaridades do caso em questão, evitando-se medidas desnecessárias e com a criação de mecanismos não previstos em lei, sem erros ou deficiências com a realização das finalidades do processo. Enfim, a eficiência processual determina uma qualidade no agir do juiz (CAMPOS, 2018, p. 62).

Além disso, a eficiência – na forma aqui tratada – tem seu conteúdo pautado por uma perspectiva notadamente qualitativa e não quantitativa, e sua percepção é avaliada pela sua capacidade de distribuir direitos e recursos, dentro de um processo, mediante a decisão judicial.

Nas acepções de Pareto e Kaldor-Hicks, a eficiência leva em consideração o resultado dos arranjos distributivos de direitos e recursos. No caso de decisões judiciais que levem em conta a eficiência, perquirir se a decisão trará uma distribuição mais justa com resultado que favoreça a um sem prejudicar ninguém ou favoreça alguns, mas que possa compensar o prejuízo de outros, revela a natureza teleológica³⁰ do instituto, na busca da promoção de um estado de coisas. Da mesma forma, ponderar se a decisão judicial produzirá um resultado que melhore o bem-estar dos indivíduos da sociedade, revela o aspecto consequencialista da eficiência.

Logo, o fato de possuir uma natureza teleológica não exclui da eficiência seu caráter de princípio jurídico (LEITE, 2018). Essa conclusão amolda-se a teoria dos princípios de Ávila e as considerações teóricas de Posner e MacCormick, em crítica a distinção entre princípios e políticas feitas por Dworkin.

O próprio Dworkin, ao comentar sobre princípios e políticas, chama a atenção dos leitores para o seguinte:

³⁰ A teleologia (do grego τέλος, finalidade, e -logía, estudo) é o estudo filosófico dos fins, isto é, do propósito, objetivo ou finalidade. A teoria teleológica está diretamente ligada aos problemas da ação e da finalidade. A finalidade tem sido aceita por alguns filósofos e sábios (Platão, Aristóteles, Sócrates e São Thomaz de Aquino) e rejeitados por outros (Epícuoro, Buffon, Comte). Em sua fórmula mais moderna, explicativa da vida social, demonstra que nem só a razão e nem só a experiência, mas ambas juntas podem esclarecer qual deve ser o rumo da atividade moral e jurídica humana. A teoria teleológica não pode – como é intuitivo – apresentar regras de detalhes à conduta humana. Há ações individuais que são completamente indiferentes à finalidade de seus autores, assim como há uma infinidade de atos em que a atitude do Direito é de completa indiferença. Segundo Carvalho Borges (1934), a teoria teleológica dá apenas uma direção geral à ação humana e não possui pretensão maiores. O princípio da finalidade, sem avançar em detalhes, deixa largo campo para observação das circunstâncias concretas da vida. No campo do Direito, como sustenta Carvalho Borges (1934), ele assume a posição culminante de um elevado ponto de vista criteriológico, que fornece o mais seguro subsídio para análise do direito positivo, corrigindo os excessos da elaboração jurídica artificial e, ao mesmo tempo, um guia infalível para o cientista penetrar na natureza das coisas, sem iludir-se com as aparências deformadoras da realidade social e jurídica.

A distinção pode desmoronar se se interpreta que um princípio enuncia um objetivo social (a saber, o objetivo de uma sociedade na qual ninguém se beneficie de sua própria injustiça), ou se interpreta que uma diretriz enuncia um princípio (isto é, o princípio de que o objetivo que defende a diretriz é valioso) ou se se adota a tese utilitarista de que os princípios de justiça enunciam encobertamente objetivos (como o de garantir a maior felicidade para o maior número de pessoas). Em alguns contextos, a distinção tem uma utilidade que se perde, se se deixa esfumar desta maneira (DWORKIN, 2002, p. 72-73).

Apesar de ser pontual, esse reposicionamento da teoria de Dworkin demonstra que a eficiência pode ser considerada um princípio jurídico que enuncie objetivos coletivos, como o de garantir um maior bem-estar social. Essa é a segunda observação importante, a eficiência pode ser vista como um princípio que enuncia um objetivo coletivo (LEITE, 2018).

A distinção formal entre princípios e políticas encontrada na teoria dworkiniana parece não ser mais razoável, principalmente quando se analisa a aplicação de um padrão jurídico como fundamento de uma decisão judicial que visa à concretização de direitos fundamentais, sejam esses individuais ou coletivos.

Assim sendo, a distinção entre princípios, que tutelam direitos individuais e diretrizes políticas, que visam interesses coletivos, embora relevante na teoria dworkiniana, tende a desaparecer à luz da teoria contemporânea dos direitos fundamentais, a qual afirma que a efetivação de todos esses direitos – não apenas os sociais, mas também os civis e políticos – demandam a formulação e a implementação de políticas públicas pelo Estado. Isso implica uma refutação de que a eficiência não é um princípio por visar a um interesse coletivo.

Essa percepção aproxima-se da compreensão de MacCormick e Posner. Como já observado anteriormente, MacCormick considera, dentro de sua perspectiva positivista e institucionalista, a distinção entre princípios e políticas superficial, defendendo a tese de que muitas políticas, tal como denominaria Dworkin, implicam a observância de princípios.

O fato é que se se compreender a eficiência da decisão judicial como algo desejável não somente para a Economia, mas também para o Direito, tem-se que tal questão pode ser considerada como uma questão de princípio. Se o fato de decidir sobre eficiência, enquanto diretriz de política pública, é também decidir sobre princípios, não há por que fazer uma distinção categorial entre princípios e políticas.

Richard Posner tem essa compreensão. Ao se defender de seus críticos, o jurista de Chicago não descarta o caráter principiológico da eficiência, por possuir um valor ético e moral. Ele propõe que as instituições jurídico-políticas sejam avaliadas em função de um objetivo coletivo, a maximização da riqueza social, que tem suporte ético e moral nos princípios de moralidade política como interesse e consentimento. A concepção de Posner sobre princípio

jurídico, como se observa, é mais ampla. Na sua visão, não é exigível que um padrão jurídico tenha uma categoria moral. Para ele, tanto princípio quanto política são algo comum que podem ser usados como fundamento da decisão judicial (LEITE, 2018).

Nessa seara, a eficiência, mesmo compreendida como um padrão que tem como escopo um objetivo social, possui força normativa de princípio jurídico, podendo servir como fundamento da decisão judicial. O fato de enunciar um argumento consequencialista com fins coletivos não exclui seu caráter principiológico. À luz da teoria contemporânea dos direitos fundamentais, a visão estreita de que somente interesses coletivos poderiam ser abarcados por *policies* não deve mais prosperar em um ordenamento jurídico de índole constitucional alicerçado por princípios.

A eficiência, como já salientado, também não tem natureza jurídica de regra, pois não estabelece diretamente uma conduta ao seu destinatário. Essa conduta é deduzida indireta e regressivamente do estado ideal de coisas estabelecido pelo princípio. Também não se trata de postulado normativo, como previsto na doutrina de Ávila (2022a), por possuir um conteúdo próprio, estabelecendo finalidades.

Sendo princípio, a eficiência atua sobre outras normas jurídicas, delimitando seu sentido e seu valor. Como o princípio estabelece um estado de coisas a ser buscado, ele tem impacto em outros princípios e regras do mesmo sistema jurídico. Essa aptidão para produzir efeitos em diferentes níveis e funções pode ser qualificada de função eficacial (2022, p. 126).

No plano da eficácia interna direta, o princípio da eficiência exerce uma função integrativa, na medida em que, faltando no ordenamento jurídico uma regra necessária à produção de um dos seus fins normativos, tal mecanismo deve ser criado pelo aplicador (ÁVILA, 2022a, p. 127). Nesse aspecto, o juiz poderia julgar liminarmente improcedentes pedidos como cobrança de dívida de jogo e pedido de usucapião de bem público, mesmo que se enquadrem fora das hipóteses previstas no art. 332, do CPC, em razão dos custos do processo e o prolongamento desnecessário da duração processual.

No âmbito da eficácia interna indireta, o princípio da eficiência exerce uma função definitória, delimitando, com maior especificidade, outros princípios mais amplos, como o do devido processo legal e o da democracia. Por sua vez, exerce uma função interpretativa em relação a outros princípios e regras mais restritos, como os princípios da razoável duração do processo e da economia processual. Um exemplo de aplicação do princípio é o negócio jurídico processual que permite a adaptação procedural para tornar o processo mais eficiente, viabilizando a resolução do conflito por autocomposição ou com menor duração do processo.

Como ocorre em todas as espécies normativas do tipo princípio, a sua aplicação não exclui a aplicação dos demais princípios. Diferentemente das regras, que têm pretensão de exclusividade e abarcância, os princípios são aplicados com pretensão de complementariedade, em conjunto com os demais princípios que fazem parte do ordenamento jurídico.

O fundamento jurídico da eficiência, enquanto princípio a ser seguido no exercício da prestação jurisdicional, assenta-se no princípio democrático e no princípio do devido processo legal. Nesse contexto, a legitimidade da decisão judicial em uma democracia depende do compromisso com a eficiência na atividade jurisdicional. O processo, para ser devido, precisa ser eficiente. Dessa forma, a eficiência passa a ser um direito fundamental enunciado como princípio jurídico de natureza constitucional, que decorre da evolução dos princípios acima referidos.

Antes de concluir, importante destacar que, apesar de usar a tese de Humberto Ávila para classificar a eficiência como princípio, enquanto norma jurídica, impõe-se esclarecer que o próprio Ávila, a partir de sua classificação, não considera a eficiência como princípio, mas um postulado normativo, ou seja, “uma metanorma que se traduziria na exigência de promoção satisfatória dos fins atribuídos à administração pública, em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos” (ÁVILA, 2022a). Para ele, a eficiência não estabelece um estado ideal de coisas, mas apenas um instrumento de análise posterior.

Apesar da divergência apontada, entende-se que a eficiência não é somente um valor a ser buscado pelo intérprete sempre que possível, mas uma verdadeira norma jurídica que estabelece comportamento ao aplicador do direito. Além disso, ela é uma norma do tipo princípio jurídico, por estabelecer um estado ideal de coisas a ser alcançado, no caso em questão, uma decisão judicial eficiente que promova o bem-estar social.

3.3 COMO EMPREGAR O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA EM DECISÕES JUDICIAIS DE CASOS DIFÍCEIS

Considerando a classificação da eficiência como princípio jurídico que tem a melhoria do bem-estar social como o estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização, será proposta algumas etapas a serem seguidas pelo julgador para aplicação do princípio da eficiência em casos difíceis.

Quando antes se abordou a regulação da atividade econômica das empresas transnacionais de tecnologia de informação, constatou-se que o mercado, em geral, e o comércio eletrônico, em particular, não funciona de maneira perfeita, ou seja, apresenta falhas, as quais prejudicam o desenvolvimento da economia.

Uma dessas falhas é justamente a existência de assimetria de informações entre os agentes econômicos, caracterizada, entre outras situações, quando uma das partes possui mais informações do que a outra no momento da negociação. É o que se verifica, por exemplo, no âmbito do mercado de serviços digitais, em que uma empresa transnacional provedora de acesso possui mais informações sobre dados sensíveis do que os próprios indivíduos usuários das plataformas digitais. Quando as informações são assimétricas, o mercado falha e deixa de promover o bem-estar social.

Isso significa que o mercado, por si só, não consegue atingir o máximo de eficiência, razão pela qual necessita da intervenção estatal no domínio econômico. Uma das soluções encontradas para corrigir as falhas de mercado, como visto, consiste no aperfeiçoamento do marco regulatório, que contribui, ainda, para o aumento do grau de segurança e previsibilidade e, por conseguinte, para a redução dos custos de transação, facilitando a realização de contratos eletrônicos que respeitem direitos fundamentais e promovam maior bem-estar social. Por seu turno, quando a regulação falha ou é insuficiente, surge a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, no exercício do controle judicial da atividade regulatória.

Quando se trata de regulação, é imperioso destacar que a eficiência do controle judicial passa pela percepção do próprio Poder Judiciário do seu papel dentro de um ambiente do Estado Democrático de Direito. A despeito do uso do controle judicial ter se acentuado ultimamente, é importante que o sistema judicial seja capaz de delimitar bem sua atuação com intuito de tornar mais eficiente as decisões judiciais no controle de políticas públicas. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de controle judicial de políticas públicas quando está em questão a concretização de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, sendo este um importante parâmetro, mas não o único.

Como já mencionado, a eficiência passa pela ideia de minimização de custos sociais e de maximização do bem-estar social. A atuação frequente do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas traz um custo político – a intervenção pressupõe certa violação ao princípio da separação de poderes – e custo econômico – o uso do aparelho judicial importa em gastos públicos pagos pela sociedade mediante o pagamento de impostos, porém propicia um benefício – a proteção e a concretização de direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, a eficiência da decisão judicial em casos de políticas públicas envolvendo a concretização de direitos deve passar pela compreensão dos custos deles. Num cenário de recursos escassos, a decisão judicial de casos complexos será fundamentada no princípio da eficiência, se determinar a alocação de recursos para aqueles que realmente

necessitem, pois trata-se de repartição de bens coletivos socialmente produzidos, segundo a lógica da justiça distributiva.

Os julgadores, para isso, devem estipular regras procedimentais para resolver esses litígios com o máximo de eficiência. Essa análise de custo e benefício – método economicista de determinar que curso de ação tomar – é, para Posner, uma forma disciplinada de medir as consequências dos cursos alternativos e de escolher aquela que parece produzir maior excedente de boas consequências que possam ser redistribuídas (POSNER, 2008, p. 252).

Neste cenário, propõe-se que o julgador, por ocasião da decisão judicial de casos complexos, envolvendo a concretização de direitos fundamentais, reflita sobre as regras e princípios jurídicos a serem empregados. Essa análise dá-se mediante a obediência de critérios que podem fundamentar a decisão judicial.

O processo de decisão judicial precisa envolver uma análise empírica das consequências das diferentes soluções possíveis. Nesse aspecto, os juízes devem considerar os incentivos e as repercussões econômicas de suas decisões, buscando maximizar o bem-estar social, por meio de resultados eficientes. Posner (2007b) enfatiza a importância da análise econômica do direito na tomada de decisões judiciais, com essa finalidade. Ele argumenta que os princípios econômicos, como os incentivos, os custos e os benefícios, devem ser levados em consideração para alcançar uma aplicação eficiente do direito.

Por exemplo, ao lidar com casos complexos de direito empresarial, envolvendo questões relacionadas ao comércio eletrônico, os juízes podem agir como positivistas (na linha da doutrina de Herbert Hart) que consideram, na ausência ou insuficiência de regras jurídicas existentes, possível o emprego da discricionariedade judicial, ou como interpretativistas (na linha da doutrina de Ronald Dworkin) que consideram, na ausência ou textura aberta de regras jurídicas existentes, a busca de princípios jurídicos como fator de garantia da coerência e integridade do sistema jurídico. Entretanto, podem analisar, na linha dos pragmatistas (como Richard Posner e Kaplow e Shavell), além de regras e princípios jurídicos que enfatizem a justiça, o contexto social e as consequências econômicas da decisão e buscar soluções que promovam, entre outros valores, a eficiência que enfatize o bem-estar social (NALINI e LEITE, 2023, p. 20).

Evidentemente, como tratado aqui, tem-se a eficiência como princípio jurídico por estabelecer um estado ideal de coisas a ser alcançado. No caso em questão, uma decisão judicial eficiente que promova o bem-estar social. Nesta seara, aplicando a análise econômica do direito, sugere-se três etapas para o emprego do princípio da eficiência em casos complexos ou difíceis.

- a) Verificar se o caso pode ser classificado como caso difícil

A expressão “casos difíceis” (hard cases) foi adotada por Dworkin, na obra *Hard Cases*, publicada pela *Harvard Law Review*, em 1975. Neste trabalho, ele pretendia refutar a tese hartiana sobre a discricionariedade judicial na trama ou textura aberta do direito. Contudo, a expressão “casos difíceis” é obviamente problemática, pois não parece haver uma tipologia única para identificar quais casos seriam difíceis e quais não seriam.

No livro *Levando os Direitos a Sério*, Dworkin (2002), ao tratar dos casos difíceis, enfatiza que o próprio Positivismo Jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Segundo esta teoria, quando uma ação judicial específica não puder ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem o poder discricionário de decidir o caso de uma forma ou de outra.

Além disso, caso difícil é um caso que envolve questão complexa de direito constitucional ou infraconstitucional, com repercussão política, jurídica, econômica e social, que ultrapassa os interesses subjetivos das partes do processo original.

Esses casos são naturalmente levados aos tribunais superiores, em razão de sua complexidade e de seus efeitos. Uma questão que se coloca neste momento é se o STF, como corte constitucional, e o STJ, como tribunal da cidadania, têm se utilizado desse modelo de fundamentação pragmática em suas decisões. Sem pretender esgotar o assunto, dada as limitações desse trabalho, pretende-se demonstrar que ao longo dos últimos anos o STF e o STJ têm utilizado argumentos consequencialistas e a análise econômica do direito em seus julgados, notadamente, naqueles casos afetados pelo rito da repercussão geral³¹, os quais, por suas características, podem ser considerados como casos complexos ou difíceis. No próximo capítulo, vamos investigar se essa hipótese de emprego do pragmatismo e da AED se confirma em casos envolvendo provedores de internet no mercado digital.

Assim, comprehende-se como caso difícil toda ação judicial que não puder aplicar uma regra jurídica específica, tiver repercussão política, jurídica, econômica e social, além de ultrapassar os interesses subjetivos das partes.

b) Identificar quais regras e princípios jurídicos se aplicam sobre o caso

Após a constatação que o caso não é de simples aplicação de uma regra jurídica sobre o fato jurídico sob exame, impõe-se a utilização, além de regras, também de princípios jurídicos.

³¹ O rito da repercussão geral é regido pelos artigos 1.035 e 1.036 do Código de Processo Civil, e envolve temas relevantes “do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassam os interesses subjetivos do processo. No presente trabalho acadêmico, dada as necessárias limitações metodológicas, buscou-se observar apenas as decisões do STF e STJ proferidas a partir de 2019, em casos referentes a recursos afetados pelo rito da repercussão geral em matéria de direito empresarial.

Os juízes decidem os casos difíceis por meio da confirmação ou negação dos direitos concretos, mas esses direitos devem ser institucionais e jurídicos. Nos casos difíceis, a argumentação jurídica versa sobre os conceitos contestados, os quais incluem muitos dos conceitos substantivos através dos quais o direito se manifesta.

Também se incluem aí dois conceitos de muito maior relevância. O primeiro é a ideia de propósito de uma determinada lei ou de uma cláusula estabelecida por lei. O segundo é o conceito de princípios que está subjacente ou inscrito às regras positivas do direito. Este conceito faz uma ponte entre a justificação política de que casos semelhantes devem ser decididos de maneira semelhante e aqueles casos difíceis nos quais não fica claro o que essa doutrina geral requer.

A tarefa do juiz é encontrar princípios aplicáveis que façam parte do Direito vigente e que expliquem e justifiquem a história jurídica da comunidade. Nesse sentido, o juiz extrairá algumas conclusões sobre suas próprias responsabilidades quando da decisão de casos difíceis. A maior delas determina que ele deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões.

O juiz deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito e, na medida que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas.

Esse critério envolve a análise do direito fundamental que se pretende ver concretizado. Trata-se da análise do pedido formulado pelo autor da demanda judicial sob o pátio de algum ou alguns princípios jurídicos, como o do princípio da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, da propriedade ou do acesso à justiça. Tal percepção é fundamental para que se compreenda que a tutela judicial é necessária para concretização de condições materiais indispensáveis à existência humana com dignidade, núcleo vindicável de prestações, cuja entrega pelo Estado não pode ser obstaculizada, sob a escusa da reserva do possível³² (CASTRO et al., 2012, p. 35).

c) Após eventual aplicação de regras e princípios de justiça, fazer uma análise normativa, aplicando o princípio da eficiência, sob o critério do bem-estar social

³² Não é consensual o conceito da **reserva do possível** na doutrina. Isso se dá pelas mais variadas interpretações dadas à temática. No que importa ao presente artigo, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade–, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

O terceiro critério envolve a aplicação da eficiência como fundamentação jurídica da decisão judicial. Trata-se de uma etapa do processo decisório que cumpre uma função de controle ou de alarme quanto à justeza da decisão. Esse passo é focado na análise normativa das consequências gerais jurídicas ou econômico-sociais que podem produzir a decisão no futuro, ponderando-se os benefícios a serem experimentados pelo autor da demanda em face do custo dos direitos a serem suportados com a implementação da política pública, diretamente, pelo poder público e, indiretamente, pela sociedade, por ser esta que paga a conta da condenação do Estado. Após essa ponderação e constatado a melhor consequência da decisão, a tutela judicial deve ser concedida.

Essa análise normativa emprega o método da análise econômica do direito, que propõe a leitura das regras jurídicas, avaliando-as pelos seus efeitos de estímulo e pelas mudanças de comportamento das pessoas em resposta aos mesmos. Em um primeiro momento, a AED auxilia o jurista a determinar os principais efeitos da mudança da regra e, ao mesmo tempo, os efeitos da regra que se pretende modificar. Nesta etapa, não o julgador deve se abster de fazer julgamento moral. Em um segundo momento a AED busca esclarecer um fundamento das regras. No modelo aqui apresentado, a análise consequencialista busca avaliar as regras por seus efeitos desejáveis, a eficiência pelo critério de melhoria do bem-estar social. Por fim, há o momento de determinar qual seria a regra eficiente e compará-la à regra existente.

Ao comentar sobre o consequencialismo na decisão judicial, Lorenzetti (2010, p. 321) pontua: “o julgador que não mede os efeitos da decisão quanto ao caso concreto, ou também as consequências posteriores ou o impacto do julgado em outros pronunciamentos, consuma uma interpretação desqualificável por imprevidente”.

Para Luciana Yeung (2022, p. 199), “a falta de consideração dos efeitos econômicos mostra uma ‘miopia’ do Judiciário, que acaba por afetar todos os atores sociais”. No consequencialismo jurídico, “os efeitos, os resultados, ou as consequências das normas e decisões jurídicas também devem ser acrescentadas nesse processo investigativo, logo, olhando também para frente, para o futuro, para os resultados prováveis da decisão” (MELO, 2023, p. 170).

Para Schuartz (2008, p. 130-131), o consequencialismo jurídico é um programa teórico que se propõe a condicionar, “ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas”. Para ele, será consequencialista tanto a decisão que não encontre nenhuma outra solução alternativa que se “associem consequências preferíveis àquelas associadas” a decisão dada (consequencialismo forte), como a decisão que valora as

consequências “enquanto elementos constitutivos da fundamentação de decisões judicantes, que devem no entanto ser inseridas e contempladas no âmbito dos processos decisórios com peso no máximo igual aos argumentos não consequencialistas” (consequencialismo fraco). Essa é a concepção de consequencialismo que se propõe no presente trabalho, ou seja, a que considera o argumento consequencialista como elemento constitutivo da fundamentação da decisão, sem pretensão de peso superior aos demais argumentos.

Um bom exemplo da aplicação desses critérios é relativo às demandas judiciais na área da saúde pública. Suponha que alguém ajuíze uma ação requerendo, com urgência, o fornecimento de um medicamento de valor elevado, mas imprescindível para seu tratamento, e que não está disponível no estoque do SUS. O julgador, ao apreciar o pedido, adotando os critérios propostos, irá verificar qual regra jurídica se aplica ao caso concreto. Em seguida, observará quais princípios jurídicos podem se aplicar ao caso, como princípio da isonomia e do princípio da dignidade.

Neste caso, o juiz pode verificar se o medicamento pleiteado, em caso semelhante, seria oferecido a qualquer cidadão. Trata-se da percepção de que o direito social que se pretende ver tutelado não tem caráter individual, mas coletivo. Ressalte-se que a isonomia levará em conta o grau de necessidade de cada pessoa, já que distribuir o mesmo serviço para todos, num país como o Brasil em que existem profundas diferenças sociais entre indivíduos e classes, nem sempre acarreta uma distribuição justa.

Se constatado que o medicamento, mesmo caro e não disponível no estoque do SUS, é de eficácia comprovada para o tratamento correspondente a doença apontada pelo autor da demanda, revela-se razoável reconhecer o direito do autor à tutela judicial. O último critério, de eficiência, tende a analisar as consequências jurídicas e econômico-sociais da decisão. Nele, o juiz apenas sopesará os custos do direito pleiteado, servindo apenas para evitar abusos que podem comprometer de forma abrupta o orçamento público – prejudicando, assim, outras políticas públicas na área da saúde – e que nem sempre se mostram adequados para concretização do direito pleiteado. No caso estudado, se a medicação pleiteada, mesmo de valor elevado, for necessária para o tratamento do demandante, o custo do direito pode ser suportado pelo público, ante o benefício alcançado com a garantia de uma vida condigna para o paciente.

Importante destacar que a proteção de um direito fundamental, por meio de demandas individuais, não deve significar o abandono da compreensão macro do problema. O juiz, mesmo concedendo a tutela judicial para oferecer o medicamento, pode, em busca da eficiência da decisão judicial, instar o poder público a demonstrar se existe uma política pública (objeto primário dos direitos sociais) em curso e se ela é adequada e eficiente. Caso não seja adequada,

qual é a razão disso? O juiz pode verificar se os recursos previstos são adequados à obtenção dos resultados pretendidos e se está havendo uma correta aplicação deles. Em caso de falhas ou desvios, o juiz pode determinar ao Poder Executivo que, mediante política pública, promova coletivamente a mesma prestação.

Desse modo, a fixação de critérios para fundamentação da decisão judicial pode contribuir para a eficiência da decisão judicial envolvendo o controle de políticas públicas, inclusive as relacionadas à regulação da atividade econômica das empresas transnacionais de tecnologia da informação.

4. CASOS DIFÍCEIS ENVOLVENDO EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO MERCADO DIGITAL JULGADOS PELO STF E STJ

O presente capítulo tem por objetivo apresentar alguns casos julgados pelos tribunais superiores do Brasil (STF e STJ), eventualmente comparando ou tendo como referência casos da Suprema Corte dos EUA, do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Superior da Índia.

Antes de entrar propriamente no estudo dos julgados selecionados para análise, mostra-se importante esclarecer como se desenvolve a pesquisa de estudo de caso. Ressalte-se que o estudo do caso é um dos métodos mais utilizados em pesquisas, a despeito de terem quanto a ele algumas críticas, principalmente pela impossibilidade de lhe conferir um rigor científico. Yin (2001, p. 35) destaca que “o estudo de caso, como outras estratégias de pesquisa, representa uma maneira de se investigar um tópico empírico, seguindo-se um conjunto de procedimentos pré-especificados”.

A escolha dos julgados para estudo do caso deveu-se à complexidade da matéria constitucional ou infraconstitucional enfrentada pelos tribunais, envolvendo uma série de temas relevantes do mercado digital que exigem controle judicial de políticas públicas de regulação para a efetividade de direitos fundamentais.

Para o estudo dos casos, pretende-se conhecer e discutir a decisão de cada acórdão quanto à sua formação, com objetivo de centrar o estudo na construção e na eventual confrontação de teses argumentativas apresentadas pelos julgadores (SIMÕES, 2003).

Neste diapasão, será investigado se o princípio da eficiência e o consequencialismo, um dos traços do pragmatismo jurídico, serviram como fundamento das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em processos envolvendo empresas de grande porte do setor de tecnologia, conhecidas como *big techs*, e plataformas de *e-commerce*. Caso confirmado essa hipótese, verificar como foram proferidas essas decisões e confrontar com o modelo que se pretende apresentar no capítulo seguinte.

A relevância do princípio da eficiência, especialmente em casos de alta complexidade e impacto econômico e social, tem crescido na esfera judicial, em que decisões afetam diretamente o funcionamento de empresas transnacionais e a proteção de direitos fundamentais, como a privacidade e a liberdade de expressão.

O avanço tecnológico trouxe desafios para o judiciário, que se vê diante da necessidade de regular práticas comerciais de empresas que operam globalmente e influenciam diversos aspectos da sociedade brasileira. Casos judiciais de *big techs*, que envolvem provedores de

internet, plataformas de redes sociais e marketplaces digitais, estão cada vez mais presentes nos tribunais superiores do Brasil. Assim sendo, este capítulo objetiva apresentar os casos difíceis julgados no STF e STJ, investigando se o princípio da eficiência foi empregado e se foi analisado o impacto econômico e social das decisões.

Para isso, pretende-se investigar se, ao longo dos últimos anos, a Suprema Corte e o Tribunal da Cidadania têm utilizado o princípio da eficiência em seus julgados, notadamente, naqueles casos de direito empresarial envolvendo empresas de tecnologia (*big techs*) que atuam como provedor de internet ou comércio eletrônico, afetados ou não pelo rito da repercussão geral.

Apesar de o princípio da eficiência ter sido positivado apenas com a Emenda Constitucional No. 19/1998, em 4 de junho de 1998, praticamente dez anos depois da vigência da atual Constituição Federal, esta já possuía regras determinando que os Poderes da República deveriam agir com eficiência, no desempenho de suas funções (CF, art. 74, II).

Sendo uma pesquisa jurídica, de cunho empírico, convém explicitar o corte epistemológico da pesquisa e justificá-lo. Restringiu-se a investigação à jurisprudência do STF e STJ, no Brasil, considerando que seus julgados, de repercussão geral, possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e Executivo. Nesse contexto, o recorte proposto mostra-se adequado em razão da competência dos dois tribunais de cúpula como pela relevância e impacto de suas decisões.

Uma vez delimitados os órgãos a serem pesquisados (STF e STJ), utilizamos o mecanismo de busca disponibilizado pelos tribunais (www.stf.jus.br e www.stj.jus.br) para mapear as ocorrências envolvendo os termos “*big techs*” ou “provedor de internet” ou “e-commerce”, diretamente relacionados ao objeto de pesquisa, as empresas transnacionais de tecnologia de informação, provedores de conteúdo nas redes sociais e comércio eletrônico. Com o resultado dessa pesquisa, analisamos os julgados de grande relevância, especificamente as ações constitucionais e os recursos extraordinários e especiais com repercussão geral, buscando eventual referência ao termo “princípio da eficiência” ou a expressão “consequência”.

Adotou-se como recorte temporal as decisões proferidas pelas Cortes de 6 de julho de 1950 (limite inferior de busca no site do próprio STF e STJ) a 01 de novembro de 2024, termo final da pesquisa.

Na primeira etapa, foi realizada uma pesquisa booleana usando os termos “*big techs*” ou “provedor de internet” ou “e-commerce”. O uso de operadores booleanos como “e”, “ou” ou “não” são importantes por auxiliarem a pesquisa em base de dados, refinando os resultados.

Nessa etapa, a pesquisa retornou 18 ocorrências de acórdãos, no portal do STF, e 100 ocorrências de acórdãos, no portal do STJ, conforme demonstra os anexos 1 e 2.

A totalidade dos julgados foi, então, tabulada com as seguintes informações: classe processual, número do processo com Estado de origem, tipo de julgamento (mérito ou admissibilidade), menção a argumento consequencialista, menção ao princípio da eficiência, uso como *ratio decidendi*, resumo da ementa e *big tech* interessada. A depuração dos dados para classificação das amostras se deu por meio da leitura rápida da ementa e do inteiro teor do cada caso julgado e busca eletrônica da expressão “consequência” ou “eficiência” ou “princípio da eficiência” no relatório e nos votos. Nos casos em que a digitalização era antiga e não era possível fazer a busca eletrônica, foi realizada a leitura integral do acórdão.

Após a revisão do universo de 118 (cento e dezoito) casos, foram identificados 2 (dois) casos com a efetiva utilização do termo consequência ou princípio da eficiência na fundamentação do julgado, ainda que de forma não relevante (*ratio decidendi*). Essa etapa consistiu em uma leitura superficial dos acórdãos para uma compreensão mais abrangente e detalhada de como o STF e o STJ teriam fundamentado as decisões. A despeito disso, pôde-se observar que as decisões tiveram impacto econômico e social.

Nos casos analisados de direito empresarial envolvendo mercado digital, observa-se que, apesar da grande quantidade de votos com algum tipo de abordagem pragmatista, raramente, os ministros do STF e do STJ desenvolvem argumentos consequencialistas como *ratio decidendi* e com rigor metodológico característico da AED. É o que se mostrará a partir das próximas seções.

4.1 APRESENTAÇÃO DOS CASOS CONSTITUCIONAIS JULGADOS PELO STF

4.1.1 Visão Geral dos Casos

Nos julgamentos do STF, nota-se uma preocupação central com os impactos sociais e econômicos das decisões envolvendo empresas de grande porte. Este segmento se aprofunda na análise dos 18 casos encontrados, destacando o papel das *big techs* e a aplicação de princípios constitucionais.

Dos casos analisados, cinco chamaram atenção, sendo que apenas um houve o emprego do princípio da eficiência (ADI 6482/DF). São eles:

- a) RE 1010606/RJ

O caso envolveu uma grande empresa de comunicação brasileira, a TV Globo e as *Big Techs* Google e Yahoo intervieram como *Amicus Curiae*. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 1.

Trata-se de um Recurso Extraordinário com repercussão geral, conhecido como “Caso Aída Curi”, que tem por tema o Direito ao esquecimento (BRASIL, STF, RE 1010606/RJ, 2021). A solução encontrada pela Suprema Corte foi pela incompatibilidade do direito ao esquecimento com a ordem constitucional. Com isso, o Recurso Extraordinário não foi provido.

Em resumo, o Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a apelação em ação indenizatória que objetivava a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso não autorizado da imagem da falecida irmã dos autores da ação, Aída Curi, no programa Linha Direta: Justiça, da TV Globo.

Segundo o relator, ao fazer, durante seu voto, uma ampla abordagem histórica sobre o tema, os precedentes mais longínquos apontados no debate sobre o chamado direito ao esquecimento passaram ao largo do direito autônomo ao esquecimento de fatos, dados ou notícias pela passagem do tempo, tendo os julgadores se valido essencialmente de institutos jurídicos hoje bastante consolidados. A utilização de expressões que remetem a alguma modalidade de direito a reclusão ou recolhimento, como *droit à l'oubli* ou *right to be let alone*, foi aplicada de forma discreta e muito pontual, com significativa menção, ademais, nas razões de decidir, a direitos da personalidade/privacidade.

Já na contemporaneidade, campo mais fértil ao trato do tema pelo advento da sociedade digital, o nominado direito ao esquecimento adquiriu roupagem diversa, sobretudo após o julgamento do chamado Caso González pelo Tribunal de Justiça Europeia, associando-se o problema do esquecimento ao tratamento e à conservação de informações pessoais na internet.

Em que pese a existência de vertentes diversas que atribuem significados distintos à expressão direito ao esquecimento, é possível identificar elementos essenciais nas diversas invocações, a partir dos quais se torna possível nominar o direito ao esquecimento como a pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtuais, de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante.

Na linha do voto do Min. Dias Tofolli, relator do caso, o STF entendeu que o ordenamento jurídico brasileiro possui expressas e pontuais previsões em que se admite, sob condições específicas, o decurso do tempo como razão para supressão de dados ou informações, em circunstâncias que não configuram, todavia, a pretensão ao direito ao esquecimento. Elas se relacionam com o efeito temporal, mas não consagram um direito a que os sujeitos não sejam confrontados quanto às informações do passado, de modo que eventuais notícias sobre esses

sujeitos – publicadas ao tempo em que os dados e as informações estiveram acessíveis – não são alcançadas pelo efeito de ocultamento.

Elas permanecem passíveis de circulação se os dados nelas contidos tiverem sido, a seu tempo, licitamente obtidos e tratados. Isso porque a passagem do tempo, por si só, não tem o condão de transmutar uma publicação ou um dado nela contido de lícito para ilícito.

A previsão ou aplicação do direito ao esquecimento afronta a liberdade de expressão. Um comando jurídico que eleja a passagem do tempo como restrição à divulgação de informação verdadeira, licitamente obtida e com adequado tratamento dos dados nela inseridos, precisa estar previsto em lei, de modo pontual, clarividente e sem anulação da liberdade de expressão. Ele não pode, ademais, ser fruto apenas de ponderação judicial.

Segundo consta nos autos, o caso concreto se refere ao programa televisivo Linha Direta: Justiça, que, revisitando alguns crimes que abalaram o Brasil, apresentou, dentre alguns casos verídicos que envolviam vítimas de violência contra a mulher, objetos de farta documentação social e jornalística, o caso de Aida Curi, cujos irmãos são autores da ação que deu origem ao recurso. O STF concluiu que não cabe a aplicação do direito ao esquecimento a esse caso, tendo em vista que a exibição do referido programa não incorreu em afronta ao nome, à imagem, à vida privada da vítima ou de seus familiares.

O Recurso Extraordinário não foi provido, tendo o STF fixado a seguinte tese para o Tema 786:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível. (RE 1010606, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 11-02-2021)

Notem que a tese fixada tem aplicação para todos os meios de comunicação social, inclusive os motores de busca na internet e as mídias sociais em ambiente digital.

Pois bem. No caso Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González", julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em 2014, conhecido como o caso "Direito ao Esquecimento", e citado pelo relator do STF no julgamento, a decisão do TJUE determinou que os motores de busca como o Google, da *big tech* Alphabet, devem considerar pedidos de remoção de links de resultados de

busca quando estes violarem a privacidade dos indivíduos, mesmo se as informações não forem ilegais. A decisão foi protetiva e garantidora do direito ao esquecimento.

Este caso é significativo para compreender como as decisões judiciais em litígios empresariais podem moldar a aplicação de normas de proteção de dados e privacidade em toda a Europa, impactando diretamente o funcionamento de empresas transnacionais de tecnologia.

No caso “Nelson Cury e outros v. Globo Comunicações S/A”, julgado pelo STF (RE 1010606) em 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o direito ao esquecimento é incompatível com a ordem constitucional brasileira. Como visto, esse caso emblemático tratou da reexibição de um crime brutal, ocorrido em 1958, no programa Linha Direta, da TV Globo, trazendo à tona o dilema entre o direito à informação e o direito à privacidade e ao esquecimento.

Quanto ao contexto e à complexidade do caso, envolveu o uso da imagem de Aída Curi, assassinada em um crime que chocou o país, sem autorização de seus familiares, que alegaram dano emocional ao terem uma tragédia familiar relembrada publicamente. Os recorrentes pediram indenização, sustentando seu direito de não ter a dor revivida, argumentando que a cobertura midiática ampliava o sofrimento. Eles invocaram o direito ao esquecimento como um meio de proteger a dignidade e a privacidade da família.

O STF, ao analisar o caso, ressaltou que a decisão sobre o direito ao esquecimento envolvia ponderação entre liberdade de expressão e privacidade, considerando especialmente o direito de a sociedade ter acesso a fatos históricos e de relevância pública. Nesse sentido, o corte concluiu que, embora respeite a dor e a privacidade das vítimas, a liberdade de informação prevalece, sendo essencial para a memória coletiva e para a prevenção de crimes semelhantes, como o de feminicídio.

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem amplas implicações econômicas e sociais:

Do ponto de vista econômico, a decisão tende a favorecer empresas de mídia e tecnologia, pois permite que continuem a exibir conteúdo histórico sem riscos elevados de responsabilidade por danos morais. A restrição ao direito ao esquecimento reduz os custos com possíveis ações judiciais, incentivando a produção de conteúdos informativos sobre casos públicos.

Socialmente, o julgamento reafirma o valor da memória coletiva e da transparência, evitando a censura de conteúdos de interesse público. No entanto, ao rejeitar o direito ao esquecimento, o STF também enfatizou que as vítimas de crimes ou seus familiares não têm

garantias contra a revivência de eventos traumáticos, o que levanta debates sobre a proteção à dignidade.

A tese apresentada pelo STF foi clara: a divulgação de fatos históricos e de interesse público não pode ser obstada pelo tempo. A decisão consolida o entendimento de que eventuais abusos na divulgação devem ser tratados caso a caso, e não por meio de uma ordenação generalizada de exibição de fatos passados, respeitando sempre a liberdade de imprensa e os direitos constitucionais à informação e à transparência.

b) RE 1037396/SP

O caso envolveu a *Big Tech* Meta, por sua plataforma digital Facebook e não houve citação expressa ao termo princípio da eficiência, mas houve menção a consequência, conforme Anexo 1.

Trata-se de um Recurso Extraordinário com Repercussão Geral em que o STF admitiu que o caso é constitucional de repercussão geral. Cuida-se de recurso extraordinário interposto por Facebook do Brasil Ltda. contra acórdão prolatado pela Segunda Turma Recursal Cível de Piracicaba/SP (BRASIL, STF, RE 1037396/SP, 2023). O recurso foi aviado com amparo em pretensa violação dos arts. 5º, incisos IV, IX e XIV, e 220, caput e §§ 1º e 2º, da Lei Fundamental.

Suscitando o reconhecimento de repercussão geral ocorrido no RE nº 1057258/MG, de relatoria do Ministro Luiz Fux, o recorrente alegou que a lide possui transcendência e relevância, uma vez que trata de assunto similar ao do Tema nº 533 qual seja, responsabilidade civil do prestador de aplicações de internet e reserva de jurisdição, com a diferença de que, naquele *leading case*, os fatos se deram antes da vigência do Marco Civil da Internet, enquanto nesse caso lida com fatos subsumidos na Lei No. 12.965/14. Essa distinção, segundo o recorrente, justificaria que o presente caso não fosse simplesmente sobrestado para aguardar o julgamento do Tema 533, mas recebido e julgado em conjunto pelo STF. A questão complexa coloca em colisão a proteção aos direitos da personalidade, de um lado, e liberdade de expressão e de manifestação, do outro.

Ao apreciar a repercussão geral, o relator, Min. Dias Toffoli, considerou que o recurso tinha “inequívoca repercussão geral”, já reconhecida por ocasião da submissão do RE 1057258/MG ao Plenário Virtual. Para ele, a transcendência e a relevância são inequívocas, uma vez que a matéria em questão, dadas a importância e o alcance das redes sociais e dos provedores de aplicações de internet atualmente, constitui interesse de toda a sociedade brasileira.

Não fosse o suficiente, o debate atinente aos deveres e à responsabilidade legal dos provedores de aplicações de internet por atos ilícitos praticados por terceiros à luz da Lei nº 12.965/2014 poderá embasar a propositura de milhares e milhares de ações em todo o país. A par do impacto sobre o Judiciário, há de se considerar também o impacto financeiro sobre as empresas provedoras de aplicações de internet, o que pode, em última instância, reverberar na atividade econômica como um todo.

Em 1 de março de 2018, o Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Edson Fachin. Além disso, o Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral, vencido o Ministro Edson Fachin. O STF realizou audiências públicas, em 28 de março de 2023, para debater o tema, envolvendo especialistas, representantes de plataformas digitais e organizações da sociedade civil.

Em 27 de novembro de 2024, iniciou-se o julgamento conjunto do mérito dos recursos. O caso RE 1.037.396/SP é paradigma do Tema nº 987 e guarda conexão com o Tema nº 533, cujo paradigma é o RE nº 1.057.258/MG, de relatoria do Min. Luiz Fux. Ambos os recursos foram julgados em conjunto.

O julgamento ainda não foi concluído. Após os votos de três ministros, o Min. André Mendonça pediu vistas regimental, não havendo data para retomada do julgamento.

O Min. Dias Toffoli, relator do RE 1.037.396/SP, em seu extenso voto, negou provimento ao recurso e sugeriu, entre outras, as seguintes teses:

1. É inconstitucional o art. 19, caput e § 1º, do Marco Civil da Internet, sendo inconstitucionais, por arrastamento, os demais parágrafos do art. 19;
2. Como regra geral, o provedor de aplicações de internet será responsabilizado civilmente, nos termos do art. 21 do MCI, pelos danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros, inclusive na hipótese de danos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, quando, notificado pelo ofendido ou seu representante legal, preferencialmente pelos canais de atendimento, deixar de promover, em prazo razoável, as providências cabíveis, ressalvadas as disposições da legislação eleitoral e os atos normativos expedidos pelo TSE;

Segundo o relator, em todos os casos, a apuração da responsabilidade deverá levar em conta a(s) atividade(s) efetivamente desempenhada(s) pelo provedor de aplicações (art. 3º, inciso VI, do MCI) e o grau de interferência dessa(s) atividade(s), inclusive por atuação algorítmica e/ou automatizada, no fluxo informacional.

Entretanto, destacou hipóteses mais graves em que a responsabilidade civil passaria a ser objetiva, independentemente de notificação prévia. Ele sugeriu, então, a seguinte tese:

3. O provedor de aplicações de internet responde civilmente de forma objetiva e independentemente de notificação, pelos danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros, nas seguintes hipóteses: 3.1. quando recomendem, impulsionem (de forma remunerada ou não) ou moderem tais conteúdos, havendo responsabilidade solidária com o respectivo anunciante ou patrocinador, quando se tratar de anúncios publicitários ou de material patrocinado; 3.2. quando se tratar de conta inautêntica (também denominada de ‘perfil falso’), ou de conta desidentificada e/ou automatizada; 3.3. quando se tratar de direitos do autor e conexos, solidariamente com o terceiro responsável pela efetiva publicação/postagem do conteúdo, na forma dos arts. 102 a 104 da Lei nº 9.610, de 1998; 3.4. quando configurarem práticas delitivas de (a) crimes contra o Estado Democrático de Direito; (b) atos de terrorismo ou preparatórios de terrorismo; (c) crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou à automutilação; (d) crime de racismo; (e) qualquer espécie de violência contra a criança, o adolescente e as pessoas vulneráveis; (f) qualquer espécie de violência contra a mulher; (g) infração sanitária, por deixar de executar, dificultar ou opor-se à execução de medidas sanitárias em situação de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional; (i) incitação ou ameaça da prática de atos de violência física ou sexual; (j) divulgação de fatos notoriamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que levem à incitação à violência física, à ameaça contra a vida ou a atos de violência contra grupos ou membros de grupos socialmente vulneráveis; (k) divulgação de fatos notoriamente inverídicos ou descontextualizados com potencial para causar danos ao equilíbrio do pleito ou à integridade do processo eleitoral.

Para ele, os provedores devem ser assim responsabilizados quando recomendem, impulsionem (de forma remunerada ou não) ou moderem conteúdos gerados por terceiro, havendo responsabilidade solidária com o respectivo anunciante ou patrocinador, quando se tratar de anúncios publicitários ou de material patrocinado; quando se tratar de conta inautêntica (também denominada de “perfil falso”), ou de conta desidentificada e/ou automatizada; quando se tratar de direitos do autor e conexos, solidariamente com o terceiro responsável pela efetiva publicação/postagem do conteúdo; quando configurarem práticas previstas em rol taxativo relativo a crimes considerados graves, como os terrorismo, racismo e atentado ao estado democrático de direito.

O relator tratou também da responsabilidade civil das plataformas de *marketplaces*, propondo como tese:

5. Os provedores que funcionarem como marketplaces respondem objetiva e solidariamente com o respectivo anunciante nas hipóteses de anúncios de produtos de venda proibida ou sem certificação ou homologação pelos órgãos competentes no país (quando

exigida), sem prejuízo da responsabilidade por vício ou defeito do produto ou serviço, conforme o Código de Defesa do Consumidor, e da aplicação do regime do art. 21 do MCI, na forma do item 2 desta tese, nas hipóteses residuais.

Por fim, votou pela imposição de deveres anexos e instrumentais para o funcionamento responsável dos provedores de internet no Brasil.

Por sua vez, o Min. Luiz Fux, relator do RE nº 1.057.258/MG, em seu voto, negou provimento ao recurso e deu interpretação conforme ao art. 19, *caput*, do MCI, sugerindo como teses:

1. A disposição do art. 19 do MCI não exclui a possibilidade de responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdos gerados por terceiros nos casos em que, tendo ciência inequívoca do cometimento de atos ilícitos, seja por quanto evidente, seja porque devidamente informada por meio idôneo, não procederem a remoção imediata do conteúdo.

2. Considera-se evidentemente ilícito o conteúdo gerado por terceiro que veicule discurso de ódio, crime de racismo, pedofilia, incitação à violência, apologia à abolição violenta do Estado Democrático de Direito e apologia ao Golpe de Estado. Nestas hipóteses específicas, há para as empresas provedoras um dever de monitoramento ativo, com vista a preservação eficiente do Estado Democrático de Direito.

3. Nos casos de postagens ofensivas à honra, à imagem e à privacidade de particulares caracterizadoras de crimes previstos na lei penal (injúria, calúnia e difamação), a ciência inequívoca da ilicitude por parte das empresas provedoras, necessária à responsabilização civil, dependerá de sua prévia e fundada notificação pelos interessados, que poderá ser realizada por qualquer meio idôneo, cabendo às plataformas o dever de disponibilizar meios eletrônicos eficientes, funcionais e sigilosos para recebimento de denúncias e reclamações de seus usuários que se sintam lesados.

4. É presumido, de modo absoluto, o efetivo conhecimento da ilicitude do conteúdo produzido por terceiros, por parte da empresa provedora de aplicações de internet, nos casos de postagens onerosamente impulsionadas.

Importante destacar que o Min. Luiz Fux, fez importante referência a Análise Econômica do Direito quando tratou da insuficiência constitucional do regime vigente, citando inclusive Shavell, no ponto em que afirma que “o fato das empresas de tecnologia terem eventualmente estímulos econômicos para evitar expor próprias lesões a direitos praticados por seus usuários” não exclui a possibilidade que outras e talvez a maioria tenha exatamente “os estímulos opostos no sentido de fomento de divulgação de conteúdos lesivos como forma justamente de atrair audiência e aumentar sua visibilidade”.

Em seguida, ambos os ministros acompanharam o voto do relator respectivo do recurso julgado em conjunto.

O terceiro a votar, após pedido de vistas, foi o Min. Luís Barroso, presidente do STF.

Em seu voto, o Min. Barroso, concordou, em grande parte, com as premissas apresentadas pelos relatores, mas divergiu em alguns pontos. Ele apresentou as seguintes divergências. 1) Considerou o art. 19 do MCI parcialmente inconstitucional e não totalmente inconstitucional, como sugerido pelo Min. Toffoli. 2) Entendeu que conteúdos de casos de crimes contra honra devem permanecer com reserva de jurisdição. 3) Não criou o regime de responsabilidade objetiva para os casos envolvendo os provedores de internet. Ele acha que deve ser subjetiva. 4) Em lugar de monitoramento ativo, independente de notificação, sugeriu imposição de dever de cuidado, como responsabilização por falhas sistêmicas. 5) Não aplicou qualquer obrigação adicional ao Marketplace.

Entre outras, ele apresentou as seguintes teses:

I – Inconstitucionalidade parcial do art. 19 do MCI, que exige ordem judicial específica. Há um estado de omissão parcial que decorre do fato de que a norma não confere proteção eficiente a bens jurídicos constitucionais de alta relevância, como a proteção de direitos fundamentais e da democracia. Diante disso, deve-se conferir interpretação conforme à Constituição a expressão “ressalvadas as disposições legais em contrário”, contida no art. 19 do MCI, para ampliar o escopo das exceções previstas no art. 21, do MCI de modo a compatibilizar o regime jurídico de responsabilidade civil das plataformas as exigências constitucionais.

II – Devem-se diferenciar duas formas de responsabilidade civil das plataformas digitais. Responsabilidade relativa à falha no dever de cuidado e Responsabilidade relativa a conteúdo de terceiros. No caso de responsabilidade relativa a conteúdo de terceiros, deve-se considerar a notificação privada como regra geral, para casos de crimes em geral, com exceção de crimes contra honra, que devem manter a reserva de jurisdição. Nestes casos, permanece o regime de decisão judicial de retirada. Se houver impulsionamento pago, presume-se o conhecimento do conteúdo desde a aprovação da publicidade. O regime de responsabilidade de intermediários por conteúdo de terceiros é sempre de responsabilidade subjetiva. Nos casos de dúvida razoável sobre o conteúdo, os provedores não poderão ser responsabilizados sem que haja ordem judicial prévia. Os provedores têm o dever de cuidado para evitar riscos sistêmicos, devendo atuar proativamente para inibir pornografia, incitação ao suicídio, racismo e outros crimes graves. A responsabilização nesses casos depende da constatação de falha sistêmica.

III – Os provedores de internet têm como deveres anexos a criação de canais de comunicação para notificação do usuário. A notificação deve conter a identificação do notificante e outros dados importantes. Deve haver um devido processo em caso de retirada de conteúdo ou perfil falso. Deve haver relatórios sobre o processo de moderação de conteúdo. Os provedores têm o dever de cuidado para evitar riscos sistêmicos, devendo atuar proativamente para inibir pornografia, incitação ao suicídio, racismo etc. A responsabilização nesses casos depende da constatação de falha sistêmica.

Essa tramitação mostra que o debate sobre a responsabilidade das plataformas ainda está em evolução, e uma importante decisão da Suprema Corte deverá ser dada, influenciando a aplicação do Marco Civil da Internet.

Paralelamente a tramitação desses dois importantes processos judiciais no STF, há projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que visam alterar o Marco Civil da Internet, especialmente no que tange à responsabilidade das plataformas digitais. Um dos projetos mais significativos é o PL 2630/2020, que propõe regulamentações mais rigorosas para as plataformas, incluindo a obrigatoriedade de remoção de conteúdo e maior transparência sobre os algoritmos utilizados. Esse projeto busca endereçar questões relacionadas à disseminação de desinformação e à proteção dos direitos dos usuários, refletindo a preocupação crescente com o impacto das redes sociais e outras plataformas digitais na sociedade.

O debate legislativo continua, e a eventual aprovação de novas leis pode alterar substancialmente o quadro jurídico vigente, impondo novas obrigações às empresas transnacionais que operam no Brasil. Portanto, é essencial acompanhar o andamento desses projetos para entender plenamente as obrigações legais que essas empresas poderão enfrentar no futuro.

Retomando ao caso em julgamento, embora não haja referência direta ao princípio da eficiência no acórdão que admitiu a repercussão geral ao recurso e nos votos apresentados pelos julgadores no mérito do recurso, até então, como visto, há uma análise consequencialista acerca do impacto econômico e social da decisão, mas não tem sido utilizada como *ratio decidendi* dos recursos.

c) ARE AgR-ED 922580/MT

O caso envolveu a *Big Tech* Google e não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 1.

Trata-se de um Embargos de Declaração em um Agravo Regimental de um Agravo em um Recurso Extraordinário que tratou da obrigatoriedade ou não de provedor de Internet

fornecer dados de seus usuários para potencial vítima de danos à imagem (BRASIL, STF, ARE AgR-ED 922580/MT, 2016).

Este caso é significativo por tratar da interação entre o princípio da legalidade e o direito à informação e à proteção de dados, abordando as responsabilidades dos provedores no contexto de compartilhamento de conteúdo digital.

O caso envolve Recurso Extraordinário em face de acórdão de Turma Recursal que manteve a sentença a qual havia julgado procedente, em parte, o pedido para condenar a Google a fornecer dados pessoais (nome, endereço, registro geral e número de inscrição no CPF) do usuário que houvera inserido, no sítio eletrônico Youtube, vídeo com imagens da autora da ação judicial e de seu marido.

Segundo o relator, Min. Edson Fachin, trata-se de discussão que se resolve no âmbito infraconstitucional (art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002 e art. 14, §3º, II, do Código de Defesa do Consumidor), de modo que a ofensa constitucional, se existente, seria meramente reflexa, ou seja, decorrente da própria análise da legislação ordinária eventualmente aplicável ao caso.

No recurso extraordinário, houve estribo argumentativo no princípio constitucional da legalidade, porém a fundamentação é genérica e a caracterização, ou não, da obrigação de fazer discutida nos autos diz respeito ao campo infraconstitucional, inclusive no que concerne à legislação aplicável (por exemplo: Código de Defesa do Consumidor) e a possibilidade fática, ou não, do fornecimento de informações ou dados suscitados, o que exigiria o revolvimento de matéria de índole probatória, inviável na instância extraordinária.

Por unanimidade, os Embargos Declaratórios foram acolhidos para conhecer do agravo regimental, mas negar-lhe provimento.

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

Em termos econômicos, a decisão do STF, ao entender que a eventual violação ao princípio da legalidade era reflexa, compreendeu que as normas legais e infraconstitucionais previstas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor eram suficientes para resolução do caso. Com isso, impôs responsabilidades consideráveis para os provedores de conteúdo digital, que, com o acórdão, devem estar preparados para fornecer dados de usuários quando ordenado judicialmente. Esse direcionamento aumenta os custos operacionais e pode demandar investimentos em sistemas de coleta e proteção de dados. Além disso, reforça a ideia de que as plataformas não estão isentas de responsabilidade em casos de violação de direitos

por usuários, o que pode impactar negativamente o ambiente de negócios e a estrutura de compliance dessas empresas.

Quanto ao impacto social, a decisão representa um avanço para a proteção dos direitos de indivíduos que possam ser alvo de conteúdos ofensivos ou invasivos na internet. Ao responsabilizar a plataforma pela disponibilização de dados, o STF fortalece o direito à privacidade e o poder de defesa dos indivíduos contra o uso abusivo de suas informações ou imagens. Esse julgamento sinaliza que, em situações de abuso ou violação de direitos, as plataformas digitais têm um papel ativo na cooperação com a Justiça, promovendo uma internet mais segura e com maiores garantias para os usuários.

A decisão do STF no ARE AgR-ED 922580 evidencia, portanto, um importante precedente ao enfatizar que plataformas digitais possuem obrigações legais previstas no CDC e no MCI em relação ao fornecimento de informações sobre usuários mediante ordem judicial, em defesa dos direitos de terceiros.

d) RE AgR 596805/DF

O caso não envolveu diretamente nenhuma Big Tech e não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 1.

Trata-se de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário, julgado em 27 de outubro de 2009, em que se discutiu acerca da constitucionalidade da incidência do ICMS sobre os serviços de conexão de internet. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal entendeu que não incide o ICMS sobre serviço prestado por provedor de acesso à internet, com respaldo em jurisprudência consolidada pelo STJ (BRASIL, STF, RE AgR 596805/DF, 2009).

O recorrente alegou violação ao disposto nos arts. 2º., 150, I, e 155, II, da Constituição Federal.

O STF entendeu que a questão relativa à incidência do ICMS sobre os serviços prestados pelos provedores de internet foi dirimida com fundamento na legislação infraconstitucional que disciplina a espécie: Lei n. 9.472/97, Lei Complementar n. 87/96 e Norma n. 004/95, do Ministério das Comunicações. Segundo o Min. Eros Grau, relator do caso, não houve ofensa direta à norma constitucional tornava-se incabível o recurso extraordinário.

O julgamento exigiu a aplicação de um entendimento sobre como classificar esses serviços para fins tributários, e as implicações de considerar ou não o ICMS, imposto estadual, sobre serviços que têm características próprias e distintas dos serviços tradicionais de telecomunicações.

O tribunal, por unanimidade, negou provimento ao Agravo Regimental.

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

Quanto ao impacto econômico, a decisão reflete diretamente sobre o setor de tecnologia e provedores de internet, garantindo previsibilidade sobre a tributação aplicável a esses serviços. Com a decisão, o STF evitou que houvesse uma expansão do ICMS sobre os provedores, o que poderia aumentar os custos operacionais dessas empresas e, consequentemente, os preços para o consumidor final. A clareza proporcionada pela decisão favorece o ambiente de negócios e evita o aumento de carga tributária para o setor, incentivando investimentos em infraestrutura digital e melhorias no acesso à internet.

Do ponto de vista social, a decisão contribui para a acessibilidade dos serviços de internet, um elemento crucial em uma era de inclusão digital. Ao não autorizar uma incidência adicional de ICMS, a decisão do STF ajuda a manter o custo dos serviços de internet mais acessível, o que pode promover a inclusão digital, especialmente em áreas com menor oferta de infraestrutura e serviços de comunicação. No entanto, a limitação do ICMS sobre esse serviço implica que os estados não podem ampliar suas fontes de arrecadação a partir desse setor, o que gera discussões sobre a equidade na arrecadação entre serviços tradicionais e digitais.

Esse julgamento consolida o entendimento de que a tributação de serviços de internet deve ser interpretada de acordo com a legislação específica do setor, respeitando os limites da Constituição e evitando sobrecargas tributárias que possam inibir o crescimento e o desenvolvimento digital no Brasil.

e) ADI 6482/DF:

O caso não envolveu diretamente nenhuma *Big Tech*, mas a ANATEL e a Associação Brasileira de Provedores de Internet e Telecomunicações (ABRINT) participaram como *amicus curiae*. Além disso, houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 1.

Este caso é um exemplo raro de uso direto da eficiência e do consequencialismo, onde a ANATEL, ao atuar como *amicus curiae*, destacou a importância econômica e regulatória da decisão, o qual foi observado pelo Relator e por outros julgadores durante o julgamento do caso.

Trata-se de ação direta de constitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Procurador-Geral da República, em face do art. 12, “caput”, da Lei 13.116, de 20 de abril de 2015, que estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações (BRASIL, STF, ADI 6482/DF, 2021)

O recorrente alegou que a norma questionada viola o disposto nos arts. 2º c/c 60, §4º (divisão funcional de Poder e forma federativa de Estado); 5º, caput e XXII (direito de propriedade); 22, XXVII, c/c 24, § 2º (competência suplementar dos Estados para editar normas específicas de licitação e contratação); 37, caput (princípio da moralidade administrativa), todos da Constituição Federal. Em suas razões, sustenta que o artigo apontado vulnerou a autonomia dos entes federados ao barrar a exigência de contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação federal, estadual, municipal ou distrital.

Alega que a norma, ao impedir a remuneração pelo custo de oportunidade da passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo; ao fazer renúncia à receita de terceiros a título de subsidiar competência federal; e ao tornar o direito de passagem matéria impassível de disposição contratual violou, respectivamente, o direito constitucional de propriedade, previsto no art. 5º, caput, da CF/88, o princípio de autonomia dos entes federativos, previsto no art. 2º, c/c art. 60, § 4º, CF/88, bem como a competência legislativa suplementar dos Estados para dispor sobre normas específicas em licitações e contratos administrativos, prevista no art. 22, XXVII, c/c art. 24, § 2º da Constituição Federal.

O caso, portanto, envolve uma ação direta de constitucionalidade que questiona a gratuidade do direito de passagem para a instalação de infraestrutura de telecomunicações, considerando a importância da infraestrutura para a expansão do 5G no Brasil.

Em seu extenso voto, o relator, Min. Gilmar Mendes, destacou que, embora as estratégias de universalização de telefonia fixa tenham gerado resultados expressivos, as políticas de telecomunicações, em âmbito mundial, enfrentam o desafio de responder às transformações econômicas e sociais desencadeadas pelo crescimento da modularidade das infraestruturas do setor de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) e pela ubiquidade das redes de internet de alta velocidade.

Segundo o relator, nos últimos anos, diversos estudiosos têm advertido sobre a importância de se investigarem as regras jurídicas que definem os investimentos e contratos na infraestrutura de rede que dá suporte à internet, já que, no limite, são esses fatores que potencializam as chances de a população ter acesso à rede, o que, é claro, possui consequências drásticas para a realização do direito de acesso à informação.

A expansão do acesso à internet de alta velocidade tem empurrado as políticas de telecomunicações da década de 1990 para um verdadeiro “ponto de inflexão” (*inflection point*).

Segundo o Min. Gilmar Mendes, enquanto as legislações-base do setor ainda presumem a alocação de regimes jurídicos entre mercados rigidamente separados (como os de telefonia fixa e telefonia móvel), as fronteiras das múltiplas formas de comunicação têm sido cada vez mais nubladas pela convergência tecnológica e pelo surgimento de novos modelos de negócios baseados na internet.

É exatamente diante desse contexto que os formuladores de políticas públicas e agentes reguladores nacionais têm buscado adaptar o contexto normativo nacional, desenhado na década de 1990, para uma realidade em que a fronteira crítica do setor consiste na implementação de metas e compromissos de abrangência para a cobertura da rede de internet banda larga fixa e móvel.

Em um trecho de seu voto, o relator faz menção a dados apresentados pela Agência Reguladora ANATEL, ouvida como *Amicus Curiae*. Segundo ele, a ANATEL, em sua manifestação, destacou que o Brasil enfrentava e enfrenta consideráveis dificuldades para atingir um nível ótimo de cobertura de rede que possa dar suporte à implantação da tecnologia 5G em patamares de qualidade adequada. Como bem observa, entre as principais dificuldades, estão “*os embaraços burocráticos impostos para a instalação de infraestrutura de redes pulverizados de forma distinta entre os entes federados e a alta carga tributária que recai sobre o setor*” (BRASIL, STF, ADI 6482/DF, 2021).

Assim, na visão do relator, fica bastante claro que a discussão travada nesta ADI possui reflexos imediatos sobre a viabilidade da expansão das redes de acesso à internet de alta velocidade, fator esse determinante para o desenvolvimento econômico nacional nos próximos anos.

Com isso, entendendo que a restrição ao direito real de propriedade imposta pelo art. 12, caput, da Lei 13.116/2015 afigura-se adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, a Suprema Corte entendeu por declarar constitucional a norma. Sob o ponto de vista da adequação, as dificuldades históricas de harmonização da disciplina normativa sobre a implantação da infraestrutura de telecomunicações, aliada à extensão da competência privativa da União para legislar sobre a matéria, convergem para o juízo de que a edição de uma lei federal sobre o tema é a medida mais adequada para a finalidade da norma.

Sob o ponto de vista da necessidade, não haveria meio menos gravoso para assegurar a finalidade da norma, uma vez que, mesmo que se cogitasse de deixar ao poder dos Estados e dos Municípios a fixação de um valor pelo uso da faixa de domínio, essa opção poderia gerar distorções na política regulatória nacional dos serviços de telecomunicações. Por fim, sob o ponto de vista da proporcionalidade em sentido estrito, verificou-se que tanto a lei federal

quanto o seu regulamento previram salvaguardas de modo a evitar o total aniquilamento do direito real em jogo, tais como a ressalva de que a gratuidade não afeta obrigações indenizatórias decorrentes de eventual dano efetivo ou de restrição de uso significativa e a previsão de que a gratuidade será autorizada pelos órgãos reguladores sob cuja competência estiver a área a ser ocupada ou atravessada,

No julgado, a presença de argumentos baseados na eficiência é esporádica, mas quando ocorre, visa garantir que a decisão judicial atente para a complexidade econômica do mercado digital e tecnológico. O STF, ao aplicar o consequencialismo, como no ADI 6482/DF, considera o impacto potencial das decisões nas políticas públicas e na economia. Esses fundamentos se alinham com a visão dos estudiosos Richard Posner e William Landes, os quais argumentam que o sistema jurídico deve funcionar como um “estoque de capital” eficiente, de maneira a otimizar o sistema de justiça e responder às necessidades sociais emergentes.

O Min. Nunes Marques, em seu voto, destacou que, analisando-se pela perspectiva da eficiência, a gratuidade referida é uma solução ótima. Ao criar um ambiente de negócios amigável para o concessionário, desobstruindo o caminho para novos investimentos, tanto em termos de custos financeiros como burocráticos, a gratuidade da utilização de bens de uso comum do povo traduz-se em um *nudging* para o investidor, que se sente estimulado pelo contexto cooperativo, o que acaba produzindo um ciclo virtuoso de mais investimento, melhora na qualidade dos serviços, reposicionamento da demanda, novos investimentos etc.

A Min. Carmem Lúcia, ao considerar que o dispositivo questionado não violava o princípio da eficiência, ainda ressaltou que a escolha do modelo pelo legislador federal é exatamente para buscar maior eficiência que, como já havia sido ressaltado pelo relator, a inclusão digital e a necessidade de se dar cumprimento pleno, por exemplo, aos objetivos da República fixados no art. 3º da Constituição, são da República e não de cada governo, e existem no sentido de diminuir desigualdades e diferenças sociais e regionais.

Por sua vez, o Min. Luiz Fux, então Presidente do STF, destacou que o caso específico também admite que haja uma influência da Análise Econômica do Direito e, segundo ele, a Ministra Carmen Lúcia usou a palavra-chave da economia que é a eficiência. Para o julgador, essa é uma lei nacional que visa estabelecer a uniformidade desse regime de exploração das faixas de domínio público por concessionárias que vão prestar serviço à comunidade. Essas concessionárias não têm como objetivo econômico o que vão cobrar pela passagem da fiação necessária para instalação dessas redes.

Em sua visão:

Mutatis mutandis, haveria, sim, como se fosse uma imunidade recíproca entre as entidades da federação, o que ocorre com essas concessionárias. Elas não vão viver do lucro dessas passagens de cabos, mas do lucro daqueles que utilizam os seus serviços. E essa externalidade econômica veio expressa através de uma informação do melhor *amicus curiae* que poderíamos ter aqui, a ANATEL, quando assenta, em sua avaliação - e, hoje, a análise econômica do Direito visa exatamente apreender o custo-benefício na aplicação de uma decisão judicial -, que o aumento de custos operacionais - e isso é quase lógico - no caso de uma eventual cobrança de contraprestação pelo denominado direito de passagem desestimula a implantação de serviços de telecomunicações e afastaria investimentos no momento em que nós estamos na iminência da instalação do sistema 5G (BRASIL, STF, ADI 6482, p. 138/139).

No julgamento da ADI 6482, o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou a constitucionalidade do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015, que garante a gratuidade do direito de passagem para a instalação de infraestrutura de telecomunicações em vias públicas, faixas de domínio e outros bens públicos. A decisão confirmou que a União possui competência exclusiva para legislar sobre telecomunicações, tornando inaplicável qualquer exigência de contraprestação pelos Estados e Municípios. Com isso, por maioria de votos, a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada improcedente. A decisão do STF foi prolatada em 18 de fevereiro de 2021.

Como se vê, quanto às consequências, a maioria dos votos e a ementa do acórdão fazem referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado. Com isso, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

Em termos econômicos, a decisão do STF representa um incentivo econômico importante para as empresas de telecomunicações, incluindo Big Techs e provedores de internet, que poderão expandir sua infraestrutura sem custos adicionais com taxas de passagem, reduzindo despesas e facilitando a implementação de redes de alta velocidade, como o 5G. Essa medida estimula investimentos no setor e pode contribuir para uma rápida expansão da conectividade, o que é estratégico para a competitividade econômica do país.

Em termos sociais, a decisão busca promover o acesso equitativo à internet, especialmente em áreas menos favorecidas, onde os custos adicionais poderiam limitar os investimentos em infraestrutura. Ao garantir a expansão das redes de telecomunicações, a decisão do STF apoia a inclusão digital, essencial para o desenvolvimento educacional, profissional e social, especialmente no contexto de uma sociedade cada vez mais conectada.

Em síntese, o STF reforçou que a universalização do acesso às telecomunicações é um serviço essencial e, como tal, deve ser priorizado sobre interesses locais. Essa interpretação

assegura uma infraestrutura robusta e integrada, respondendo às necessidades da economia digital e ao interesse público de ampliar a inclusão digital em todo o país.

4.1.2 Casos criminais de interesse dos Provedores de Internet

Neste segmento, detalhamos casos em que a eficiência é acessória, mas o impacto das decisões reflete a aplicação prática desse princípio.

a) RE AgR 1492655/RJ:

O caso envolveu indiretamente a Apple, por ter recebido um ofício do Ministério Público requisitando o congelamento de dados telemáticos. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 1.

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário, sob o fundamento de que o Tribunal a quo, ao dirimir a questão posta no apelo extremo, ateve-se ao exame da legislação infraconstitucional, Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Portanto, a violação à Constituição, se ocorresse, seria indireta ou reflexa, o que não enseja recurso extraordinário (BRASIL, STF, RE AgR 1492655/RJ, 2024).

No caso, o Ministério Público interpôs Recurso Extraordinário com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea 'a', da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que concedeu ordem de *habeas corpus* contra decisão que indeferiu pedido liminar de declaração de nulidade das provas obtidas por meio da quebra de dados telemáticos em suposta violação à Constituição da República e às disposições da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).

Segundo se colhe do julgado, o GAECOMP/RJ, antes de obter a devida autorização judicial, teria enviado ofícios à empresa Apple, requisitando que fosse providenciada “a integral e imediata preservação de todo o conteúdo dos seguintes dados: (...) (a) registros de conexão (data, horário, padrão de fuso horário, IP e porta lógica; (b) histórico de IMEIs utilizados; (c) mídias arquivadas (Fotos, Vídeos e outras dispensado o fornecimento de arquivos de música); (d) histórico de pesquisa; (e) histórico de navegação; (f) histórico de localização; (g) favoritos; (h) e-mails; (i) agenda/calendário; (j) agenda de contatos; (k) aplicativos instalados; (l) backups contidos nos serviços de 'driver', incluindo e-mail e mensageiro instantâneo (ex. Whatsapp (...)', relacionados à conta de e-mail da pessoa investigada.

A Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) dispõe que “a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet” nela tratados, “bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à

preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas". No entanto, ressalva que o provedor responsável pela guarda está obrigado a disponibilizar os registros (de conexão e de acesso a aplicações da internet), mediante ordem judicial (artigo 10, §§ 1º e 2º).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar o caso, considerou que em tais circunstâncias, considerando a ausência de autorização judicial prévia, considerando que a requisição, além de registros exclusivos, tais como informações de data e hora de acesso, duração e IP de origem, também solicitou a preservação de dados como fotos, vídeos, histórico de pesquisa, etc. protegidos pela privacidade e pela reserva de jurisdição, era forçoso reconhecer que os limites legais foram extrapolados haja vista que estas informações não fazem parte do conceito de 'registros de acesso a aplicações de internet' ou 'registros de conexão'.

O STF, ao julgar o Recurso Extraordinário, concluiu que o Tribunal *a quo*, ao dirimir a questão posta no apelo extremo, ateve-se ao exame da legislação infraconstitucional, Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Portanto, a violação à Constituição, se ocorresse, seria indireta ou reflexa, o que não enseja recurso extraordinário.

O caso, como observado, envolveu indiretamente a Apple e a questão do congelamento de dados telemáticos antes de decisão judicial. Destaca-se a ausência de fundamentação direta no consequencialismo e no princípio da eficiência, mas com impacto relevante para o mercado de tecnologia e a proteção de dados.

b) RCL AgR 65044/MT:

O caso não envolveu diretamente nenhum *Big Tech* e não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 1.

Trata-se de processo em segredo de justiça. Da ementa, extrai-se que se refere a Agravo Regimental em Reclamação Constitucional. O processo judicial decorre da "Operação Catrapo" e o agravante alega descumprimento da Súmula Vinculante 14 do STF, pois não lhe foi autorizado pelo juiz criminal acesso às respostas de ofícios originais de operadoras de telefonia e provedores de internet contendo data, hora e minuto das implementações. Alega criação de procedimento ilegal entre o juiz de direito e a autoridade policial, com violação ao Art. 12 da Resolução 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, STF, RCL AgR 65044/MT, 2024).

O relator, Min. Gilmar Mendes, entendeu pela presunção de legitimidade dos atos praticados pelas autoridades públicas, não havendo demonstração de indícios de

irregularidades. Em suma, falta de argumentos apresentados pelo agravante capazes de infirmar o ato atacado.

O STF, em sua 2^a. Turma, por unanimidade, acompanhou o relator e negou provimento ao Agravo Regimental. O julgamento ocorreu em 06 de maio de 2024.

O caso, a despeito de ser matéria criminal e não envolver nenhuma empresa de tecnologia como parte, é relevante pois se mostra representativo de um julgamento em que operadoras de telefonia e provedores de internet lidam com o cumprimento de ordens judiciais para o acesso a dados de interceptação, destacando o cuidado judicial com a privacidade e o sigilo, o que influencia diretamente a operação das empresas *Big Techs* do setor de telefonia e internet.

Há outros julgados do STF, em matéria criminal, que tratam da responsabilização dos provedores de internet, os quais não constaram no Anexo 1, por não atenderem o critério de pesquisa e estarem em segredo de justiça. Uma grande parte decorrente dos inquéritos INQ. 4.781/DF, que trata da disseminação de desinformação “*fake news*” e INQ. 4.874/DF, que investiga a existência de “milícias digitais”.

Da análise de algumas decisões publicadas, pode-se extrair o entendimento atual de alguns ministros da Suprema Corte sobre a questão. A título de exemplo, em decisão proferida no Inq. 4781/DF (BRASIL, STF, INQ 4781/DF, 2021), o relator, Min. Alexandre de Moraes, consignou:

Não é crível, portanto e especialmente, após as eleições de 2022 e a tentativa golpista de 8/1/2023, que os provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada não tenham total consciência de sua INTRUMENTALIZAÇÃO por diversas milícias digitais para divulgar, propagar e ampliar inúmeras práticas ilícitas nas redes sociais; inclusive no gravíssimo atentado ao Estado Democrático de Direito e na tentativa de destruição do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Congresso Nacional e Palácio do Planalto.

Com absoluto respeito à liberdade de expressão, as condutas dos provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada e seus dirigentes precisa ser devidamente investigada, pois são remuneradas por impulsos e monetização, bem como há o direcionamento dos assuntos pelos algoritmos, podendo configurar responsabilidade civil e administrativa das empresas e penal de seus representantes legais.

A Constituição protege a liberdade de expressão no seu duplo aspecto: o positivo, que é exatamente “o cidadão pode se manifestar como bem entender”, e o negativo, que proíbe a ilegítima intervenção do Estado, por meio de censura prévia. (...)

A Constituição Federal consagra o binômio “liberdade e responsabilidade”; não permitindo de maneira irresponsável a efetivação de abuso no exercício de um direito constitucionalmente consagrado; não permitindo a utilização da “liberdade de expressão” como escudo protetivo para a prática de discursos de ódio, antidemocráticos, ameaças, agressões, infrações penais e toda a sorte de atividade ilícitas.

Os provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada não devem ter nem mais, nem menos responsabilidade do que os demais meios de mídia, comunicação e publicidade, principalmente, quando direcionam ou monetizam os dados, informações e notícias veiculadas em suas plataformas, auferindo receitas; pois AS REDES SOCIAIS NÃO SÃO TERRA SEM LEI! AS REDES SOCIAIS NÃO SÃO TERRA DE NINGUÉM!

Os provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada devem absoluto respeito à Constituição Federal, à Lei e à Jurisdição Brasileira.

A dignidade da pessoa humana, a proteção à vida de crianças e adolescentes e a manutenção dos Estado Democrático de Direito estão acima dos interesses financeiros dos provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada!

É urgente, razoável e necessária a definição – LEGISLATIVA e/ou JUDICIAL –, dos termos e limites da responsabilidade solidária civil e administrativa das empresas; bem como de eventual responsabilidade penal dos responsáveis por sua administração.

Em decisão proferida na PET 10792/DF, a Primeira Turma do STF assentou que:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. UTILIZAÇÃO DE PERFIS NAS REDES SOCIAIS PARA A PROPAGAÇÃO DE DISCURSOS COM CONTEÚDO DE ÓDIO, SUBVERSÃO DA ORDEM E INCENTIVO À QUEBRA DA NORMALIDADE INSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA. ABUSO DO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO NO BLOQUEIO DE PERFIS PARA FAZER CESSAR A ATIVIDADE CRIMINOSA. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM DO AGRAVANTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. 1. É flagrante a ilegitimidade ativa ad causam do ora agravante, não havendo para ele interesse subjetivo a ser tutelado. Incabível ao recorrente opor-se ao cumprimento do bloqueio dos canais/perfis/contas determinado nestes autos. 2. A liberdade de expressão é consagrada constitucionalmente e balizada pelo binômio LIBERDADE E RESPONSABILIDADE, ou seja, o exercício desse direito não pode ser utilizado como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas. Não se confunde liberdade de expressão com impunidade para agressão. 3. Dessa maneira, uma vez desvirtuado criminosamente o exercício da liberdade de expressão, a Constituição Federal e a legislação autorizam medidas repressivas civis e penais, tanto de natureza cautelar quanto definitivas. 4. Agravo Regimental não conhecido. (BRASIL. STF. Pet: 10792/DF, 2024)

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o bloqueio de perfis em redes sociais que propagam discursos de ódio e incentivam a quebra da ordem democrática traz consequências significativas para as partes envolvidas, os provedores de internet e a sociedade como um todo.

A pessoa investigada, que teve suas contas bloqueadas, pode sofrer consequências financeiras diretas, especialmente se utilizava as contas como redes sociais para fins comerciais ou como ferramenta para expandir sua influência digital. O bloqueio impede qualquer receita gerada por monetização de conteúdo ou parcerias comerciais. Do outro lado, a decisão traz um benefício indireto para outras pessoas interessadas, como concorrentes que operam dentro da

legalidade e que podem ser prejudicados pela disseminação de informações falsas ou discursos polarizadores que afetam mercados ou consumidores.

Os provedores de redes sociais enfrentam custos operacionais crescentes, pois a decisão reforça a necessidade de uma vigilância ativa sobre o conteúdo publicado. Essas empresas, como a X, que com a decisão teve os serviços suspensos temporariamente em território nacional, atingindo milhões de consumidores, precisam investir em: a) sistemas de monitoramento de inteligência artificial para detecção de atividades ilegais; b) equipe jurídica e moderadores de conteúdo para garantir a conformidade com a legislação nacional, evitando ações judiciais e, consequentemente, multas caso não cumpram ordens de bloqueio rapidamente. Além disso, a imposição de bloqueios pode gerar um efeito em cascata em termos de regulamentação, exigindo que outras plataformas também adaptem suas políticas para evitar futuras sanções.

A sociedade, por sua vez, como um todo, pode experimentar efeitos mistos: De um lado, benefícios sociais e econômicos indiretos, visto que a contenção de discursos de ódio e informações falsas pode criar um ambiente digital mais saudável, estimulando a confiança no mercado e incentivando maior engajamento online por parte de consumidores e investidores. Do outro lado, custos indiretos à liberdade de expressão, visto que se a decisão for interpretada como um precedente para censura prévia, pode gerar incertezas legais e desincentivar o uso de redes sociais como ferramentas de expressão e inovação, impactando a atividade econômica de profissionais como influenciadores digitais e pequenos empreendedores que dependem dessas plataformas.

Nesse contexto, a decisão do STF, nesse caso particular envolvendo uma investigação de crimes cibernéticos, busca equilibrar a liberdade de expressão e a responsabilidade legal dos indivíduos, apontando que abusos desse direito fundamental podem gerar medidas restritivas. Contudo, ao promover esse controle judicial mais rígido, há implicações para o ambiente econômico e social:

- Positivamente, contribui para a busca de uma economia digital mais regulada e confiável, com maior proteção a consumidores e anunciantes.
- Negativamente, cria barreiras financeiras para pequenos criadores de conteúdo e plataformas que precisam se adaptar a critérios mais rígidos, além de suscitar debates sobre o uso legítimo do controle judicial prévio para o exercício da liberdade de expressão.

Essa dualidade reflete a complexidade de decisões judiciais que buscam preservar valores democráticos e que, ao mesmo tempo, produzem impactos no ecossistema econômico e social.

4.2 APRESENTAÇÃO DOS CASOS DIFÍCEIS JULGADOS PELO STJ

4.2.1 Visão Geral dos Casos

Nos julgamentos do STJ, nota-se uma preocupação central com a legalidade, a segurança jurídica. Os impactos sociais e econômicos das decisões envolvendo empresas de grande porte não costumam ser considerados na fundamentação das decisões. Este segmento se aprofunda na análise dos 100 casos encontrados, destacando o papel das *big techs* e a aplicação de princípios constitucionais e regras legais.

Os 100 casos pesquisados no STJ trazem um espectro mais amplo de temas, em especial questões relacionadas à responsabilidade civil das plataformas de *e-commerce* e provedores de internet. Muitas dessas decisões abordam diretamente a interação entre o Marco Civil da Internet e a proteção de direitos fundamentais. Casos envolvendo grandes plataformas, como o Mercado Livre e a OLX, refletem questões complexas sobre a responsabilidade desses intermediários digitais, especialmente em casos de fraude e violação de direitos autorais.

Dos casos analisados, dezoito chamaram atenção. Apenas um fez uso da análise consequencialista da decisão (REsp 1930256/SP). São eles:

- a) AgInt no REsp 1732087/PR

O caso envolveu o Google e o Facebook. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 2.

Trata-se de Agravo Interno no Recurso Especial em uma Ação de indenização por Danos à imagem e à honra, em razão da disponibilização de vídeo de palestra, em desacordo do Marco Civil da Internet. O autor da ação requereu a retirada de *post* ilegal. O Agravo interno foi desprovido pelo STJ. (AgInt no REsp n. 1.732.087/PR, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 7/10/2024, DJe de 9/10/2024.)

Segundo consta no voto do relator, constitui determinação impossível aquela que impõe ao provedor de internet, genericamente, suprimir termos ou expressão, fotos ou texto específico, ainda que relacionados àqueles que constam do URL da página em que inserida a publicação supostamente ofensiva.

A turma, em seu julgamento, entendeu que não é responsabilidade dos provedores de hospedagem realizar o juízo de valor prévio acerca da natureza ofensiva ou não das publicações da internet, por isso os pedidos de remoção de conteúdo devem ser chancelados pelo Judiciário

por meio de ordem judicial que indique a localização inequívoca da postagem (URL). Tanto os provedores de busca quanto os de hospedagem só podem ser responsabilizados pela demora ou omissão em cumprir ordem judicial de retirada de post ilegal depois de informado o URL respectivo pelo requerente.

A decisão reafirma a necessidade de identificação específica do conteúdo ofensivo para sua remoção. O STJ destacou que os provedores de internet não são responsáveis por realizar juízo de valor antecipadamente sobre a licitude de conteúdo. Assim, para a remoção de publicações, é essencial que a ordem judicial forneça a URL exata da postagem considerada ilícita. O Tribunal também frisou que critérios genéricos para a supressão de conteúdo, sem especificação do local na internet, tornam determinações específicas inviáveis ao ordenamento jurídico.

O tribunal, por unanimidade, negou provimento ao Agravo Regimental.

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

A decisão favorece as empresas transnacionais Google e Facebook, pois delimita claramente suas responsabilidades. Ao exigir que a remoção de conteúdo ofensivo dependa de ordens judiciais específicas com indicação da URL, o Tribunal protege os provedores de uma sobrecarga de monitoramento e remoção de conteúdo, o que poderia ser operacionalmente inviável e economicamente custoso. Isso garante que as plataformas mantenham seu modelo de negócios sem um aumento desproporcional de riscos jurídicos.

Do ponto de vista social, a decisão equilibra a garantia do direito à liberdade de expressão e a proteção do direito à honra e à imagem. Embora a proteção da honra dos indivíduos seja relevante, a decisão busca evitar a censura prévia e a remoção indevida de conteúdos que possam ser de interesse público. Esse equilíbrio contribui para um ambiente digital que privilegia o debate e a circulação de informações, mas dentro dos limites estabelecidos pelo Judiciário.

No aspecto econômico, a supervisão traz segurança jurídica para as empresas de tecnologia, as quais podem continuar operando sem a necessidade de implementar mecanismos de filtragem ou moderação proativa sobre conteúdos postados por terceiros. Além disso, ao evitar decisões que poderiam gerar insegurança jurídica, a economia digital é beneficiada, promovendo a inovação e o crescimento sustentável do setor.

Ao que parece, o julgamento estabelece um precedente importante para fortalecer que os provedores de internet não devem ser obrigados a monitorar ou remover conteúdo sem uma

ordem judicial específica, dentro do disposto no Marco Civil da Internet. Isso contribui para uma internet mais livre, mas também aponta para a necessidade de um sistema jurídico robusto que proteja os direitos individuais sem comprometer a funcionalidade das plataformas digitais.

b) AgInt no AREsp 2458697/SP

O caso envolveu o Google, a Yahoo e a Microsoft. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 2.

Cuida-se de Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial originada de uma Ação de Obrigação de Fazer contra os provedores de internet Google Brasil, Yahoo do Brasil e Microsoft, solicitando a desindexação de links relacionados a conteúdos causadores de danos à honra e à imagem do agravante. O caso analisou questões fundamentais como o direito ao esquecimento, a liberdade de expressão e a responsabilidade dos provedores de busca. Alegou-se violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015.

O STJ, por unanimidade, negou provimento ao Agravo interno. (AgInt no AREsp n. 2.458.697/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/4/2024, DJe de 19/4/2024.)

Segundo o relator, a jurisprudência da Corte Superior firmou-se no sentido de que, se as informações são públicas, não se pode obrigar os provedores de pesquisas a eliminarem de seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão. Assim, estando o acórdão estadual em consonância com a jurisprudência do eg. STJ, o apelo nobre encontra óbice na Súmula 83/STJ, aplicável tanto pela alínea "a" como pela alínea "c" do permissivo constitucional.

O STJ reiterou que os provedores de internet não podem ser obrigados a desindexar informações públicas de seus sistemas de busca, mesmo que tais informações causem desconforto aos indivíduos envolvidos. A Corte concluiu que a já exigida — incluindo a ausência de direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro — está em consonância com a liberdade de informação e memória coletiva. O caso, portanto, exige um equilíbrio entre os direitos fundamentais em conflito: o direito à honra e à privacidade versus o direito à liberdade de expressão e acesso à informação.

A decisão do STJ confirmou que a desindexação de conteúdos nos provedores de busca só é possível quando há determinação judicial específica, respeitando o princípio da legalidade. Além disso, reafirmou a tese do STF no Tema 786, que considera incompatível com a Constituição qualquer restrição à divulgação de informações verídicas e de interesse público, mesmo após a passagem do tempo.

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

A decisão beneficia as grandes plataformas, garantindo-lhes segurança jurídica para operar seus sistemas de busca sem a necessidade de um monitoramento constante e proativo de conteúdos vinculados a indivíduos. A desobrigação de desindexar conteúdo amplia a capacidade dessas empresas de operar sem custos adicionais significativamente relacionados ao cumprimento de ordens judiciais genéricas. Isso preserva seu modelo de negócios baseado em algoritmos de busca robustos e acessíveis.

Para a sociedade, a decisão protege a liberdade de informação, garantindo que o público continue a ter acesso irrestrito a informações de interesse coletivo, mesmo quando isso gera desconforto pessoal. Ao preservar a memória coletiva, o STJ fortalece a transparência e a responsabilização, especialmente em casos de interesse público. Contudo, a ausência do direito ao esquecimento levanta preocupações quanto à proteção da dignidade de indivíduos que podem ser expostas repetidamente a informações sobre episódios já superados ou arquivados.

Em termos econômicos, para o ambiente de negócios, o julgamento favorece a previsibilidade e a estabilidade jurídica, incentivando investimentos contínuos no setor de tecnologia. A clareza em relação às responsabilidades das plataformas reduz os riscos de litígios e os custos relacionados à implementação de mecanismos adicionais de controle ou censura.

O julgamento reafirma a linha seguida pelo STJ e STF de não considerar o direito ao esquecimento como um impedimento à liberdade de informação. Esse precedente reforça o papel das plataformas como facilitadoras de acesso às informações públicas, mantendo o equilíbrio entre os direitos fundamentais no ambiente digital.

c) AgInt nos EDcl no AREsp 1753362 / RJ

O caso envolveu o Google. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 2.

Trata-se de Agravo interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial decorrente de uma Ação de Indenização por Danos Morais cumulada com Obrigaçāo de Fazer. A discussão residiu em definir se é legal a ordem judicial que determina a remoção de URLs específicas por provedores de busca.

O caso abordou temas centrais, como a responsabilidade civil dos provedores de internet, a liberdade de expressão e os limites da responsabilidade subjetiva com base no Marco Civil da Internet.

A controvérsia girou em torno da legalidade de uma ordem judicial que determinou a remoção de URLs indicadas pela parte do autor, que alegava que os conteúdos publicados violavam sua honra e imagem. O STJ afirmou que, no contexto pós-Marco Civil da Internet, os provedores são responsabilizados quando, mesmo após notificação judicial específica, não tomam as medidas cautelares para a remoção do conteúdo indicado.

O ponto central foi a necessidade de indicação clara e específica das URLs a serem removidas. A decisão reafirmou que os provedores de internet não têm obrigação de monitorar proativamente todo o conteúdo gerado por terceiros, mas se tornam solidariamente responsáveis quando, após ordem judicial, não removem os conteúdos infratores.

Segundo o relator, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça define que (a) para fatos anteriores à publicação do Marco Civil da Internet basta a ciência inequívoca do conteúdo ofensivo pelo provedor, sem sua retirada em prazo razoável, para que este se torne responsável e (b) após a entrada em vigor da Lei nº 12.965/2014, caso dos autos sob julgamento, o termo inicial da responsabilidade solidária do provedor é o momento da notificação judicial que ordena a retirada do conteúdo da internet.

Na hipótese, a responsabilidade civil do provedor da internet decorreu do não cumprimento da ordem judicial que determinou a remoção de conteúdo indicado pelas URLs. Com isso, o STJ julgou o Agravo Interno não provido. (AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.753.362/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 8/4/2024, DJe de 11/4/2024.)

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

Para *Big Techs* e Provedores de Internet, a decisão confirma a necessidade de uma ordem clara quando se tem por objetivo a remoção de conteúdo, garantindo que as plataformas só sejam responsabilizadas quando notificadas judicialmente de forma precisa. Esse entendimento protege os provedores de um ônus excessivo de monitoramento contínuo e proativo, que poderia comprometer as previsões econômicas de suas operações.

Do ponto de vista social, a decisão equilibra os direitos de liberdade de expressão e de proteção à honra. Ao exigir uma ordem judicial específica para a remoção de conteúdo, o STJ evita a censura arbitrária, protegendo o espaço de debate público e o direito à informação. Por outro lado, garante que vítimas de conteúdos ofensivos tenham um caminho judicial claro para solicitar a remoção de materiais lesivos.

Em termos econômicos, a decisão oferece previsibilidade jurídica às operações de provedores de internet, criando um ambiente regulatório que favorece a inovação e os investimentos no setor digital. Além disso, a exigência de ordens judiciais específicas reduz o risco de litígios necessários e protege as plataformas de possíveis abusos legais.

Em suma, o julgamento reafirma a posição do STJ sobre a responsabilidade dos provedores de internet, destacando a importância da notificação judicial específica como condição para a remoção de conteúdos e para a imputação de responsabilidade. Esse equilíbrio contribui para a manutenção de um ambiente digital livre e responsável, alinhado com os direitos fundamentais e a segurança jurídica no setor.

d) REsp 2057908/SC

O caso envolveu o Mercado Livre. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 2.

Trata-se de Recurso Especial decorrente de Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais. O propósito recursal foi decidir se a responsabilidade da plataforma de comércio eletrônico de retirar anúncio que viole direitos autorais se inicia após a notificação do titular da obra ou após a ordem judicial específica.

Segundo o relator, diante da ausência da legislação específica tratando de infrações a direito do autor e a direitos conexos cometidos por provedores de aplicação de internet a que se refere o art. 19, §2º do Marco Civil da Internet, aplica-se a Lei de Direitos Autorais.

No que diz respeito às plataformas de comércio eletrônico que disponibilizam a sua estrutura para divulgar anúncios de vendas, o art. 104 da Lei de Direitos Autorais determina que expor a venda de obra protegida por direito autoral é ato que enseja a responsabilidade solidária daquele que a expõe com o contrafator. A Lei dos Direitos Autorais não prevê a responsabilização daquele que não fiscaliza previamente os conteúdos vendidos.

Conforme consta na ementa do acórdão, nos termos do art. 104 da LDA, deve-se responsabilizar aquele que expõe a venda de conteúdo protegido, não importando se houve ou como foi o lucro obtido pela plataforma de comércio eletrônico, haja vista que a finalidade da plataforma, por si só, é facilitar a venda que ensejará lucro de outrem. Nos termos do art. 102 da LDA, é direito do titular da obra que esteja sendo fraudulentamente vendida requerer a suspensão desse ato.

A exposição de venda de conteúdo protegido pela Lei dos Direitos Autorais se revela um ato manifestamente ilícito, que exige que haja pronta suspensão das vendas, sendo desnecessário aguardar ordem judicial específica. Na plataforma de comércio eletrônico, a

retirada de um anúncio de venda que viole a LDA, após a notificação do titular do direito autoral não viola de qualquer forma o direito de liberdade de expressão ou as demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

Se é inequívoco que o titular da obra protegida por direito autoral notificou a plataforma de comércio eletrônico que divulgava o anúncio de venda do conteúdo protegido, isto é o suficiente para que surja a responsabilização solidária da plataforma de comércio eletrônico de indenizar o titular da obra pelos danos sofridos, sendo desnecessário que a notificação ocorra por meio específico. No caso julgado, o Mercado Livre não retirou anúncio de venda de um curso protegido pelo direito do autor que estava sendo divulgado em sua plataforma, mesmo após a notificação do titular da obra, o que atrai a sua responsabilidade pelos danos sofridos.

O STJ julgou o Recurso Especial conhecido em parte e desprovido, com majoração de honorários (REsp n. 2.057.908/SC, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 10/4/2024.).

Portanto, a exposição de venda de conteúdo protegido pela Lei dos Direitos Autorais se revela um ato manifestamente ilícito, que exige pronta suspensão das vendas, sendo desnecessário aguardar haver decisão judicial específica. Seguindo esta linha de raciocínio, reforça-se o dever dos provedores de internet de manter condições de identificar cada um de seus anunciantes, a fim de que nenhum ilícito caia no anonimato. Assim, caberá à plataforma de comércio eletrônico divulgar os dados daquele que criou o anúncio, porquanto somente ela detém essas informações.

O caso envolve a venda não autorizada de cursos e palestras desenvolvidas pelo autor, comercializados por terceiros no Mercado Livre. O recorrente (Mercado Livre) alegou que não deveria ser responsabilizado, argumentando que a remoção de conteúdo gerado por terceiros só seria obrigatória mediante ordem judicial específica, conforme previsto no art. 19, do Marco Civil da Internet.

Entretanto, o STJ decidiu que, no caso de direitos autorais visíveis, se aplica o regime da Lei de Direitos Autorais (LDA), que prevê a responsabilidade solidária da plataforma a qual permite a venda de obras protegidas após serem notificadas extrajudicialmente. O Tribunal afirmou que, em tais situações, a remoção do conteúdo não depende de ordem judicial específica.

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

Para *Big Techs* e Provedores de Internet, a decisão cria um precedente importante para marketplaces e plataformas digitais, estabelecendo que, em casos de violação de direitos autorais, uma mera notificação extrajudicial é suficiente para gerar responsabilidade solidária. Isso aumenta os custos operacionais das empresas, pois exige maior vigilância sobre conteúdos postados e uma resposta ágil a notificações de titulares de direitos autorais.

Para a sociedade, a decisão fortalece a proteção dos direitos autorais, garantindo que criadores e empresas possam preservar o valor econômico de suas criações contra usos não autorizados. Isso incentiva a inovação e a criação de conteúdo original, beneficiando tanto produtores quanto consumidores.

Do ponto de vista econômico, a decisão pode elevar os custos de conformidade para plataformas, as quais precisam investir em sistemas para gerenciar notificações e garantir a retirada rápida de conteúdos ilícitos. No entanto, ao proteger os direitos autorais, a decisão também assegura um ambiente comercial mais justo, incentivando a participação de criadores no mercado digital.

O julgamento reforça a importância de uma regulamentação equilibrada entre a liberdade de expressão e a proteção dos direitos autorais. A responsabilidade solidária das plataformas, quando devidamente notificadas, visa garantir um ambiente digital seguro e justo, sem comprometer o modelo de negócios das empresas tecnológicas.

e) REsp 2096417/SP

O caso envolveu a Google. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 2.

Cuida-se de Recurso Especial decorrente de Ação de Obrigaçāo de Fazer cumulada com Indenização por danos morais e materiais. O propósito recursal consistiu em decidir se: a) configura-se como ato de concorrência desleal a compra de palavra-chave idêntica à marca de empresa concorrente, junto ao provedor de pesquisa, para que anúncio próprio apareça em destaque no resultado de buscas; b) a responsabilidade limitada dos provedores de pesquisa, prevista no art. 19 do Marco Civil da Internet, aplica-se à sua atuação no mercado de links patrocinados, c) há abuso de direito na determinação judicial que, configurada a conduta desleal, veda que o provedor de pesquisa utilize o nome de determinada empresa no Google Ads, independentemente de quem o compre ou do seu ramo de atuação comercial, e d) se é irrisória a condenação fixada a título de danos morais.

Segunda a relatora, o art. 195, III, da Lei de Propriedade Intelectual determina que comete crime de concorrência desleal quem emprega meio fraudulento, para desviar, em

proveito próprio ou alheio, clientela de outrem. A utilização de marca como palavra-chave para direcionar o consumidor do produto ou serviço para o link de seu concorrente configura-se como meio fraudulento para desvio de clientela, porquanto permite a concorrência parasitária e a confusão do consumidor.

Em seu voto, ela destaca que a contratação de links patrocinados, em regra, caracteriza concorrência desleal quando: (i) a ferramenta Google Ads é utilizada para a compra de palavra-chave correspondente à marca registrada ou a nome empresarial; (ii) o titular da marca ou do nome e o adquirente da palavra-chave atuam no mesmo ramo de negócio, e (iii) o uso da palavra-chave é suscetível de violar as funções identificadora e de investimento da marca e do nome empresarial adquiridos como palavra-chave.

Se comprovada a concorrência desleal por links patrocinados, a ordem judicial que busca cessar essa prática deve determinar que a fornecedora dos serviços publicitários se abstenha de usar o nome de determinada empresa como palavra-chave para destacar o site de sua concorrente. Na análise da responsabilidade civil dos provedores de internet por atos de concorrência desleal no mercado de links patrocinados, não é o conteúdo gerado no site patrocinado que origina o dever de indenizar, mas a forma que o provedor de pesquisa comercializa seus serviços publicitários ao apresentar resultados de busca que fomentem a concorrência parasitária e confundam o consumidor. Por essa razão, não há que se falar na aplicação do art. 19 do Marco Civil da Internet.

O STJ julgou o Recurso Especial da Google conhecido e parcialmente provido para reformar a determinação judicial que impediu a utilização da marca "PROMEN" na ferramenta de busca Google Ads, para vedar apenas a comercialização da marca "PROMEN" para empresa que seja sua concorrente; o Recurso Especial dos outros recorrentes foi conhecido e não provido (REsp n. 2.096.417/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/2/2024, DJe de 7/3/2024.)

Com o julgamento, o STJ apresentou uma complexa interseção entre publicidade digital, propriedade intelectual e livre concorrência. O Tribunal da Cidadania considerou que a utilização de marcas registradas como palavras-chave por concorrentes, envolvendo a captura de clientes por meio de links patrocinados, pode configurar concorrência parasitária e confusão ao consumidor, especialmente em mercados com produtos ou serviços similares.

Embora o Google tenha argumentado que o art. 19 do Marco Civil da Internet restringe sua responsabilidade, o STJ concluiu que o caso envolvia responsabilidade direta da plataforma por estruturar e comercializar seu serviço público de maneira a permitir a prática de desleal. A

Corte aplicou dispositivos da Lei de Propriedade Industrial, reforçando a proteção de marcas e o combate à concorrência desleal.

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

Para Big Techs e Provedores de Internet, a decisão impõe maiores responsabilidades às plataformas de publicidade digital, exigindo maior diligência na comercialização de palavras-chave. Isso pode levar a custos adicionais com o desenvolvimento de mecanismos para prevenir o uso inadequado de marcas de terceiros. No entanto, garante um ambiente de negócios mais ético e competitivo.

Para Empresas e o Mercado, a decisão protege as empresas contra práticas desleais, garantindo que marcas registradas não sejam exploradas por concorrentes sem autorização. Isso reforça a segurança jurídica para empresas que investem na construção de marcas fortes, incentivando a inovação e o desenvolvimento de produtos.

Para a sociedade, ao preservar os direitos dos consumidores ao acessar informações claras e precisas, o julgamento contribui para um mercado digital mais transparente, evitando que os consumidores sejam induzidos ao erro, fortalecendo a confiança nas transações online.

Em conclusão, o julgamento do REsp 2.096.417/SP é um marco na legislação brasileira sobre concorrência desleal em ambientes digitais. Ele delimita as responsabilidades das plataformas e protege os direitos de propriedade intelectual, estabelecendo um equilíbrio entre inovação tecnológica e práticas comerciais justas.

f) AgInt no AREsp 2314086/RS

O caso envolveu o Twitter. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 2.

Trata-se de Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial decorrente de Ação de Obrigaçāo de Fazer. A questão é semelhante ao AgInt no REsp 1732087/PR, um caso de remoção de conteúdo ofensivo em rede social, em que se exige a necessidade de identificação clara e precisa do conteúdo digital a ser removido.

Segundo o relator, Ministro Raul Araújo, não se verifica a alegada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, na medida em que a eg. Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, a questão que lhe foi submetida, não sendo possível confundir julgamento desfavorável, como no caso, com negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação. O Marco Civil da Internet elenca, entre os requisitos de validade da ordem judicial para a retirada de conteúdo

infringente, a "identificação clara e específica do conteúdo", sob pena de nulidade, sendo necessária, portanto, a indicação do localizador URL.

Como vistos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da necessidade de indicação clara e específica do localizador URL do conteúdo infringente para a validade de comando judicial que ordene sua remoção da internet e, ainda, o fornecimento do URL é obrigação do requerente, o que ocorreu na espécie. O Agravo Interno teve seu provimento negado. (AgInt no AREsp n. 2.314.086/RS, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 18/9/2023, DJe de 22/9/2023.)

A controvérsia residia na necessidade de identificação clara e específica do conteúdo a ser removido, exigindo a indicação do URL exato do material ofensivo. O STJ reafirmou o entendimento de que, conforme o Marco Civil da Internet, uma ordem judicial válida para a remoção de conteúdo deve conter uma identificação inequívoca do localizador URL. No caso, o Twitter alegou que a ausência da indicação de URLs específicas tornava impraticável a execução da ordem judicial, mas o Tribunal concluiu que o autor forneceu todas as informações necessárias para a remoção dos conteúdos ofensivos.

A decisão reforça que a responsabilidade dos provedores ocorre apenas diante do descumprimento de ordens judiciais específicas, reafirmando a Súmula 83/STJ, que impedem a remoção de conteúdo com base em pedidos genéricos.

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

Para Big Techs e Provedores de Internet, a decisão resguarda as plataformas de internet contra ordens judiciais genéricas ou de cumprimento impraticável. No entanto, aumenta a responsabilidade dos fornecedores em garantir que, ao serem notificados com URLs específicos, removam prontamente os conteúdos indicados. Essa medida reduz o risco de censura excessiva, mas eleva os custos operacionais relacionados à análise e remoção de conteúdos ofensivos.

Para a sociedade, a decisão de equilibrar os direitos fundamentais em conflito: liberdade de expressão e proteção à honra e imagem. Ao exigir a identificação precisa dos conteúdos ofensivos, o STJ protege os usuários de abusos e garante que a remoção de informações não seja arbitrária, preservando um espaço digital para debate público e opinião livre.

Em termos econômicos, a segurança jurídica oferecida pela decisão favorece o ambiente de negócios, permitindo que as Big Techs operem com maior previsibilidade e

reduzam riscos de litígios massivos. O entendimento também incentiva investimentos em sistemas de governança de conteúdo, necessários para cumprir ordens judiciais de maneira eficiente.

Em suma, o julgamento reafirma o papel do Judiciário em equilibrar a proteção dos direitos de personalidade e a liberdade de expressão no ambiente digital. Ele delimita claramente as obrigações dos provedores de internet, promovendo um uso mais responsável e seguro das redes sociais, ao mesmo tempo que assegura um ambiente jurídico favorável ao crescimento das plataformas digitais.

g) REsp 2012895/SP

O caso envolveu o Google. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 2.

Trata-se de Recurso Especial decorrente de Ação de Obrigação de fazer cumulada com pedido indenizatório por danos morais e materiais. O propósito recursal consistiu em decidir se: a) configura-se como ato de concorrência desleal a compra de palavra-chave idêntica à marca de empresa concorrente, junto ao provedor de pesquisa, para que anúncio próprio apareça em destaque no resultado de buscas; b) há litisconsórcio passivo necessário entre o anunciante que adquiriu os serviços de links patrocinados e o provedor de pesquisa; e c) a responsabilidade limitada dos provedores de pesquisa, prevista no art. 19 do Marco Civil da Internet, aplica-se à sua atuação no mercado de links patrocinados.

Em seu voto, a relatora, Min. Nancy Andrigui, destacou que a finalidade da proteção ao uso das marcas - garantida pelo disposto no art. 5º, XXIX, da Constituição da República e regulamentada pelo art. 129 da LPI - é dupla: por um lado, protegê-las contra (I) usurpação, (II) proveito econômico parasitário e (III) desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evitar que o (IV) consumidor seja confundido quanto à procedência do produto (art. 4º, VI, do CDC). Precedentes. O art. 195, III, da Lei de Propriedade Intelectual determina que comete crime de concorrência desleal quem emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem.

No julgado ficou estabelecido que a utilização de marca como palavra-chave para direcionar o consumidor do produto ou serviço para o link de seu concorrente configura-se como meio fraudulento para desvio de clientela, porquanto permite a concorrência parasitária e a confusão do consumidor. Nos termos do art. 32 do Código Brasileiro de Autorregulamentação da Publicidade, não há que se falar em publicidade comparativa quando

o ato em questão gera (I) confusão entre os consumidores, (II) concorrência desleal e (III) proveito injustificado do prestígio da empresa concorrente.

A decisão destacou que o provedor de pesquisas tem controle ativo das palavras-chaves que está comercializando, sendo tecnicamente possível evitar a violação de propriedade intelectual. Tal entendimento não enseja monitoramento em massa nem restrição de liberdade de expressão, somente maior diligência no momento de ofertar serviços de publicidade digital. Na análise da responsabilidade civil dos provedores de internet por atos de concorrência desleal no mercado de links patrocinados, não é o conteúdo gerado no site patrocinado que origina o dever de indenizar, mas a forma que o provedor de pesquisa comercializa seus serviços publicitários ao apresentar resultados de busca que fomentem a concorrência parasitária e confundam o consumidor. Por essa razão, não há que se falar na aplicação do art. 19 do Marco Civil da Internet.

O Recurso especial de LOUNGERIE S/A foi conhecido e desprovido, enquanto o recurso especial de GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA foi conhecido e desprovido, com majoração de honorários (REsp n. 2.012.895/SP, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 15/8/2023.)

O julgamento do REsp 2.012.895/SP analisou questões relacionadas ao uso de links patrocinados em mecanismos de busca, especificamente a utilização de palavras-chave idênticas a marcas registradas para destacar anúncios de concorrentes. O caso envolveu a marca HOPE, pertencente à Esperança Holding Ltda., e à empresa Loungerie, que contratou o serviço de links patrocinados do Google Brasil.

O caso era complexo, o STJ tratou de duas questões principais, quais sejam: a) Concorrência desleal e parasitária: a utilização de marcas de concorrentes como palavras-chave em anúncios foi considerada um meio fraudulento de atrair consumidores e desviar clientela. O Tribunal concluiu que tal prática configura concorrência parasitária, permitindo que uma empresa se beneficie do esforço e investimento de outro, causando confusão nos consumidores. b) Responsabilidade do provedor de busca: o STJ afirmou que, no contexto de links patrocinados, os provedores têm controle ativo sobre as palavras-chave comercializadas. Assim, podem ser responsabilizados por atos de concorrência desleal ao permitir que marcas registradas sejam usadas para anúncios de concorrentes. Ó arte. 19 do Marco Civil da Internet, que limita a responsabilidade dos provedores por conteúdos gerados por terceiros, não se aplica nesse cenário, pois a responsabilidade do Google decorreu de sua atuação como provedor de publicidade.

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

Para Big Techs e Provedores de Internet, a decisão impõe maior responsabilidade aos provedores de mecanismos de busca no controle de suas plataformas de publicidade. Isso pode levar a investimentos em ferramentas de compliance para evitar a violação de direitos de propriedade intelectual, impactando os custos operacionais das empresas. Para Empresas em geral, o julgamento favorece empresas que desejam proteger suas marcas de práticas comerciais desleais, promovendo um ambiente de concorrência mais ético. Ele garante que marcas não sejam usadas de forma indevida para desviar clientela, protegendo tanto os investimentos quanto a solicitação de seus negócios.

Para a sociedade, a decisão fortalece a confiança dos consumidores, garantindo transparência nos resultados das buscas. Evita que os consumidores sejam induzidos a erro ao clicar em anúncios que, sob a aparência de pertinência, redirecionam para empresas concorrentes.

Em suma, o julgamento reforça a proteção aos direitos de propriedade intelectual no ambiente digital, estabelecendo um marco importante na responsabilização dos provedores de publicidade online. Ele equilibra a livre concorrência com a necessidade de combater práticas desleais, promovendo um mercado mais justo e transparente.

h) REsp 2067181/PR

O caso envolveu a OLX. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 2.

Cuida-se de Recurso Especial decorrente de Ação de Compensação por Danos Materiais e Morais. O propósito recursal consistia em definir se a OLX pode ser responsabilizada pelos danos decorrentes da aquisição de veículo clonado anunciado em sua plataforma. O STJ analisou a responsabilidade da plataforma OLX em um caso envolvendo a compra de um veículo clonado anunciado em seu site. O julgamento tratou da possibilidade de responsabilidade civil da plataforma por danos materiais decorrentes da transação, que culminou em prejuízo financeiro para os compradores.

Segundo a relatora, o responsável pela plataforma de comércio eletrônico, ao veicular ofertas de produtos, disponibilizando sua infraestrutura tecnológica, assume a posição de fornecedor de serviços. O serviço fornecido consiste na "disponibilização de espaço virtual na internet para facilitação e viabilização de vendas e compras de bens e contratação de serviços".

O STJ entendeu que os sites classificados auferem receita por meio de anúncios publicitários, não cobrando comissão pelos negócios celebrados. Não se lhes pode impor a responsabilidade de realizar a prévia fiscalização sobre a origem de todos os produtos, por não se tratar de atividade intrínseca ao serviço prestado. Todavia, sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, é razoável exigir que mantenham condições de identificar cada um de seus anunciantes, a fim de que nenhum ilícito caia no anonimato. Logo, o site de classificados não responde por vícios ou defeitos do produto ou serviço. Por outro lado, os sites de intermediação são remunerados pelos serviços prestados, geralmente por uma comissão consistente em percentagem do valor da venda. Assim, a depender do contexto, a OLX poderá enquadrar-se como um simples site de classificados ou, então, como uma verdadeira intermediária.

Para o surgimento do dever de indenizar, é indispensável que haja um liame de causalidade entre a conduta do agente e o resultado danoso. Nessa linha, caso verificado o fato exclusivo de terceiro, haverá o rompimento do nexo causal entre o prejuízo e aquele a quem se atribui a autoria (art. 14, § 3º, II, do CDC). No caso julgado, os recorridos adquiriram um veículo que havia sido anunciado na plataforma da recorrente (OLX). Após concluída a transação, tomaram conhecimento de que se tratava de automóvel clonado. No entanto, a operação de compra e venda do veículo foi concretizada integralmente fora da plataforma, não tendo o fraudador utilizado nenhuma ferramenta colocada à disposição pela OLX. Tal circunstância evidencia que, na hipótese, a OLX funcionou não como intermediadora, mas como mero site de classificados. A fraude perpetrada caracteriza-se como de fato de terceiro que rompeu o nexo causal entre o dano e o fornecedor (art. 14, § 3º, II, do CDC).

O Recurso Especial foi conhecido e provido, por unanimidade. (REsp n. 2.067.181/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 15/8/2023.)

Em termos de complexidade, a questão central era determinar se a OLX deveria ser responsabilizada por danos sofridos pelos autores da ação, que forneceram um veículo clonado a partir de um anúncio publicado na plataforma. O STJ destacou que o site atua como um provedor de serviços de classificados e não como intermediador, o que implica que ele não tem responsabilidade direta sobre as transações realizadas fora do ambiente da plataforma.

A Corte aplicou o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Marco Civil da Internet, afirmando que a responsabilidade de um provedor de serviços como o OLX depende da existência de um nexo causal entre sua conduta e o dano sofrido. No caso específico, como a transação ocorreu fora da plataforma, o Tribunal concluiu que a fraude foi um fato exclusivo de terceiro, rompendo o nexo causal e afastando a responsabilidade da OLX.

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

Para as empresas de *e-commerce*, a decisão estabelece um precedente importante ao limitar a responsabilidade das plataformas digitais que atuam como provedores de particulares. Isso reduz o risco de litígios massivos contra essas empresas, garantindo maior previsibilidade jurídica e incentivando a continuidade de seus modelos de negócios sem a imposição de custos excessivos para o monitoramento ou verificação de anúncios.

Para os consumidores, a decisão reforça a necessidade de diligência ao realizar transações online. Embora as plataformas tenham a obrigação de identificar seus usuários, os consumidores estão alertados para os riscos inerentes ao comércio digital e devem adotar medidas preventivas, como a verificação de informações e procedência dos produtos.

Em termos de impacto econômico, a decisão favorece o ambiente de negócios digital, permitindo que plataformas como a OLX continuem operando sem o ônus de fiscalizar proativamente cada anúncio. Isso evita o aumento dos custos operacionais, que poderiam ser repassados aos usuários, e fomenta a inovação e o crescimento do comércio eletrônico.

Em conclusão, ao reconhecer que a OLX não poderia ser responsabilizada por fraudes cometidas fora de sua plataforma, reforça a distinção entre responsabilidade por intermediação direta e simples veiculação de anúncios. Essa decisão contribui para a estabilidade jurídica no ambiente digital e preserva o equilíbrio entre a proteção dos consumidores e as soluções econômicas das plataformas.

i) REsp 1660168/RJ

O caso envolveu o Google e a Microsoft. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 2.

Trata-se de Recurso Especial para eventual Juízo de retratação (CPC/2015, art. 1.040, inciso II), tendo em vista a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, de ser incompatível com a Constituição Federal o chamado direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar a divulgação de fatos ou dados verídicos, em razão da passagem do tempo (Tema 786/STF).

No julgamento do REsp 1.660.168/RJ, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) discutiu uma controvérsia sobre a desindexação de conteúdos desabonadores vinculados ao nome do autor, sob o prisma dos direitos fundamentais à privacidade, proteção de dados pessoais e

liberdade de informação. A ação foi proposta contra os provedores Google Brasil, Yahoo do Brasil e Microsoft, envolvendo informações sobre uma suposta fraude em concurso público.

Os autos foram devolvidos para análise de eventual juízo de retratação, nos termos do art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, em decorrência do julgamento do RE n. 1.010.606/RJ, em que o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese (Tema 786/STF): "É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível".

Com isso, analisando o acórdão proferido no presente recurso especial, verificou-se que não foi determinada a exclusão das notícias desabonadoras envolvendo a autora nos bancos de dados pertencentes às réis - isso nem sequer foi pleiteado na ação de obrigação de fazer -, havendo tão somente a determinação da desvinculação do nome da autora, sem qualquer outro termo, com a matéria referente à suposta fraude no Concurso Público da Magistratura do Rio de Janeiro (desindexação). O conteúdo, portanto, foi preservado.

Na verdade, a questão foi decidida sob o prisma dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, bem como à proteção de dados pessoais, e não com base no direito ao esquecimento, que significaria permitir que a autora impedissem a divulgação das notícias relacionadas com a fraude no concurso público, o que, como visto, não ocorreu.

O Min. Marco Aurélio Bellizze, relator do processo no STJ, destacou, ainda, que no voto do Ministro Relator proferido no RE n. 1.010.606/RJ, o qual deu origem à tese fixada no Tema 786/STF, constou expressamente que o Supremo Tribunal Federal, naquele julgamento, não estava analisando eventual "alcance da responsabilidade dos provedores de internet em matéria de indexação/desindexação de conteúdos obtidos por motores de busca", pois não se poderia confundir "desindexação com direito ao esquecimento", "porque o tema desindexação é significativamente mais amplo do que o direito ao esquecimento", o que corrobora a ausência de qualquer divergência do entendimento manifestado por esta Corte Superior com a tese vinculante firmada pelo STF.

Com isso, os Recursos Especiais foram parcialmente providos, ratificando-se o julgamento originário, tendo em vista a ausência de divergência com os fundamentos

apresentados pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 786/STF. (REsp n. 1.660.168/RJ, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 30/6/2022.)

O STJ abordou a distinção entre direito ao esquecimento e o direito à desindexação. A autora solicitou que seu nome fosse desvinculado de notícias que a associavam a uma fraude em concurso público, ocorrida há mais de uma década. A Corte entendeu que o caso não envolvia o direito ao esquecimento, incompatível com a Constituição segundo o STF no Tema 786, mas sim uma análise de desindexação para equilibrar o direito à privacidade com o direito coletivo à informação.

O Tribunal determinou que, embora o conteúdo das notícias não tenha sido removido, a desvinculação do nome do autor deveria ser feita, permitindo que as informações permanecessem acessíveis a quem buscasse pelo conteúdo específico, mas não a partir da pesquisa direta pelo nome do autor.

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

Para Big Techs e Provedores de Internet, a decisão reafirma a responsabilidade limitada dos provedores de busca, impondo obrigações apenas em casos de notificações específicas ou ordens judiciais claras. O entendimento de que a desindexação não é convencional de remoção completa do conteúdo reduz os riscos jurídicos e custos operacionais, mas exige investimentos em sistemas para gerenciamento de pedidos de desvinculação de dados.

Para os direitos individuais e a sociedade, a decisão equilibra o direito à privacidade com a liberdade de expressão, garantindo que as pessoas possam proteger sua privacidade sem impedir o acesso público a informações relevantes. A manutenção do conteúdo original sem exclusão protege o interesse público e histórico, enquanto a desindexação mitiga os danos à honra dos indivíduos.

Em relação ao impacto econômico, para o mercado, a decisão proporciona segurança jurídica às plataformas, garantindo que não serão obrigadas a monitorar proativamente todos os conteúdos gerados por terceiros. No entanto, as exigências frequentes de desindexação podem elevar os custos administrativos e jurídicos das empresas.

Em conclusão, o julgamento, alinhado ao precedente vinculante do STF, destacou o papel do Judiciário em proteger os direitos individuais sem comprometer a memória coletiva e a transparência informacional. A decisão estabelece um precedente relevante sobre a

responsabilidade de provedores de busca e o manejo de dados pessoais no ambiente digital, consolidando o equilíbrio entre os direitos de privacidade e a liberdade de informação.

j) REsp 1980014/SP

O caso envolveu o Facebook. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 2.

Trata-se de Recurso Especial decorrente de Ação de Obrigaçāo de Fazer, que tem como propósito recursal dizer se houve negativa de prestação jurisdicional e se há litisconsórcio passivo necessário entre o provedor de aplicação e o autor do conteúdo publicado online.

Segundo a relatora, Min. Nancy Andrigui, a responsabilidade dos provedores de aplicações por conteúdos gerados por terceiros é subjetiva, tornando-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo a partir do conhecimento da lesão que determinada informação causa, se não tomar as providências necessárias para a sua remoção e caso o fato tenha se verificado quando não estava em vigor a Lei nº 12.965/14, ou a partir da notificação judicial para remoção do conteúdo, nos termos do art. 19 do MCI.

Tratando-se de demanda na qual se busca impor ao provedor de aplicação a obrigação de remover determinadas publicações e de fornecer registros de acesso e conexão, não há litisconsórcio passivo necessário com o autor dos conteúdos. Tais providências incumbem ao provedor, mantenedor da rede social. Ou seja, eventual procedência dos pedidos não atingirá a esfera jurídica do autor das publicações. Ademais, eventual ilicitude do conteúdo da publicação e que poderá, eventualmente, resultar na responsabilização do seu autor, não acarretará, necessariamente, a responsabilidade do provedor. Com isso, o Recurso especial foi conhecido e provido. (REsp n. 1.980.014/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 21/6/2022.)

Em termos de complexidade do caso, o STJ enfrentou a discussão sobre a responsabilidade dos provedores de aplicação de internet à luz do Marco Civil da Internet. O Tribunal reafirmou que a responsabilidade dos provedores é subjetiva e depende do descumprimento de ordem judicial específica para remoção de conteúdo, conforme o artigo 19 do Marco Civil. O ponto central era definir se a inclusão do autor do conteúdo como litisconsorte passivo era indispensável, considerando que as providências solicitadas (remoção e fornecimento de dados) poderiam ser cumpridas exclusivamente pelo provedor. A decisão concluiu que não há litisconsórcio passivo necessário, uma vez que a eventual ilicitude do conteúdo e sua remoção não afetam diretamente os direitos do autor da publicação, limitando-se à esfera de atuação do provedor.

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

Para Big Techs e Provedores de Internet, o julgamento beneficia plataformas digitais ao clarificar que sua responsabilidade está condicionada à notificação judicial. Além disso, isenta os provedores da obrigação de chamar ao feito como litisconsortes os autores de conteúdos em demandas relacionadas à remoção, simplificando os processos judiciais e evitando maiores complicações jurídicas e custos.

Para o Sistema Jurídico, a decisão contribui para a eficiência processual, ao evitar a obrigatoriedade de incluir múltiplos réus em ações que visam a obrigações específicas dos provedores. Isso reflete uma interpretação pragmática e protetiva do Marco Civil da Internet, mantendo a integridade do sistema de responsabilidade sem sobrecarregar as partes.

Para a sociedade, a decisão equilibra os direitos de proteção à honra e privacidade com a liberdade de expressão. Reforça a confiança dos usuários na possibilidade de remover conteúdos ilícitos sem a necessidade de uma complexa estrutura judicial, assegurando uma internet mais segura e responsiva.

Em suma, o STJ, ao decidir pela ausência de litisconsórcio passivo necessário, estabelece um importante precedente para demandas relacionadas a conteúdo online, fortalecendo a segurança jurídica e preservando a funcionalidade dos provedores de internet no ambiente digital.

k) REsp 1783269/MG

O caso envolveu o Facebook. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 2.

Trata-se de Recurso Especial decorrente de Ação de Indenização por Danos Morais, envolvendo menor de idade. O Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 18) e a Constituição Federal (art. 227) impõem, como dever de toda a sociedade, zelar pela dignidade da criança e do adolescente, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, com a finalidade, inclusive, de evitar qualquer tipo de tratamento vexatório ou constrangedor.

Segundo consta na decisão, as leis protetivas do direito da infância e da adolescência possuem natureza especialíssima, pertencendo à categoria de diploma legal que se propaga por todas as demais normas, com a função de proteger sujeitos específicos, ainda que também estejam sob a tutela de outras leis especiais. Para atender ao princípio da proteção integral

consagrado no direito infantojuvenil, é dever do provedor de aplicação na rede mundial de computadores (Internet) proceder à retirada de conteúdo envolvendo menor de idade - relacionado à acusação de que seu genitor havia praticado crimes de natureza sexual - logo após ser formalmente comunicado da publicação ofensiva, independentemente de ordem judicial.

Segundo o relator, o provedor de aplicação que, após notificado, nega-se a excluir publicação ofensiva envolvendo menor de idade, deve ser responsabilizado civilmente, cabendo impor-lhe o pagamento de indenização pelos danos morais causados à vítima da ofensa. A responsabilidade civil, em tal circunstância, deve ser analisada sob o enfoque da relevante omissão de sua conduta, pois deixou de adotar providências que, indubitavelmente sob seu alcance, minimizariam os efeitos do ato danoso praticado por terceiro, o que era seu dever.

Nesses termos, para o STJ, afigura-se insuficiente a aplicação isolada do art. 19 da Lei Federal No. 12.965/2014, o qual, interpretado à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, não impede a responsabilização do provedor de serviços por outras formas de atos ilícitos, que não se limitam ao descumprimento da ordem judicial a que se refere o dispositivo da lei especial.

O STJ, por maioria, negou provimento ao Recurso especial. (REsp n. 1.783.269/MG, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 18/2/2022.)

Como se vê, o REsp 1.783.269/MG, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), tratou da responsabilidade civil do Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. por não remover, após notificação, conteúdo ofensivo que envolvia um menor de idade e acusava o pai de crimes graves, como pedofilia e estupro. O caso analisou a aplicação do Marco Civil da Internet e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), abordando os limites da liberdade de expressão e a proteção de direitos fundamentais.

A controvérsia envolvia dois pontos centrais:

- Aplicação do Marco Civil da Internet: A defesa alegava que, conforme o art. 19 do Marco Civil, a remoção de conteúdos gerados por terceiros só seria obrigatória mediante ordem judicial específica. O STJ, no entanto, considerou que, no caso, a publicação envolvia grave violação de direitos de um menor e que a proteção integral da criança e do adolescente prevista no ECA se sobreponha à norma do Marco Civil.
- Responsabilidade Civil do Provedor: O Tribunal entendeu que a inércia do Facebook em remover o conteúdo, mesmo após notificação extrajudicial, configurou uma omissão relevante. A corte ressaltou que, em situações

envolvendo menores, é dever de toda a sociedade, incluindo provedores, adotar medidas imediatas para cessar a exposição vexatória.

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

Para Big Techs e Provedores de Internet, a decisão aumenta a responsabilidade dos provedores em casos envolvendo menores de idade, impondo uma obrigação proativa de remover conteúdos ofensivos, independentemente de ordem judicial. Isso pode gerar custos adicionais com monitoramento e compliance, mas também contribui para a proteção de direitos fundamentais.

Para a sociedade, a decisão reforça a proteção de crianças e adolescentes contra exposição vexatória e abusos na internet. Ao exigir uma postura mais diligente das plataformas, promove um ambiente digital mais seguro e ético, alinhado com os princípios constitucionais de proteção à infância.

Em termos de impacto econômico, apesar de aumentar os custos operacionais das plataformas, a decisão traz maior segurança jurídica ao estabelecer parâmetros claros sobre a responsabilidade em situações de violação de direitos. Isso incentiva práticas de governança mais robustas e responsivas no setor de tecnologia.

Em conclusão, o julgamento reforça o entendimento de que a proteção dos direitos fundamentais, especialmente de crianças e adolescentes, deve prevalecer sobre a aplicação estrita de normas como o Marco Civil da Internet. Essa interpretação amplia a responsabilização das plataformas em casos de omissão diante de conteúdos claramente ilícitos e fortalece a proteção contra abusos no ambiente digital.

I) REsp 1930256/SP

O caso envolveu o Facebook. Não houve citação expressa ao termo “princípio da eficiência”, mas foi feita análise da consequência, conforme Anexo 2.

Trata-se de Recurso Especial decorrente de Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais. A controvérsia é sobre a aplicabilidade do disposto no art. 21 do Marco Civil da Internet à hipótese de veiculação de fotografias de nudez (produzidas e cedidas com fins comerciais), em endereços eletrônicos da internet, sem a autorização da modelo fotografada, tampouco da revista a quem o material foi cedido. Discute-se, assim, especificamente, se a responsabilidade do provedor para promover a retirada do conteúdo inicia-se a partir da

notificação extrajudicial, a atrair a incidência do art. 21 da Lei n. 12.965/2014, ou se haveria necessidade de ordem judicial, nos termos do art. 19 da citada lei.

Segundo o relator do acórdão, o art. 21 do Marco Civil da internet traz exceção à regra de reserva da jurisdição estabelecida no art. 19 do mesmo diploma legal, a fim de impor ao provedor, de imediato, a exclusão, em sua plataforma, da chamada "pornografia de vingança" - que, por definição, ostenta conteúdo produzido em caráter particular -, bem como de toda reprodução de nudez ou de ato sexual privado, divulgado sem o consentimento da pessoa reproduzida.

A motivação da divulgação de materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais, sem a autorização da pessoa reproduzida, se por vingança ou por qualquer outro propósito espúrio do agente que procede à divulgação não autorizada, é, de fato, absolutamente indiferente para a incidência do dispositivo em comento, sobretudo porque, de seu teor, não há qualquer menção a esse fator de ordem subjetiva. Todavia, o dispositivo legal exige, de modo expresso e objetivo, que o conteúdo íntimo, divulgado sem autorização, seja produzido em "caráter privado", ou seja, de modo absolutamente reservado, íntimo e privativo, advindo, daí, sua natureza particular.

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio Bellizze:

Há, dado o caráter absolutamente privado em que este material foi confeccionado (independentemente do conhecimento ou do consentimento da pessoa ali reproduzida quando de sua produção), uma exposição profundamente invasiva e lesiva, de modo indelével, à intimidade da pessoa retratada, o que justifica sua pronta exclusão da plataforma, a requerimento da pessoa prejudicada, independentemente de determinação judicial para tanto (REsp n. 1.930.256/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 17/12/2021.).

O preceito legal tem por propósito proteger/impedir a disponibilização, na rede mundial de computadores, de conteúdo íntimo produzido em caráter privado, sem autorização da pessoa reproduzida, independentemente da motivação do agente infrator. Não é, porém, a divulgação não autorizada de todo e qualquer material de nudez ou de conteúdo sexual que atrai a regra do art. 21, mas apenas e necessariamente aquele que apresenta, intrinsecamente, uma natureza privada, cabendo ao intérprete, nas mais variadas hipóteses que a vida moderna apresenta, determinar o seu exato alcance.

As imagens íntimas produzidas e cedidas com fins comerciais - a esvaziar por completo sua natureza privada e reservada - não se amoldam ao espectro normativo (e protetivo) do art. 21 do Marco Civil da Internet, que excepciona a regra de reserva da jurisdição. Sua divulgação, na rede mundial de computadores, sem autorização da pessoa reproduzida, por

evidente, consubstancia ato ilícito passível de proteção jurídica, mas não tem o condão de excepcionar a reserva de jurisdição (que se presume constitucional, até declaração em contrário pelo Supremo Tribunal Federal).

A proteção, legitimamente vindicada pela demandante, sobre o material fotográfico de conteúdo íntimo, produzido comercialmente e divulgado por terceiros sem a sua autorização, destina-se a evitar/reparar uma lesão de cunho primordialmente patrimonial à autora (especificamente, os alegados lucros cessantes) e, apenas indiretamente, a sua intimidade.

O STJ julgou o Recurso Especial do Provedor de internet provido. (REsp n. 1.930.256/SP, relatora Ministra Nancy Andrichi, relator para acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 17/12/2021.)

Como se vê, o STJ analisou se as imagens publicadas, que haviam sido previamente licenciadas para fins comerciais por uma revista, estariam protegidas pelo art. 21 do Marco Civil. A decisão foi complexa porque, embora o conteúdo envolvesse nudez, as imagens não possuíam caráter privado, uma vez que foram criadas para um público específico e mediante remuneração.

Quanto às consequências, apenas um voto fez análise das consequências do julgado. Em seu voto, o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, seguindo a divergência, utilizou um argumento consequencialista:

Esta parece ser a solução mais adequada a partir de duas constatações, verificadas à luz do art. 20 da LINDB, que determina que, também na esfera judicial, não se pode decidir com base em valores jurídicos abstratos, sem que se levem em consideração as consequências práticas da decisão.

Em primeiro lugar, uma interpretação excessivamente extensiva do art. 21 do Marco Civil da Internet poderia acabar por atribuir ao provedor de conteúdo a obrigação de examinar cláusulas contratuais de negócios jurídicos envolvendo terceiros, a fim de averiguar, por exemplo, se a publicação de ensaio sensual em determinado blog, rede social ou página da internet estava ou não dentro do consentimento dado pelo(a) modelo, tarefa que reconhecidamente não lhe pode ser atribuída.

Em segundo lugar, equiparar casos como o presente – de divulgação pirata de fotos sensuais de caráter comercial – a casos de disseminação não consentida de imagens íntimas poderia acabar por desvirtuar a proteção dada às vítimas dessa violência, diminuindo o grau de reprovabilidade desse tipo de conduta e diluindo os esforços da sociedade civil e do legislador no sentido de aumentar a conscientização acerca dessa nova forma de violência surgida com a internet. (REsp n. 1.930.256/SP, relatora Ministra Nancy Andrichi, relator para acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 17/12/2021. p. 40)

Em termos de consequências econômicas e sociais da decisão, pode-se considerar:

Para Big Techs e Provedores de Internet, a decisão reforça a distinção entre conteúdos de natureza privada e aqueles com finalidade comercial. Provedores como o Google só serão

responsabilizados por manterem conteúdos de terceiros após ordem judicial, exceto em casos de pornografia não consensual com caráter privado. Isso reduz o risco de litígios massivos e custos operacionais relacionados à remoção imediata de conteúdos com base em notificações extrajudiciais.

Para o mercado e empresas de conteúdo, a decisão protege empresas que comercializam conteúdos sensíveis sob condições específicas, garantindo que os limites contratuais de distribuição sejam respeitados. No entanto, obriga as partes lesadas a buscar soluções judiciais para proteger seus direitos, o que pode aumentar os custos e o tempo para obter reparações.

Em termos de impacto social, embora a decisão preserve o direito à liberdade de expressão e impeça a censura arbitrária, ela também destaca a importância de definir com precisão o conceito de privacidade no ambiente digital. Isso equilibra a proteção da dignidade humana com o funcionamento transparente das plataformas.

Em suma, o julgamento do REsp 1.930.256/SP estabelece um marco relevante ao delimitar a responsabilidade dos provedores de internet em casos envolvendo conteúdos sensíveis, promovendo um ambiente jurídico equilibrado entre os direitos de privacidade e a liberdade de operação das plataformas digitais.

m) REsp 1593249/RJ

O caso envolveu o Google. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 2.

Cuida-se de Recurso Especial decorrente de Ação de Indenização por Danos Morais cumulada com Obrigaçāo de Fazer. Cinge-se a controvérsia a definir: (i) se é legal a ordem judicial que determina a remoção de resultados de pesquisa por provedores de busca; (ii) se estão presentes as excludentes de responsabilidade civil da ausência de defeito no serviço prestado e da culpa exclusiva de terceiros; (iii) se é caso de exclusão, redução ou limitação da multa diária aplicada em virtude do descumprimento da obrigação de fazer determinada em decisão antecipatória dos efeitos da tutela e (iv) se é razoável o valor de 100.000,00 (cem mil reais) arbitrado a título de indenização por danos morais.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça define que (a) para fatos anteriores à publicação do Marco Civil da Internet, caso dos autos, basta a ciência inequívoca do conteúdo ofensivo pelo provedor, sem sua retirada em prazo razoável, para que este se torne responsável e, (b) após a entrada em vigor da Lei nº 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade

solidária do provedor é o momento da notificação judicial que ordena a retirada do conteúdo da internet.

Segundo o relator, a responsabilidade dos provedores de conteúdo de internet em geral depende da existência ou não do controle editorial do material disponibilizado na rede. Não havendo esse controle, a responsabilização somente é devida se, após notificação para a retirada do material, se manteve o provedor inerte. O provedor, ao ser comunicado que determinado texto ou imagem tem conteúdo difamatório, deve retirá-lo imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano.

O Recurso especial foi parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido. (REsp n. 1.593.249/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 9/12/2021.)

A questão principal envolve a definição do limite da responsabilidade civil subjetiva dos provedores de busca. O STJ destacou que:

- Provedores de conteúdo e subjetivo: Antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, a ciência inequívoca do conteúdo ofensivo, sem sua retirada em prazo razoável, era suficiente para responsabilizar o provedor. Após o Marco Civil, a responsabilidade surge apenas mediante notificação judicial específica.
- Controle editorial e censura prévia: O STJ reafirmou que os provedores de busca não exercem controle editorial sobre conteúdos publicados por terceiros, portanto, não podem ser responsabilizados preventivamente, salvo quando notificados para remoção de URLs específicas.

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

Para *Big Techs* e Provedores de Internet, a decisão cria um precedente ao limitar a responsabilidade dessas plataformas a casos com ordens judiciais específicas, protegendo-as de um possível ônus desproporcional. Isso reduz os custos operacionais com monitoramento e evita o excesso de litigiosidade.

Para consumidores e sociedade, a decisão equilibra os direitos à liberdade de informação e à proteção da honra. Os consumidores têm seus direitos resguardados contra conteúdos ofensivos, mas devem buscar amparo judicial para remoção. O julgamento fortalece a liberdade de expressão e evita a censura prévia.

Em termos de impacto econômico, o entendimento consolida a segurança jurídica, incentivando o crescimento do mercado digital e promovendo um ambiente propício para

investimentos em inovação, ao mesmo tempo que preserva os direitos fundamentais no ambiente virtual.

Dessa forma, o REsp 1.593.249/RJ reafirma a jurisdição sobre a responsabilidade dos provedores no Brasil, estabelecendo limites claros para a atuação das plataformas digitais em casos de conteúdos ofensivos. A decisão promove um equilíbrio entre inovação tecnológica e proteção de direitos individuais.

n) AgInt nos EDcl no REsp 1402112/SE

O caso envolveu o Google. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 2.

Trata-se de Agravo Interno em Recurso Especial decorrente de Ação de Obrigação de Fazer envolvendo Provedor de Internet. No caso, o julgamento tratou da responsabilidade civil do Google Brasil Internet Ltda. por conteúdo ofensivo publicado em um blog hospedado na plataforma Blogspot. O recorrente solicitou a remoção de todo o conteúdo ofensivo do blog sem fornecer as URLs específicas das cartas, questionando a obrigatoriedade de indicar os localizadores para validação de ordens judiciais.

O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação de que os provedores de internet não podem exercer controle prévio do conteúdo dos sites que hospedam, motivo pelo qual não pode ser aplicada a responsabilidade objetiva preconizada no art. 14 do CDC. A responsabilidade desses provedores por eventuais danos se caracteriza quando, ciente de que determinada publicação causa lesão a outrem, não toma as providências necessária para retirá-la.

Para essas providências é necessária a "indicação clara e específica do localizador URL do conteúdo infringente para a validade de comando judicial que ordene sua remoção da internet. O fornecimento do URL é obrigação do requerente" (REsp 1.698.647/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 15/2/2018).

O Agravo interno teve seu provimento negado, por unanimidade, nos termos do voto do relator. (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.402.112/SE, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 19/6/2018, DJe de 26/6/2018.)

Em termos de complexidade, o STJ reafirmou o entendimento de que os provedores de internet não podem ser responsabilizados objetivamente por conteúdo gerado por terceiros, conforme disposto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). O Tribunal concluiu que a responsabilidade dos provedores é subjetiva e ocorre somente quando, após notificação

judicial específica com indicação das URLs, a plataforma não toma as medidas necessárias para remover o conteúdo ilícito.

O ponto central do julgamento foi a obrigatoriedade da indicação de URLs para a execução das ordens judiciais. O Tribunal concluiu que as ordens genéricas para remoção de conteúdo sem a concepção do localizador não atendem aos requisitos legais, pois impõem uma obrigação de monitoramento contínuo e ilimitado, violando princípios de proporcionalidade e razoabilidade.

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

Para Big Techs e Provedores de Internet, a decisão reforça a segurança jurídica das plataformas digitais, limitando sua responsabilidade ao não cumprimento de ordens judiciais específicas. Essa abordagem evita custos excessivos com monitoramento e censura prévia, garantindo a visão econômica de modelos de negócios baseados na hospedagem de conteúdos de terceiros.

Para a sociedade, o julgamento equilibra o direito à liberdade de expressão com a proteção à honra e à imagem. Ao exigir a concepção de URLs, evita-se a remoção arbitrária de conteúdos legítimos e protege-se o debate público, promovendo um ambiente digital mais justo e seguro.

Em termos de impacto econômico, a decisão traz claras as regras de responsabilidade dos provedores, apoiando o crescimento do setor tecnológico e garantindo um ambiente regulatório previsível. Reduzir os riscos de litígios abusivos e limitar os custos relacionados à implementação de medidas desnecessárias de controle de conteúdo.

Em conclusão, o julgamento do AgInt nos EDcl no REsp 1.402.112/SE consolida o entendimento do STJ sobre os limites da responsabilidade dos provedores de internet, promovendo a estabilidade jurídica e a proteção dos direitos fundamentais no ambiente digital.

o) REsp 1568935/RJ

O caso envolveu o Google. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 2. Contudo, há uma ampla fundamentação da consolidação da jurisprudência do STJ sobre responsabilidade de provedores de internet.

Trata-se de Recurso Especial decorrente de Ação de Obrigaçāo de Fazer e Indenização por Danos Morais e Materiais, em razão de disponibilização, em rede social, de material considerado ofensivo à honra do autor.

Segundo o relator, a responsabilidade dos provedores de conteúdo de internet em geral depende da existência ou não do controle editorial do material disponibilizado na rede. Não havendo esse controle, a responsabilização somente é devida se, após notificação judicial para a retirada do material, se manteve inerte. Se houver o controle, o provedor de conteúdo torna-se responsável pelo material publicado independentemente de notificação.

Para ele, cabe ao Poder Judiciário ponderar os elementos da responsabilidade civil dos indivíduos, nos casos de manifestações de pensamento na internet, em conjunto com o princípio constitucional de liberdade de expressão (art. 220, § 2º, da Constituição Federal). A jurisprudência do STJ, em harmonia com o art. 19, § 1º, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), entende necessária a notificação judicial ao provedor de conteúdo ou de hospedagem para retirada de material apontado como infringente, com a indicação clara e específica da URL - *Universal Resource Locator*.

O STJ entendeu que não se pode impor ao provedor de internet que monitore o conteúdo produzido pelos usuários da rede, de modo a impedir, ou censurar previamente, a divulgação de futuras manifestações ofensivas contra determinado indivíduo. A Segunda Seção do STJ já havia se pronunciado no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora.

O STJ julgou o Recurso Especial provido. (REsp n. 1.568.935/RJ, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 5/4/2016, DJe de 13/4/2016.)

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

Para Big Techs e Provedores de Internet, a decisão reafirma que plataformas como o Google não são obrigadas a monitorar o conteúdo gerado por usuários, protegendo-as de custos operacionais excessivos e de litígios massivos. Isso garante maior segurança jurídica, preservando o modelo de negócios dessas empresas.

Para consumidores e sociedade, a decisão busca equilibrar a proteção da honra e da imagem com a liberdade de expressão. Os indivíduos podem solicitar a remoção de conteúdos ofensivos, mas precisam recorrer ao Judiciário para garantir a exclusão de material, evitando assim uma possível censura arbitrária no ambiente digital.

Quanto ao impacto econômico, o julgamento oferece segurança jurídica ao setor de tecnologia, evitando que provedores enfrentem custos desproporcionais com monitoramento e remoção de conteúdo. Isso fomenta a inovação e mantém o ambiente digital propício para novos investimentos.

Em suma, o julgamento do REsp 1.568.935/RJ reforça a aplicação do Marco Civil da Internet, delimitando a responsabilidade dos provedores de conteúdo e protegendo os direitos fundamentais no ambiente digital. Ele promove um equilíbrio entre a proteção individual e a liberdade de expressão, além de garantir previsibilidade jurídica para o mercado de tecnologia.

p) REsp 1512647/MG

O caso envolveu o Google. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 2.

Cuida-se de Recurso Especial decorrente de Ação de Indenização por Dano Moral, em que se analisou a responsabilidade civil da Google Brasil Internet Ltda. no caso de suposta violação de direitos autorais ocorrido na rede social Orkut, administrado pela plataforma. A controvérsia envolve a disponibilização de materiais protegidos sem autorização e a ausência de remoção de páginas infratoras mesmo após notificação.

Os arts. 102 a 104 da Lei n. 9.610/1998 atribuem responsabilidade civil por violação de direitos autorais a quem fraudulentamente "reproduz, divulga ou de qualquer forma utiliza" obra de titularidade de outrem; a quem "editar obra literária, artística ou científica" ou a quem "vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem".

Para o relator, em se tratando de provedor de internet comum, como os administradores de rede social, não é óbvia a inserção de sua conduta regular em algum dos verbos constantes nos arts. 102 a 104 da Lei de Direitos Autorais. Há que investigar como e em que medida a estrutura do provedor de internet ou sua conduta culposa ou dolosamente omissiva contribuíram para a violação de direitos autorais.

Segundo o Ministro Luís Felipe Salomão, relator do julgado, no direito comparado, a responsabilidade civil de provedores de internet por violações de direitos autorais praticadas por terceiros tem sido reconhecida a partir da ideia de responsabilidade contributiva e de responsabilidade vicária, somada à constatação de que a utilização de obra protegida não consubstanciou o chamado fair use.

No caso julgado, a rede social em questão não tinha como traço fundamental o compartilhamento de obras, prática que poderia ensejar a distribuição ilegal de criações protegidas. Conforme constatado por prova pericial, a arquitetura do Orkut não provia materialmente os usuários com os meios necessários à violação de direitos autorais. O ambiente virtual não constituía suporte essencial à prática de atos ilícitos, como ocorreu nos casos

julgados no direito comparado, em que provedores tinham estrutura substancialmente direcionada à violação da propriedade intelectual. Descabe, portanto, a incidência da chamada responsabilidade contributiva.

Para o relator, também não havia nos autos comprovação de ter havido lucratividade com ilícitos praticados por usuários em razão da negativa de o provedor exercer o poder de controle ou de limitação dos danos, quando poderia fazê-lo, do que resulta a impossibilidade de aplicação da chamada teoria da responsabilidade vicária.

Ademais, não havia danos materiais que pudessem ser imputados à inércia do provedor de internet, nos termos da causa de pedir. Ato ilícito futuro não pode acarretar ou justificar dano pretérito. Se houve omissão culposa, são os danos resultantes dessa omissão que devem ser recompostos, descabendo o resarcimento, pela Google, de eventuais prejuízos que a autora já vinha experimentando antes mesmo de proceder à notificação.

O Recurso Especial foi parcialmente provido. (REsp n. 1.512.647/MG, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 13/5/2015, DJe de 5/8/2015.)

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

Para Big Techs e Provedores de Internet, a decisão limita a responsabilidade dos provedores, exigindo uma notificação específica para a remoção de conteúdo ilícito. Isso reduz os custos operacionais e os riscos de litígios massivos, preservando a liberdade de operação das plataformas.

Para consumidores e titulares de direitos autorais, o julgamento reforça que os titulares de direitos autorais devem fornecer informações precisas para obter a remoção do conteúdo infrator. Isso pode dificultar a proteção de direitos, mas também impedir remoções arbitrárias.

Em termos de impacto econômico, a decisão traz segurança jurídica para o mercado digital, incentivando investimentos no setor tecnológico. No entanto, impõe desafios aos detentores de direitos autorais na busca por peças e proteção contra proteção exclusiva.

Com efeito, o REsp 1.512.647/MG reafirma os limites de responsabilidade dos provedores em relação a conteúdos gerados por terceiros, protegendo tanto os interesses das plataformas quanto os direitos dos autores. A decisão equilibra a inovação tecnológica com a necessidade de garantir a proteção de direitos no ambiente digital.

q) AgRg no AREsp 495503/RS

O caso envolveu o Google. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 2.

Trata-se de Agravo Regimental no Agravo de Recurso Especial decorrente de Ação Indenizatória por Dano Moral, que tem por objeto a criação de perfil falso em site de relacionamento. O caso tratou da responsabilidade civil do Google Brasil Internet Ltda. pela manutenção de um perfil falso com conteúdo ofensivo no Orkut, mesmo após notificação. A ação discutiu os limites de responsabilidade do provedor de internet em casos de conteúdo gerado por terceiros, abordando a aplicação dos princípios do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O STJ reafirmou que os provedores de internet não possuem responsabilidade objetiva pelo conteúdo gerado por seus usuários, conforme o art. 927 do Código Civil. Contudo, ao serem notificados sobre a presença de conteúdo ilícito, os provedores têm o dever de agir imediatamente para retirar o material, sob pena de responsabilidade solidária pelos danos causados.

No caso, o provedor não removeu o perfil ofensivo de forma imediata, mesmo após denúncia, configurando omissão e desejo. O Tribunal também rejeitou o argumento de que o Google não poderia ser responsabilizado sem uma ordem judicial, destacando que, ao criar mecanismos como a ferramenta “Denunciar Abuso”, a plataforma assume a obrigação de agir rapidamente diante de notificações de ilícitos.

Segundo o relator, o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.

O Agravo regimental foi desprovido. (AgRg no AREsp n. 495.503/RS, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 26/5/2015, DJe de 1/6/2015.)

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

Para Big Techs e Provedores de Internet, a decisão aumenta o grau de responsabilidade das plataformas digitais ao exigir ação rápida e eficiente diante de notificações de conteúdo

ilícito. Isso pode elevar os custos operacionais, com a necessidade de sistemas mais robustos para monitoramento e resposta a denúncias.

Para consumidores e a sociedade, a decisão protege os direitos de honra e imagem dos usuários, garantindo que conteúdos sensíveis sejam removidos de maneira ágil. Isso promove um ambiente digital mais seguro e ético, sem comprometer a liberdade de expressão, desde que os conteúdos ilícitos sejam devidamente notificados.

Sobre impacto econômico, embora a decisão exija maior diligência das plataformas, ela também oferece segurança jurídica ao definir restrições claras para a responsabilização. Isso favorece o equilíbrio entre a proteção dos usuários e a liberdade de operação das empresas no mercado digital.

Em conclusão, o julgamento do AgRg no AREsp 495.503/RS reforça a responsabilidade subjetiva dos provedores em casos de conteúdos ofensivos, estabelecendo a importância da pronta remoção de materiais ilícitos quando notificados. A decisão promove um ambiente digital mais equilibrado, garantindo a proteção de direitos individuais sem sobrecarregar as plataformas com obrigações excessivas.

r) REsp 1337990/SP

O caso envolveu o Google. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 2.

Cuida-se de Recurso Especial decorrente de Ação de Indenização por Dano Moral que tem por objeto a acusação de criação de perfis falsos e comunidades injuriosas em site eletrônico mantido por Provedor de Internet. A ação foi movida pelo ex-piloto de Fórmula 1, Rubens Barrichello, que teve sua imagem e honra atacadas repetidamente, mesmo após notificação extrajudicial.

Trata-se de pretensão indenizatória e cominatória veiculada pelo ex-piloto profissional de Fórmula 1, que, após tomar conhecimento da existência de "perfis" falsos, utilizando o seu nome e suas fotos com informações injuriosas, além de "comunidades" destinadas unicamente a atacar sua imagem e sua vida pessoal, notificou extrajudicialmente o provedor para a sua retirada da internet.

Segundo o relator, houve recusa da empresa provedora dos serviços de internet em solucionar o problema. A polêmica gira em torno da responsabilidade civil por omissão do provedor de internet, que não responde objetivamente pela inserção no site, por terceiros, de dados ilícitos. Para o STJ, não é possível impor ao provedor a obrigação de exercer um controle prévio acerca do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários, pois constituiria

uma modalidade de censura prévia, o que não é admissível em nosso sistema jurídico. Ao tomar conhecimento, porém, da existência de dados ilícitos em "site" por ele administrado, o provedor de internet tem o prazo de 24 horas para removê-los, sob pena de responder pelos danos causados por sua omissão.

O Recurso Especial do autor foi desprovido e recurso especial da parte ré parcialmente provido para afastar a condenação relativa à criação de bloqueios e filtros em nome do autor. (REsp n. 1.337.990/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 21/8/2014, DJe de 30/9/2014.)

A controvérsia analisou a responsabilidade do provedor em remover conteúdos ofensivos após notificação e abordou os seguintes pontos principais:

- Responsabilidade Subjetiva do Provedor: O STJ concluiu que o provedor de internet não tem responsabilidade objetiva por conteúdos gerados por terceiros, mas responde subjetivamente se não agir após ser notificado sobre conteúdos ilícitos.
- Prazo para Remoção: Foi fixado o prazo de 24 horas após a notificação para remoção do conteúdo ofensivo. A omissão do Google em cumprir com a retirada no prazo estipulado configurou responsabilidade civil por omissão.
- Censura Prévia: O Tribunal rejeitou a possibilidade de imposição ao provedor da obrigação de criar filtros automáticos ou bloqueios gerais para evitar futuros perfis ou comunidades agressivas, considerando que isso caracterizaria a censura prévia.

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

Para Big Techs e Provedores de Internet, a decisão reforça que as plataformas não podem ser responsabilizadas por conteúdo gerado por usuários sem notificação prévia. No entanto, uma vez notificada, a inércia pode gerar responsabilidade. Isso exige das plataformas investimentos em sistemas de resposta rápida e ferramentas de monitoramento após a notificação, mas evita custos desproporcionais com censura prévia.

Para consumidores e sociedade, a decisão protege o direito à honra e à imagem, estabelecendo que vítimas de conteúdos ofensivos tenham um caminho claro para reposição. Por outro lado, a proteção à liberdade de expressão é mantida, ao não exigir monitoramento contínuo das plataformas, evitando censura excessiva.

Em termos de impacto econômico, o entendimento favorece a segurança jurídica no mercado digital, permitindo que os provedores continuem oferecendo seus serviços sem custos excessivos, ao mesmo tempo que garantem proteção eficaz contra abusos. A fixação de prazos claros para remoção também reduz riscos de litígios.

Em suma, o julgamento do REsp 1.337.990/SP consolida a jurisdição sobre a responsabilidade subjetiva dos provedores de internet, oferecendo equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais e a liberdade de operação das plataformas digitais.

s) AgRg no Ag 1174206/RJ

O caso não envolveu nenhuma *Big Tech*. Não houve citação expressa aos termos princípio da eficiência e consequência, conforme Anexo 2.

É uma questão tributária envolvendo a questão de incidência ou não de ICMS para o serviço prestado pelos Provedores de Internet. O STJ entendeu que o ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à internet (Súmula 334/STJ). Com isso, o Agravo Regimental não foi provido. (AgRg no Ag n. 1.174.206/RJ, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1/12/2009, DJe de 11/12/2009.)

A controvérsia envolve a interpretação do art. 61 da Lei nº 9.472/97, que classifica os serviços de provedores de internet como serviços de valor adicionado, e não como serviços de telecomunicações, ou que os excluem do campo de incidência do ICMS. O Tribunal concluiu que a atividade dos provedores não se confunde com o serviço de telecomunicações, uma vez que eles apenas viabilizam o acesso à rede mundial de computadores.

A decisão consolidou o entendimento de que a natureza jurídica dos prestadores de serviços não permite a incidência do ICMS, reafirmando a jurisprudência do STJ e a segurança jurídica para o setor de tecnologia e internet.

Quanto às consequências, nenhum voto, ementa ou acórdão fez referência ao princípio da eficiência e a análises das consequências do julgado, contudo, pode-se extrair que a decisão tem implicações econômicas e sociais:

Para Provedores de Internet, a decisão é economicamente relevante, pois evita a sobrecarga tributária sobre as atividades dos fornecedores. Isso garante a manutenção de custos operacionais mais baixos, ou que podem ser repassados aos consumidores por meio de tarifas mais acessíveis.

Para o Setor de Telecomunicações e *Big Techs*, a distinção entre serviços de telecomunicações e valor agregado beneficia grandes empresas de tecnologia, garantindo que

apenas os serviços essencialmente comunicativos sejam tributados com ICMS. Isso promove um ambiente de negócios mais competitivo e estimula investimentos em infraestrutura digital.

Quanto ao impacto social, a decisão contribui para a universalização do acesso à internet, uma vez que custos mais baixos para os provedores facilitam a ampliação da oferta de serviços, especialmente em regiões menos envolvidas. Isso reforça a inclusão digital e o acesso a serviços essenciais no ambiente *online*.

Em conclusão, o julgamento do AgRg no Agravo de Instrumento 1.174.206/RJ reafirma a posição consolidada do STJ sobre a não incidência do ICMS nos serviços de provedores de internet. A decisão fortalece o ambiente regulatório, promovendo a previsibilidade jurídica e incentivando o desenvolvimento do setor de tecnologia e conectividade no Brasil.

4.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CASOS

Ao longo desse capítulo, foi analisada a aplicação do princípio da eficiência e do pragmatismo jurídico nos julgamentos do STF e STJ, em questões de regulação do mercado digital. Como visto, dos casos estudados, raramente o STF e o STJ utilizam o princípio da eficiência e o argumento consequencialista nas decisões. Apenas em um caso no STF e em um outro caso no STJ, a utilização desses instrumentos foi possível identificar.

Os tribunais superiores de outros países também têm enfrentado o problema da regulação das atividades das grandes empresas transnacionais de tecnologia. Como a questão é complexa, dado o poder transformador das atuais tecnologias de informação, o poder econômico das *Big Techs* e a repercussão jurídica em vários direitos fundamentais, as cortes constitucionais desses países têm procurado intervir de modo pontual e preciso, a fim de evitar um excessivo poder regulatório, que tende a prejudicar a inovação tecnológica. A título de exemplo, podemos citar as decisões seguintes:

1. Suprema Corte dos EUA: "Google LLC v. Oracle America, Inc." (2021)

Resumo do Julgado: O caso envolve uma disputa entre Google e Oracle sobre o uso de partes do código de programação do Java na criação do Android. A Oracle alegou que o uso foi uma violação dos direitos autorais, enquanto o Google argumentou que o uso foi justo sob a doutrina do "uso justo". A Suprema Corte decidiu em favor do Google, considerando que o uso foi transformador e que favorece a inovação e o desenvolvimento tecnológico.

Pertinência com o Tema: Este caso é crucial para o estudo de como decisões judiciais podem impactar a inovação tecnológica e o desenvolvimento de novas plataformas, além de

estabelecer precedentes sobre o equilíbrio entre direitos de propriedade intelectual e inovação em empresas transnacionais de tecnologia.

Os tribunais superiores do Brasil não enfrentaram questão semelhante, contudo, pode-se notar que, a semelhança de alguns julgados do STJ sobre o tema direitos autorais, o controle judicial é pontual, mas tem preocupação com o impacto da decisão sobre a inovação tecnológica. Em suma, a decisão eficiente busca equilibrar o direito de propriedade intelectual como direito de liberdade de inovar.

2. Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE): "Google Spain SL, Google Inc. v. Agência Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González" (2014)

Resumo do Julgado: Conhecido como o caso "Direito ao Esquecimento", esta decisão do TJUE determinou que os motores de busca como o Google devem considerar pedidos de remoção de links de resultados de busca quando estes violarem a privacidade dos indivíduos, mesmo se as informações não forem ilegais.

Pertinência com o Tema: Este caso é significativo para compreender como as decisões judiciais em litígios empresariais moldar a aplicação de normas de proteção de dados e privacidade em toda a Europa, impactando diretamente o funcionamento de empresas transnacionais de tecnologia.

Os tribunais superiores do Brasil, como visto, enfrentaram questão semelhante relativa ao direito ao esquecimento e o STF fixou a tese para o Tema 786:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível. (RE 1010606, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 11-02-2021)

Essa decisão do STF proferida no RE 1010606/RJ, foi observada pelo STJ como precedente vinculante nos julgados do REsp 1660168 / RJ e do AgInt no AREsp 2458697 / SP.

3. Supremo Tribunal da Índia: "Shreya Singhal v. União da Índia" (2015)

Resumo do Julgado: Este caso tratou da constitucionalidade da Seção 66A da Lei de Tecnologia da Informação da Índia, que permite a prisão de pessoas por postar conteúdos considerados ofensivos na internet. O Supremo Tribunal da Índia declarou a Seção 66A inconstitucional, enfatizando a importância da liberdade de expressão.

Pertinência com o Tema: A decisão ilustra como a Suprema Corte da Índia tem lidado com questões de regulação de conteúdo online, impactando diretamente as operações de

empresas de tecnologia que fornecem serviços de mídia social e outras plataformas de comunicação digital no país.

Os tribunais superiores do Brasil enfrentaram questão semelhante de regulação do conteúdo *online*. No Brasil, diferentemente da Índia, a conduta de postar conteúdos ofensivos na internet, em si, não impõe responsabilidade penal a empresa provedora de internet, somente ao terceiro causador do dano. Contudo, no Brasil, o STJ tem jurisprudência consolidada no sentido da responsabilidade civil do causador do dano e da responsabilidade civil subsidiária e solidária do provedor de internet que, caso notificado, não exclua o conteúdo ofensivo imediatamente. Os julgados AgInt no REsp 1732087/PR, AgInt nos EDcl no AREsp 1753362/RJ, AgInt no AREsp 2314086/RS, REsp 1.783.269/MG, REsp 1593249/RJ, AgInt nos EDcl no REsp 1402112/SE, AgRg no AREsp 495503/RS, REsp 1337990/SP, do STJ, são representativos deste entendimento.

4. Tribunal de Apelação da Califórnia dos EUA: "Bolger v. Amazon.com, LLC" (2020)

Resumo do Julgado: Este caso trata da responsabilidade da Amazon por um produto defeituoso vendido por meio de sua plataforma. Angela Bolger comprou uma bateria para laptop listada na Amazon por um vendedor terceirizado, Lenoge Technology (HK) Ltd., que utilizava o nome fictício "E-Life". A bateria, armazenada e enviada pela Amazon, explodiu meses depois, causando queimaduras graves em Bolger.

Bolger processou a Amazon, alegando responsabilidade estrita por produto defeituoso. O tribunal de primeira instância concluiu que a Amazon não era responsável, pois não era fabricante, distribuidora ou vendedora do produto, mas apenas uma plataforma de marketplace. No entanto, Bolger apelou.

O Tribunal de Apelação da Califórnia reverteu a decisão, considerando que a Amazon era um elo essencial na cadeia de distribuição. O tribunal argumentou que a Amazon desempenhou um papel central no processo de venda, incluindo: a) Armazenamento e envio do produto. b) Cobrança e processamento de pagamento. c) Criação e controle da listagem do produto no site.

Pertinência com o Tema: A decisão destacou que a Amazon tinha a capacidade de exercer controle significativo sobre os vendedores terceirizados, podendo pressioná-los a melhorar a segurança dos produtos. Com base nesses fatores, o tribunal concluiu que a Amazon deveria ser responsabilizada estritamente, assim como varejistas tradicionais.

Além disso, a defesa da Amazon sob a Seção 230 do Communications Decency Act, que geralmente protege provedores de internet de responsabilidade por conteúdo de terceiros,

foi rejeitada. O tribunal afirmou que a reclamação de Bolger baseava-se nas atividades da Amazon como distribuidora e não em seu papel de hospedar conteúdo.

O Tribunal determinou que a Amazon pode ser responsabilizada sob a doutrina de responsabilidade estrita por produtos defeituosos, promovendo a proteção ao consumidor em transações mediadas por marketplaces online.

O STJ enfrentou questão semelhante envolvendo Plataforma de *e-commerce* delimitando a responsabilidade civil objetiva dos provedores de internet, a depender se atuam como plataforma de classificados ou intermediador do negócio celebrado. Ver os julgados REsp 2067181/PR, REsp 1836349/SP e o AREsp 144823/RJ

Como observado, os casos examinados nesse capítulo evidenciam que as decisões judiciais têm impacto para as empresas de tecnologia, para os consumidores, para o poder público, para o mercado e para a sociedade. Ocorre que a reflexão sobre as consequências econômicas e sociais da decisão raramente consta no bojo da fundamentação jurídica dos votos e dos acórdãos proferidos pelos tribunais superiores, a despeito da evolução do emprego da Análise Econômica do Direito pelo STF, notadamente, nos votos do Min. Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes.

Dos julgados do STF e STJ, constatou-se que, embora o uso do princípio da eficiência seja bem limitado e cauteloso, a sua observância em decisões judiciais possui um impacto significativo em áreas como a regulação de *big techs* e *e-commerce*. Em cada um dos casos identificados, buscou-se mostrar os reais impactos econômicos e sociais das decisões. Nesse aspecto, entende-se que havia espaço para o emprego do princípio da eficiência com fundamento decisório pelos tribunais superiores.

A eficiência, quando bem aplicada como fundamento da decisão judicial, pode contribuir para um sistema jurídico mais justo e adaptado às necessidades econômicas e sociais do Brasil. Isso nos leva a concluir, neste momento, que uma aplicação controlada e ponderada do princípio da eficiência poderá favorecer a análise dos impactos da decisão judicial, consubstanciada na harmonização entre as demandas tecnológicas e as exigências de um sistema jurídico inclusivo e que promova a eficiência, sem descuidar da equidade no setor de mídia social e *e-commerce*.

No próximo capítulo, será apresentada uma proposta de aplicação do princípio da eficiência como fundamento da decisão judicial nestas questões complexas de direito empresarial envolvendo as empresas transnacionais de tecnologia de informação.

5. MODELO DE EMPREGO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA EM CASOS DIFÍCEIS ENVOLVENDO EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO MERCADO DIGITAL

Pelo aqui exposto, nota-se que o emprego do pragmatismo e, notadamente, do princípio da eficiência é raramente empregado pelos tribunais superiores nesses casos particulares. Considerando que dos 118 casos analisados, apenas 2 apresentaram argumento consequencialista, fica inviabilizado fazer uma análise descritiva de sua eventual utilização. Neste cenário, identificado o emprego raro do princípio da eficiência nesses casos, resta propor um modelo para sua aplicação. Assim, neste capítulo, será apresentado um modelo de emprego do princípio da eficiência na fundamentação da decisão judicial de casos difíceis envolvendo empresas transnacionais do mercado digital. A proposição é pontual e não abrange todas as questões complexas envolvendo as *Big Techs*.

Nossa proposta será apresentada da seguinte forma: Primeiramente, serão expostas algumas questões complexas enfrentadas pelas empresas transnacionais no mercado digital. A partir da análise dos julgados do capítulo anterior, serão apontadas as questões jurídicas e como elas afetam o interesse econômico e social da empresa, nos vetores: maximização de lucro, redução de custos, melhoria do bem-estar social e respeito à dignidade da pessoa humana. Por fim, a partir de uma análise econômica do direito normativa, será apresentada o modelo de aplicação do princípio da eficiência em alguns julgados selecionados.

5.1 QUESTÕES COMPLEXAS ENVOLVENDO EMPRESA TRANSNACIONAL NO MERCADO DIGITAL: O INTERESSE ECONÔMICO DA EMPRESA: MAXIMIZAÇÃO DO LUCRO E REDUÇÃO DE CUSTOS DE TRANSAÇÃO; O INTERESSE SOCIAL: MELHORIA DO BEM-ESTAR SOCIAL; OS DIREITOS INDIVIDUAIS: RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Nesta seção, aprofundamos a análise do impacto das decisões sobre as plataformas digitais. As *big techs*, como Google, Meta, Amazon e outras plataformas de *e-commerce*, enfrentam desafios em relação à responsabilidade civil, principalmente em relação à remoção de conteúdo ofensivo ou ilegal. Com observado no capítulo anterior, o STJ aplicou a jurisprudência firmada no Marco Civil da Internet em várias dessas decisões, enfatizando a responsabilidade das plataformas de agir conforme notificações judiciais ou extrajudiciais, a depender do conteúdo ilícito publicado por terceiro.

Antes de apresentarmos uma análise teórica da aplicação do princípio da eficiência nas decisões judiciais envolvendo empresas transnacionais de tecnologia de informação impõe comentar como elas tendem a lidar com os desafios provocados pela crescente regulação do mercado digital. Inspirados pela Análise Econômica do Direito, estudiosos como Richard Posner, Guido Calabresi, Steven Shavel e Luis Kaplow defendem que as decisões judiciais devem promover uma alocação eficiente dos recursos, respeitando tanto os direitos individuais quanto interesses coletivos. No contexto das *Big Techs*, a eficiência da decisão judicial é observada e tratada como um fator relevante no modelo de negócios adotado porque decisões tendem a afetar mercados inteiros.

Pois bem. As *Big Techs* enfrentam um desafio multifacetado ao operar em um ambiente de moderada regulamentação e crescente escrutínio judicial. Por um lado, elas têm o objetivo econômico de maximizar lucros e reduzir custos operacionais como custos de transação e produção, promovendo a eficiência em seus processos. Por outro, como atores globais que atuam dentro de estados constitucionais, são compelidas a respeitar direitos fundamentais, incluindo a dignidade da pessoa humana, a propriedade, a liberdade e a igualdade, e a promover o bem-estar social.

Para lidar com as Exigências Regulatórias e Judiciais, elas tendem a adotar as seguintes estratégias:

a) *Compliance* e Governança Digital

As *Big Techs* têm investido significativamente em estruturas de *compliance* para garantir o cumprimento das legislações locais, como o Marco Civil da Internet no Brasil, o DSA na União Europeia e outras regulamentações específicas. Essas estruturas permitem que as empresas alinhem suas operações com as exigências legais, minimizando riscos de litígios e multas.

Como exemplo pode-se citar as decisões judiciais que ao limitarem a responsabilidade dos provedores (como no caso da obrigação de indicar URLs específicas) incentivaram a criação de ferramentas automatizadas de governança, com menor custo, que processam notificações judiciais e facilitam a remoção de conteúdos ilícitos de forma eficiente, quando indicadas as URLs.

Dentro deste arranjo regulatório, os provedores de internet buscam maximizar lucro e minimizar custos, de um lado, e mitigar a violação de direitos fundamentais, como a dignidade humana dos seus usuários, por outro.

b) Tecnologia para equilibrar liberdade de expressão e controle

Empresas como Google, Facebook e X (antigo Twitter) têm utilizado inteligência artificial para monitorar conteúdos em larga escala, mas com critérios que respeitam a liberdade de expressão, dado que sua responsabilização depende de notificação prévia, segundo jurisprudência consolidada do STJ sobre a matéria. Essas tecnologias ajudam a filtrar e moderar conteúdos publicados em suas plataformas sem impor censura prévia.

O uso de tecnologias como a Inteligência Artificial para detectar conteúdos com mensagens ofensivas gera um custo para as empresas, mas tende a evitar eventuais prejuízos decorrentes de indenização e multas provocadas por demora na remoção de conteúdo ilícito, após notificação. Essa estratégia tende também a mitigar a violação de direitos fundamentais, como a dignidade humana, a privacidade, a propriedade intelectual de seus usuários.

c) Colaboração com o Judiciário

As *Big Techs*, a partir do marco regulatório estabelecido pelo Marco Civil da Internet, têm adotado uma postura de maior colaboração com o Poder Judiciário, criando canais dedicados para responder rapidamente a decisões judiciais, no âmbito criminal e eleitoral. Isso reduz o tempo de resposta e garante que ordens sejam cumpridas dentro do prazo legal. Evidentemente, a criação de canais de comunicação mais ágeis para atender decisões judiciais geram maior custo e menor lucro, mas tende, como as medidas anteriores, a mitigar a violação de direitos fundamentais, como a dignidade humana, a privacidade, a propriedade intelectual de seus usuários.

A crescente regulação do mercado digital, tem provocado uma tensão entre Lucro e Bem-Estar Social. Vejamos:

a) Maximização de Lucros vs. Proteção de Direitos

As empresas buscam constantemente reduzir custos, inclusive os associados ao cumprimento de regulamentações e decisões judiciais. Não se pode negar que a estratégia dominante de toda empresa é a maximização do lucro, por isso, a busca incessante por redução de custos. No entanto, o respeito aos direitos individuais, como privacidade, intimidade e honra, impõe desafios. Decisões judiciais que obrigam plataformas a remover conteúdos rapidamente (casos envolvendo crianças, privacidade, intimidade sexual ou desinformação) aumentam os custos operacionais de precaução, mas também contribuem para uma sociedade digital mais segura.

b) Responsabilidade Social Corporativa (RSC)

Para conciliar interesses econômicos com a promoção do bem-estar social, as *Big Techs* têm adotado políticas de responsabilidade social corporativa. Isso inclui programas que

promovem alfabetização digital, segurança online e inclusão digital, especialmente em comunidades vulneráveis.

Como exemplo tem-se os investimentos em inclusão digital em regiões carentes, como infraestrutura de acesso à internet em áreas remotas. Essa ações buscam demonstrar o compromisso das empresas em fomentar o bem-estar social enquanto expandem suas bases de usuários.

No que tange ao respeito à dignidade humana, observa-se que as decisões judiciais proferidas pelo STF e pelo STJ frequentemente enfatizam a dignidade da pessoa humana como um valor central em disputas envolvendo direitos individuais: liberdade de expressão, de um lado; honra, privacidade, propriedade intelectual, proteção de dados pessoais, de outro. As *Big Techs*, nesse cenário devem equilibrar:

- Liberdade de Expressão: Garantir que os usuários possam se expressar sem restrições indevidas.
- Proteção à Honra e Privacidade: Remover conteúdos que atentem contra a dignidade humana quando notificados de forma válida.

A título de exemplo, o julgamento do REsp 1.783.269/MG impôs à plataforma o dever de remover conteúdo ofensivo contra menores após notificação extrajudicial e não notificação judicial, evidenciando o papel crucial dessas empresas na proteção da dignidade de grupos vulneráveis.

Como se vê, o arranjo regulatório atual exige das empresas transnacionais uma conciliação entre Eficiência Corporativa e Responsabilidade Social. Com efeito, as *Big Techs* têm a oportunidade de usar sua escala de produção e tecnologia para internalizar custos sociais e promover práticas que melhorem o bem-estar coletivo. Embora a maximização do lucro continue sendo um objetivo fundamental, o alinhamento com os valores constitucionais e a proteção dos direitos fundamentais não apenas evitam sanções, mas também fortalecem a confiança do público nas empresas que operam no mercado digital e garantem a sustentabilidade a longo prazo.

Em suma, as *Big Techs* operam em uma linha tênue entre eficiência econômica e responsabilidade social. Por meio de estratégias de *compliance*, tecnologia avançada e colaboração com o poder público, elas podem atender às demandas jurídicas e sociais, mantendo um ambiente digital seguro e respeitoso, sem comprometer sua viabilidade financeira. Assim, contribuem para um modelo de negócios mais equilibrado e em conformidade com os valores do estado constitucional, qual seja, o Estado Democrático de Direito.

5.2 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO FUNDAMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE CASOS DIFÍCEIS ENVOLVENDO EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO MERCADO DIGITAL

A partir das matrizes anteriores e o balizamento constitucional que apontam para importância de se considerar a melhoria do bem-estar social como critério importante para análise das consequências da decisão judicial, propõe-se o emprego do princípio da eficiência sob esse critério.

Como demonstrado no segundo capítulo deste trabalho, a última e bem-sucedida tentativa de alicerçar as bases e parâmetros pragmáticos da Análise Econômica do Direito (AED) é o critério de eficiência apresentado por Steven Shavell e Luis Kaplow, baseado na função do bem-estar social. A ideia foi demonstrar que princípios econômicos do bem-estar social (*welfare economics*) podem servir como critério para elaboração e julgamento de qualidade de leis e de decisões judiciais.

As bases da teoria apresentada por eles está assentada em certos aspectos relevantes:

- a) O bem-estar social é o único critério relevante de análise normativa, por isso, não pode ser desviado por concepções morais ou filosóficas exclusivamente vinculadas a princípios abstratos de justiça (*fairness*).
- b) O bem-estar social difere da maximização da riqueza social por ter atenção com questões de desigualdade decorrentes da redistribuição de renda.
- c) O bem-estar social vai muito além do aspecto material dos indivíduos e compreende também aspectos imateriais, como sensações e sentimentos altruístas, de autoestima, de estética e de justiça.
- d) O bem-estar social não exclui princípios de justiça em geral, apenas compreende que a adoção exclusiva e independente deles na formulação de leis, políticas públicas e decisões, às expensas do bem-estar, é injusto para o indivíduo e a sociedade.
- e) O bem-estar social é a função (soma, agregação) do bem-estar de todos os indivíduos. Supõe-se que a alteração do bem-estar de qualquer indivíduo afete o bem-estar social de modo simétrico, o que significa uma noção de igualdade, dado que todos os indivíduos devem ter igualdade de consideração e respeito.
- f) Uma determinada decisão judicial não será considerada eficiente pelo critério de bem-estar social se provocar forte concentração de renda, uma vez que a taxa de

crescimento da utilidade é decrescente em relação ao *quantum* de riqueza acumulada.

Por tudo isso, o critério agregador da melhoria do bem-estar social difere do critério de maximização de riqueza, por ter atenção a questões de justiça distributiva, e difere também do critério de Pareto, por admitir que haja alguns prejudicados, mas se aproxima do de Kaldor-Hicks, por buscar, em uma mudança de situação provocada pela norma jurídica (lei, política pública ou decisão judicial), no novo estado de coisas, que haja mais beneficiados que prejudicados. Com isso, o critério evita que todos fiquem piores e inadmite que princípios de justiça sejam valorados de forma independente em prejuízo de uma maioria.

Assim, nossa proposição de aplicação do princípio da eficiência pelo critério da melhoria do bem-estar social como fundamento da decisão judicial em casos difíceis envolvendo empresas transnacionais visa:

- Diagnosticar normas concebidas com base exclusiva em princípios de justiça, o que pode levar à produção de resultados nocivos para o bem-estar social;
- Impedir a fundamentação da decisão judicial exclusivamente por critérios diversos da melhoria do bem-estar social;
- Em eventual comparação entre decisões judiciais, considerar como mais eficientes as construídas com o propósito de melhoria do bem-estar social.

Nesse aspecto, tem-se que nossa proposição encontra respaldo no disposto nos arts. 20 a 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º. Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º. Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º. As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Em breve síntese, segundo se depreende da lei, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. Com efeito, é a própria de lei introdutória das normas brasileiras que, com as alterações introduzidas pela Lei No. 13.655/2018, estabelece que não somente as decisões administrativas e controladoras, mas também as decisões judiciais devem considerar as consequências da decisão e não se basearem exclusivamente em princípios de justiça abstratos.

Nesse cenário, a proposição da aplicação do princípio da eficiência sob o critério de melhoria do bem-estar social mostra-se legalmente adequado para fundamentação da decisão judicial por duas razões. Primeiro, diagnostica decisões judiciais concebidas com base exclusiva em princípios de justiça, o que pode levar à produção de resultados nocivos para o bem-estar social. Segundo, impede a fundamentação da decisão judicial sem análise das consequências e com critérios diversos da melhoria do bem-estar social, o que é bom, não somente para as partes, mas também para a sociedade.

Essa proposição respeita o balizamento constitucional, visto que a promoção do bem-estar social é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 4º., I a IV) e respeita seus fundamentos (CF, art. 1º., I a V), notadamente, a dignidade da pessoa humana, visto que o bem-estar individual é um componente da dignidade.

Na decisão judicial de casos difíceis envolvendo empresas transnacionais no mercado digital, como as empresas provedoras de internet e de comércio eletrônico, o controle judicial deve compreender que a atividade econômica das empresas, como dito anteriormente, é regulada pelo sistema jurídico vigente voltado ao alcance dos objetivos da atual Constituição Federal que enfatizam a liberdade, a solidariedade, o desenvolvimento nacional, a redução das

desigualdades e a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de qualquer espécie (CF, art. 4º.).

Importante destacar que no sistema de justiça brasileiro, os provedores de internet não são tipicamente classificados como grandes litigantes ou litigantes habituais. Embora existam processos judiciais envolvendo essas empresas, o volume de ações não é comparável ao de setores como bancos, operadoras de telefonia ou empresas de energia elétrica, que frequentemente figuram entre os maiores litigantes no país.

Especificamente, nos últimos três anos, não há dados públicos que indiquem um volume significativo de processos judiciais envolvendo provedores de internet. Os relatórios Justiça em Números do CNJ, no Painel de Grandes Litigantes, não apresentam as *Big Techs* como litigantes habituais. A maioria das disputas relacionadas a esses provedores tende a ser resolvida por meio de mecanismos extrajudiciais, como acordos administrativos ou conciliação, o que contribui para a menor incidência de litígios judiciais.

Além disso, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), apesar das críticas sobre a capacidade regulatória, estabelece diretrizes sobre a responsabilidade dos provedores, o que tem contribuído para a redução de litígios judiciais nesse setor. Por exemplo, o artigo 19 da referida lei dispõe que os provedores de aplicações de internet somente podem ser responsabilizados civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomarem as providências para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.

Portanto, embora os provedores de internet possam estar envolvidos em processos judiciais, eles não são considerados grandes litigantes no contexto do sistema de justiça brasileiro e o volume de processos nos últimos três anos não indica uma tendência de litígios habituais por parte dessas empresas. No entanto, alguns casos possuem grande repercussão social e econômica, tornando essencial a atenção aos impactos das decisões judiciais.

A seguir, será aplicado o modelo em dois casos, criteriosamente selecionados da amostra pesquisada e analisada no capítulo anterior. Como se verá, depois de identificado o caso difícil, no primeiro momento, e interpretado e aplicado princípios de justiça, no segundo momento, o julgador passará a análise econômica da decisão judicial, no qual aplicará o princípio da eficiência. Esse momento final compreende uma análise da estrutura de incentivos da norma jurídica examinada e dos custos envolvidos para os litigantes e para a sociedade, a comparação dos resultados, a escolha da regra mais desejável para a sociedade, em termos de melhoria do bem-estar social, que pode ser aquela que reduza custos sociais (custos de

transação, custos de precaução, custos de litigância) ou a que promova otimização de incentivos à boa gestão, à proteção de direitos fundamentais ou à inovação.

5.2.1 Estudo De Caso 1 – RE 1037396/SP E RE 1057258/MG

O modelo pode ser aplicado em casos difíceis envolvendo provedores de internet, como os RE 1037396/SP e RE 1057258/MG, com repercussão geral já reconhecida pelo STF, cujo objeto é a constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet (MCI) e, consequentemente, o regime de responsabilidade civil utilizado para regular a conduta dos provedores, qual seja, responsabilidade subjetiva e solidária, com reserva de jurisdição, em todos os casos, exceto os que envolvem violação de direitos de criança ou adolescente, pornografia de vingança e violação de direito autoral.

Como dito no capítulo antecedente, os dois recursos são emblemáticos. O STF já realizou audiências públicas para debater o tema, envolvendo especialistas, representantes de plataformas digitais e organizações da sociedade civil. Recentemente, iniciou o julgamento do mérito dos recursos, com apresentação do voto de três dos onze ministros. Essa tramitação mostra que o debate sobre a responsabilidade das plataformas ainda está em evolução, e uma importante decisão da Suprema Corte deverá ser dada, influenciando a aplicação do Marco Civil da Internet.

Da análise dos julgados do STF e STJ percebe-se que o STF, até o momento, vem dando deferência aos julgados proferidos pelo STJ sobre o tema, reconhecendo que as decisões proferidas pelo tribunal da cidadania em interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional são suficientes para solução de casos envolvendo ilícito civil praticados na internet, notadamente, nas mídias sociais. Veja o ARE AgR-ED 922580/MT, como exemplo. No caso, segundo o relator Min. Edson Fachin, trata-se de discussão que se resolve no âmbito infraconstitucional (art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002 e art. 14, §3º, II, do Código de Defesa do Consumidor), de modo que a ofensa constitucional, se existente, seria meramente reflexa, ou seja, decorrente da própria análise da legislação ordinária eventualmente aplicável ao caso.

Como o julgamento dos recursos envolvendo a constitucionalidade do art. 19 do MCI ainda não foi concluído e os votos proferidos podem ser retificados futuramente, não se abordará as teses até então propostas.

No caso do STJ, este tribunal ao enfrentar o tema firmou jurisprudência no sentido de:

- A responsabilidade dos provedores de aplicação da internet por conteúdo gerado por terceiro é subjetiva e torna-se solidária quando, após notificação judicial, a retirada do material ofensivo é negada ou retardada;
- Para fatos anteriores à publicação do Marco Civil da Internet basta a ciência inequívoca do conteúdo ofensivo pelo provedor, sem sua retirada em prazo razoável, para que este se torne responsável e após a entrada em vigor da Lei nº 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade solidária do provedor é o momento da notificação judicial que ordena a retirada do conteúdo da internet;
- Em caso envolvendo menor de idade, o termo inicial da responsabilidade solidária do provedor é o momento da notificação extrajudicial e não da judicial, não se aplicando o art. 19 do MCI;
- Em caso de veiculação de fotografias de nudez produzidas para fins comerciais e não em caráter particular, o termo inicial da responsabilidade solidária do provedor é o momento da notificação judicial e não da extrajudicial, aplicando-se o art. 19 do MCI e não o art. 21 do MCI;
- Há a necessidade de indicação clara e específica do localizador URL do conteúdo infringente para a validade de comando judicial que ordene sua remoção da internet e, ainda, o fornecimento do URL é obrigação do requerente.
- A responsabilidade dos provedores de conteúdo de internet em geral depende da existência ou não do controle editorial do material disponibilizado na rede. Não havendo esse controle, a responsabilização somente é devida se, após notificação para a retirada do material, mantiver-se o provedor inerte.
- A motivação do conteúdo divulgado de forma indevida é indiferente para a incidência do art. 19 do MCI.
- A responsabilidade limitada dos provedores de pesquisa, prevista no art. 19 do MCI, não se aplica a sua atuação no mercado de links patrocinados.

São representativos desse entendimento os julgados REsp 1593249/RJ, REsp 1930256/SP, REsp 1783269/MG, REsp 1980014/SP, REsp 2012895/SP, AgInt no AREsp 2314086/RS, AgInt nos EDcl no AREsp 1753362/RJ, AgInt no REsp 1732087 PR.

Na linha do modelo inicial, apresentado ao final do terceiro capítulo, propõe-se três etapas para o emprego do princípio da eficiência nesse caso referente a constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet:

a) Verificar se o caso pode ser classificado como caso difícil

Como já afirmado, caso difícil é um processo judicial que envolve questão complexa de direito constitucional ou infraconstitucional, com repercussão política, jurídica, econômica e social, que ultrapassa os interesses subjetivos das partes do processo original. O caso, sob exame, é afetado pelo rito da repercussão geral e envolve questão complexa de direito constitucional, civil e empresarial cuja interpretação literal do art. 19 do MCI parece não resolver de forma satisfatória a questão, dada a alegada inconstitucionalidade da norma e as reiteradas críticas sofridas pelo atual regime de responsabilidade civil das empresas transnacionais provedoras de internet.

Nesse aspecto, não é difícil concluir que o caso pode ser considerado como caso difícil, dado a sua repercussão política, econômica e social e o eventual conflito entre regras e princípios jurídicos.

b) Identificar quais regras e princípios jurídicos se aplicam ao caso

Essa etapa envolve a análise do direito fundamental que se pretende ver protegido ou concretizado. Trata-se da análise do pedido formulado pelo autor da demanda judicial sob o pátio de algum ou alguns princípios jurídicos como o do princípio da dignidade humana, da liberdade ou da propriedade. Tal percepção é fundamental para que se compreenda que a tutela judicial é necessária.

O caso sob exame se refere a dois recursos extraordinários que foram interpostos com amparo em pretensa violação dos arts. 5º, incisos IV, IX e XIV, e 220, caput e §§ 1º e 2º, da Lei Fundamental. A lide possui transcendência e relevância, uma vez que trata dos Temas No. 533 e 987, quais sejam, responsabilidade civil do prestador de aplicações de internet e reserva de jurisdição, sendo que naquele que deu origem ao Tema No. 533, os fatos se deram antes da vigência do Marco Civil da Internet, enquanto, ao que deu origem ao Tema No. 987 lida com fatos subsumidos na Lei No. 12.965/14.

A questão complexa coloca em colisão a proteção aos direitos da personalidade, como honra, imagem, privacidade e intimidade, de um lado (CF, art. 5º, X), e liberdade de expressão, de manifestação e de acesso à informação, do outro (CF, art. 5º, IV, IX e XIV). É uma situação que envolve a noção de justiça corretiva, em que se pretende a punição do ofensor e a compensação da vítima, em caso de lesão aos seus direitos fundamentais. Nessa perspectiva, examina-se se o atual regime jurídico de responsabilidade civil dos provedores de internet estabelecido pelas regras jurídicas do Marco Civil da Internet tem sido suficiente para proteção de direitos fundamentais.

A questão é complexa. Vejamos. Antes do Marco Civil da Internet (Lei No. 12.965/2014), a jurisprudência havia se consolidado no sentido que os provedores de conteúdo de terceiros deveriam responder solidariamente pelos danos causados quando retardassem ou não adotassem providências, após notificados extrajudicialmente. Além disso, eles deveriam manter sistema de identificação dos usuários que permitissem saber quem foi o autor direto do dano. Com a vigência do Marco Civil da Internet, os provedores passaram a ser responsáveis solidários apenas se, após a ordem judicial específica, não tomassem as providências para tornar indisponível o conteúdo ilegal.

Decorrido aproximadamente 10 anos do atual regime, nota-se que as *Big Techs* têm ampliado seu poder econômico e exercido um papel mais significativo no fluxo informacional. “Novas formas de relacionamentos são criadas e fatos sociais antes não imaginados surgem, obrigando o direito a se revitalizar para acompanhar essas novas realidades” (BARROS, 2024, p. 71).

Como afirmado no primeiro capítulo, a despeito das plataformas digitais criadas pelas *Big Techs* terem promovido maior acesso à informação e a liberdade de expressão, a internet e a mídia social não são totalmente livres de controle, visto que as plataformas possuem regras de moderação. As empresas de serviços digitais fazem a moderação privada de conteúdo por meio de curadoria de conteúdo (CAMPOS, 2023).

Nesse cenário, uma das críticas ao Marco Civil é que, apesar de possuir como um dos objetivos assegurar a liberdade de expressão dos usuários, não se proíbe o provedor de censurar, unilateralmente, qualquer conteúdo que a curadoria de conteúdo entenda como ofensivo. Não há nenhuma regulação quanto ao tratamento de dados e tomada de decisão feito por essas curadorias de conteúdo criadas pelas plataformas digitais.

Atualmente, a produção e o fluxo de informações de significado social estão mudando dos conselhos editoriais das mídias de comunicação de massa (rádio, televisão e imprensa) para novos modelos de negócios. Segundo Vesting e Campos (2023, p. 54):

A gestão desse novo tipo de fluxo de comunicação não pode ser controlada pelas estruturas tradicionais de redações hierárquicas dentro de uma organização. É fácil ilustrar que a curadoria de conteúdo do fluxo de informação tem uma dimensão diferente: no terceiro trimestre de 2021, o *Facebook* teve 933.426.800 conteúdos removidos, o *Youtube* removeu 4.806.042 canais e 6.229.882 vídeos e o *Tik Tok* removeu 81.518.334 vídeos no segundo trimestre de 2021.

Nota-se que o surgimento e a expansão das redes sociais têm consolidado a horizontalização da comunicação e ampliado o acesso à esfera pública. “Assuntos de toda

ordem são discutidos por meio de aplicativos que possuem suas regras próprias de funcionamento” (BARROS, 2024, p. 71)

Nesse cenário, a curadoria de conteúdo assume o papel de redações como equivalente funcional nas plataformas digitais, mas com muitas diferenças em termos de complexidade e forma de tratamento de informações. Como diferenças pode-se apontar a dimensão da infraestrutura cognitiva, visto que esses modelos de negócios se utilizam de algoritmos e são orientados por dados globalmente conectados, e a complexidade do controle de voz global, com milhares de conteúdos postados a cada segundo, exigindo o uso de inteligência artificial para filtrar *uploads*, o que difere grandemente da dinâmica das decisões pessoais nos conselhos editoriais das mídias tradicionais.

Com efeito, nada impede que esses provedores de internet, com ou sem notificação extrajudicial, suprimam determinado conteúdo, a partir de regras de moderação de conteúdo estabelecidas unilateralmente, o que amplia a liberdade das plataformas digitais no tratamento de dados sob seu controle de fluxo. Como exemplo, o Youtube utiliza sistemas de inteligência artificial para fazer recomendações em 70% das visualizações da plataforma³³.

A despeito dessa constatação, alguns especialistas sustentam que a definição de um regime mais rígido, traria risco de notificações extrajudiciais infundadas, gerando uma censura colateral, que ocorreria quando o provedor, diante do temor de ser responsabilizado tende a bloquear e censurar mais fortemente as publicações dos usuários, afetando a liberdade de expressão e manifestação.

A questão é complexa a exigir a ponderação dos princípios envolvidos. Para essa análise, importa destacar que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, devendo ser sopesada cuidadosamente com outros direitos fundamentais em conflito, como à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (CF, art. 5º., X)

Aplicando, por exemplo, a teoria dos princípios preconizada por Ávila (2022a), inicialmente, far-se-ia a distinção entre regras e princípios aplicados ao caso. Os princípios possuem uma função diferente das regras, pois orientam a interpretação e oferecem diretrizes para decisões, enquanto as regras estabelecem condutas específicas. As regras têm pretensão de decidibilidade. Se uma regra permite a prática de uma conduta, outra não pode proibir. De outro lado, os princípios têm pretensão de complementaridade. A esfera de normatividade de um princípio não exclui a esfera de normatividade de outro, levando em consideração o mesmo

³³ Cf. "YouTube's AI is the puppet master over most of what you watch", 10.1.2018. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/340656/responsabilidade-civil-dos-provedores-de-internet>. Acesso em 15/11/2024.

comportamento. Alguns comportamentos podem atender mais de um princípio, se promoverem os fins descritos. O princípio é uma espécie normativa que apenas se aplica complementarmente, por isso que o exame de correlação deve considerar ainda se os efeitos da conduta não estão indo de encontro às finalidades descritas pelos demais princípios (ÁVILA, 2022a, p. 104-105).

No contexto do MCI, o artigo 19 estabelece uma regra jurídica que condiciona a responsabilidade dos provedores à existência de ordem judicial específica para a remoção de conteúdo ilícito. A análise da constitucionalidade da regra legal envolve a ponderação entre os seguintes princípios constitucionais, entre outros:

- a) Liberdade de Expressão e Manifestação (Art. 5º, IX, CF): Garante a manifestação livre de pensamento.
- b) Dignidade da Pessoa Humana (Art. 1º, III, CF): Assegura a proteção da honra e imagem dos indivíduos.
- c) Acesso à Justiça (Art. 5º, XXXV, CF): Garante que nenhuma lesão ou ameaça a direito seja excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Segundo Ávila, a aplicação dos princípios requer ponderação e proporcionalidade. No caso em questão, é necessário equilibrar a liberdade de expressão com a proteção da dignidade humana, com atenção a garantia de acesso à justiça. O artigo 19 do MCI tende a buscar esse equilíbrio ao exigir ordem judicial para remoção de conteúdo, evitando censura prévia e garantindo proteção contra abusos.

A exigência de ordem judicial prévia para a responsabilização dos provedores reforça o princípio da reserva de jurisdição, assegurando que decisões sobre remoção de conteúdo sejam tomadas por autoridade competente, evitando arbitrariedades e protegendo direitos fundamentais. É corolário do princípio do acesso à justiça, pois exige a demanda judicial para gerar a obrigação legal dos provedores.

Entretanto, a questão que se coloca é se essa exigência, em vez de facilitar o acesso à justiça, não cria um obstáculo, um ônus de judicialização, pois, para eventual reparação, impõe-se que antes se ingresse com uma ação de obrigação de fazer, para somente depois, em caso de eventual descumprimento ou retardo no cumprimento da ordem judicial, propor uma ação de indenização.

Por esse prisma, ainda nesta fase de análise de regras e princípios, pode-se concluir que a reserva de jurisdição não se mostra razoável e adequada para garantia dos direitos fundamentais, principalmente, os de personalidade, mostrando que o regime atual revela um déficit de proteção para alguns direitos fundamentais e à democracia.

As exceções previstas no MCI, como nos casos de violação de direitos de crianças e adolescentes, pornografia de vingança e direitos autorais, indicam situações em que a ponderação entre os princípios resulta na dispensa da ordem judicial, devido à gravidade e urgência envolvidas. Isso é importante, contudo, é imperioso refletir sobre a seguinte situação:

O fato de o legislador ter imputado à vítima o ônus de recorrer ao Judiciário, como condição indispensável para a deflagração da responsabilidade das plataformas impõe às vítimas o ônus de judicialização ao enfrentar batalhas jurídicas, muitas vezes longas e dispendiosas, agravando o dano, especialmente diante da morosidade do Judiciário em contraposição à velocidade de replicação dos conteúdos no ambiente virtual (MEDEIROS e FRAZÃO, 2021).

No regime atual, as plataformas digitais se tornaram repositório de desinformação, discurso de ódio e de divisão social. É como se a lei tivesse permitido que, em ambientes específicos, diversas atividades ilícitas pudessem ser praticadas livremente e sem qualquer consequência legal, visto que não albergados nas ressalvas legais do art. 21 do MCI. (BINENBOJM, 2024).

No caso, fazendo uma análise do direito fundamental que se pretende ver concretizado, vislumbra-se que a tutela judicial é necessária para concretização de condições materiais indispensáveis à existência humana com dignidade, núcleo vindicável de prestações, cuja entrega pelo Estado não pode ser obstaculizada. Nesse contexto, o princípio da liberdade pode ser relativizado, para fazer preponderar o princípio da dignidade da pessoa humana, no que concerne a uma maior proteção da honra, imagem, privacidade e intimidade do usuário vítima de conteúdo ofensivo. A concretização desse princípio se dará por uma interpretação mais consentânea com a realidade social, a partir do reconhecimento de que a cláusula da reserva de jurisdição, a despeito de dar maior proteção à liberdade de expressão gera uma proteção deficiente de outros direitos fundamentais e da democracia, razão pela qual deve ceder espaço para imposição de responsabilidade civil solidária por meio da notificação extrajudicial.

c) Análise normativa, aplicando o princípio da eficiência, sob o critério do bem-estar social.

A terceira etapa envolve, efetivamente, a aplicação da eficiência como *ratio decidendi* da decisão judicial. Trata-se de uma etapa do processo decisório que cumpre uma função de controle ou de alarme quanto à justeza da decisão. Esse passo é focado na análise normativa das consequências gerais jurídicas ou econômico-sociais que podem produzir a decisão no futuro. Após essa ponderação e constatado a melhor consequência da decisão, a tutela judicial deve ser concedida.

Relembrando, o art. 20 da LINDB estabelece que as decisões judiciais, como as administrativas e controladoras, não devem se apoiar apenas em princípios jurídicos abstratos, “sem que sejam as consideradas as consequências práticas da decisão”. Nesse cenário, “mesmo o apaixonado por princípios deve, ao aplicá-los, considerar as consequências práticas da decisão” (MOREIRA, 2020).

Para Abboud (2019, p. 74-78), essas alterações promovidas na LINDB são respostas legislativas contra a discricionariedade judicial, “buscando estabelecer uma criteriologia que, se interpretada conforme a Constituição, pode atribuir maior coerência ao ordenamento jurídico brasileiro”.

Assim, aplicando o princípio da eficiência, sob o critério da melhoria do bem-estar social, para análise normativa das consequências da decisão judicial, é imperioso compreender quais incentivos esse modelo de responsabilidade civil estabelecido pelo art. 19 do Marco Civil da Internet gera para os provedores de internet, para os terceiros que geram conteúdo ofensivos e para as vítimas, em termos de custos de precaução e custos de demandas judiciais.

Os efeitos da lei que estabelece responsabilidade civil são relevantes na medida em que influenciam o bem-estar dos indivíduos. Primeiro, uma maneira pela qual a responsabilidade civil pode afetar o bem-estar é por meio dos incentivos que ela cria para que potenciais ofensores tomem cuidado ou ajustem seu comportamento para reduzir danos e, assim, diminuir suas chances de ter que pagar indenizações. Segundo, o regime de responsabilidade civil pode afetar o bem-estar dos indivíduos por meio de sua alocação de risco. No caso do mercado digital, a compensação será valiosa para vítimas avessas ao risco, mas imporá custos de assunção de riscos aos ofensores que arriscam. Terceiro, o regime de responsabilidade civil afeta o bem-estar dos indivíduos devido aos custos de litigância para compensação dos danos, pois as partes normalmente incorrem no pagamento de custas processuais e outras despesas, além do tempo do processo judicial, e a sociedade, por sua vez, arca com os custos de suporte do sistema judicial³⁴. Finalmente, em alguns casos, o regime de

³⁴ De acordo com o Relatório Justiça em Números 2024 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), referente ao ano-base de 2023, o Poder Judiciário brasileiro apresentava os seguintes dados:

- Processos em tramitação: Havia aproximadamente 83,8 milhões de processos pendentes ao final de 2023.
- Despesa total: As despesas totais do Judiciário representaram 1,2% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional.
- Cobertura das despesas por receitas judiciais: A Justiça Federal foi o único ramo que retornou aos cofres públicos um valor superior às suas despesas, destacando-se na arrecadação de receitas.

O Poder Judiciário brasileiro teve despesas totais de R\$ 132,8 bilhões. Desses despesas, aproximadamente R\$ 68,74 bilhões foram cobertos por receitas provenientes de custas judiciais, taxas, multas e outras arrecadações, o que representa cerca de 52% do total das despesas. Portanto, pouco mais da metade dos gastos do Judiciário foi financiada por essas receitas, sendo o restante coberto por tributos cobrados do contribuinte em geral, por meio de impostos.

responsabilidade civil afeta à distribuição de renda, como nos casos em que ofensores (agressores) e vítimas são grupos amplamente distintos com diferentes níveis de renda (esse impacto sobre a distribuição é relevante para o critério da melhoria do bem-estar social, a despeito de termos enfatizado anteriormente que essas questões distributivas possam ser mais bem resolvidas por meio de tributação e transferência de renda).

Esses são parâmetros importantes para aplicação do princípio da eficiência pelo critério do bem-estar social. Como afirmado anteriormente, na linha da doutrina de Kaplow e Shavell (2020), por esse critério, que adota como base teórica a economia do bem-estar, não se exclui princípios de justiça em geral, apenas comprehende que a adoção exclusiva e independente deles na formulação de leis, políticas públicas e decisões, às expensas do bem-estar, é injusto para o indivíduo e para a sociedade.

Com efeito, em casos de responsabilidade civil, um dos mais consagrados princípios de justiça é o da justiça corretiva, que significa fazer o ofensor pagar pelo dano que causar. No direito brasileiro, o artigo 927 do Código Civil diz que quem causar dano a outrem por ato ilícito fica obrigado a repará-lo. A reparação de danos é uma garantia constitucional que visa indenizar o agente prejudicado e punir quem violou o dever jurídico. O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal garante o direito à reparação de danos morais ou materiais causados à intimidade, honra, imagem ou vida privada de uma pessoa. Para que haja reparação, é necessário que sejam presentes os seguintes elementos: conduta humana, dano, nexo de causalidade entre o dano e a conduta.

Trata-se de uma noção de justiça referente à retribuição, o desejo de retificar o resultado criado pela ação do ofensor (KAPLOW e SHAVELL, 2020, p. 87). Essa ideia, entretanto, pode ser modificada de diversas formas. A mais importante é a de que o ofensor somente deve pagar se for comprovada a culpa ou o dolo. Há exceção, a reparação de danos é obrigatória independentemente de culpa em alguns casos, como quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outrem, surgindo a responsabilidade civil objetiva.

Outra noção de justiça diz respeito à compensação – a ideia de que a vítima deve ser compensada por inteiro. Essa concepção também pode ser modificada se levar em conta aspectos do comportamento do ofensor e da vítima, limitando o direito à compensação. O Código Civil estabelece que a indenização deve ser integral e proporcional à extensão do dano. No entanto, o juiz pode reduzir a indenização se houver uma desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

A utilização exclusiva do princípio de justiça retributiva, que relaciona punição do ofensor e compensação da vítima, não se mostra suficiente para resolução de casos complexos de ilícito civil. Uma razão é porque a operacionalização do sistema de justiça para promover a retribuição tem um custo social e não é fácil para os defensores desta noção de justiça mensurar quanto a sociedade está disposta a pagar. Por exemplo, se os custos de litigância forem de R\$10.000,00 por processo, a máquina judiciária deve ser acionada para realizar a justiça corretiva em casos de dano trivial, cujo valor não excede R\$1.000,00? Ou apenas quando o dano for grave? E se sim, quão grave?

No caso de ilícitos civis praticados por terceiros em plataformas digitais, é razoável exigir a vítima que promova uma demanda judicial que tenha como custos de litigância R\$20.000,00 por processo – a serem suportados pela sociedade, por meio de tributos, caso o autor da demanda seja beneficiário da justiça gratuita ou promova a ação judicial pelo sistema do juizado especial – para fazer cessar um ilícito cuja eventual indenização não exceda R\$10.000,00?

Pode-se até considerar que a noção de justiça retributiva possa ser refinada ou estendida ou que outras noções de justiça possam ser apresentadas para avaliar as regras jurídicas de responsabilidade civil, o fato é que o uso exclusivo dela para solução de casos difíceis, sem atentar para os efeitos, mostra-se insuficiente. Nesse sentido, Kaplow e Shavell (2020, p. 99) esclarecem:

We might imagine that the foregoing notions of fairness could be greatly extended and refine or that other notions could be offered that would allow one to assess fully the fairness of legal rules. Our position, which we develop in the sections to follow, is that however such theories might be articulated, they should not guide legal policy analysis³⁵.

Analizando o atual regime de responsabilidade civil estabelecido pelo Marco Civil da Internet, sob esse enfoque, observa-se que o artigo 19 do Marco Civil da Internet estabelece que os provedores de aplicações de internet só serão responsabilizados por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não removerem o conteúdo ilícito. Esse modelo de responsabilidade civil gera efeitos, pois cria diferentes incentivos para os três principais agentes: provedores, terceiros que geram conteúdo, e vítimas. Pode-se utilizar uma matriz de *payoffs* da teoria dos jogos para explorar esses incentivos.

³⁵ Podemos imaginar que as noções anteriores de justiça poderiam ser amplamente estendidas e refinadas ou que outras noções poderiam ser oferecidas que permitiriam avaliar completamente a justiça das regras legais. Nossa posição, que desenvolvemos nas seções a seguir, é que, independentemente de como tais teorias possam ser articuladas, elas não devem orientar a análise de políticas legais.

Antes de avançar sobre a matriz de *payoffs*, importante traçar algumas linhas sobre teoria dos jogos, estratégias, estrutura de incentivos e comportamentos.

A teoria dos jogos trata da “análise do comportamento estratégico onde os tomadores de decisão interagem, sendo que o resultado de suas ações depende também das ações dos outros” (HILBRECHT, 2023, p. 110). Para essa teoria, os tomadores de decisão (agentes) são racionais, agem por objetivos e preferências, sabem de limitações e restrições às suas ações e buscam escolher a melhor ação possível diante de seus objetivos e preferências, limitações e restrições relevantes.

A teoria dos jogos tem seu uso crescente no Direito por prover “uma estrutura de análise útil para prover o impacto de leis, constituições, normas sociais etc. na sociedade” e por permitir que profissionais da área jurídica, ao avaliarem as consequências das leis, desenhem “sistemas legais para que os objetivos desejados sejam mais facilmente alcançados” (HILBRECHT, 2023, p. 109-110).

Para iniciar a análise de um jogo é necessário identificar os jogadores, suas estratégias e escolhas disponíveis e os *payoffs*, que “são os resultados esperados que cada jogador espera conseguir em cada combinação possível das estratégias escolhidas pelos jogadores” (HILBRECHT, 2023, p. 111).

No caso sob exame, o regime atual de responsabilidade civil gera efeitos, pois cria diferentes incentivos para os três principais agentes: provedores, terceiros que geram conteúdo, e vítimas. Utilizando-se uma matriz de *payoffs* tem-se os seguintes incentivos:

a) Agentes e Estratégias

Os Provedores de Internet (P) podem remover o conteúdo após ordem judicial (estratégia de precaução) ou não remover o conteúdo, assumindo o risco de responsabilidade civil. Os Terceiros que geram conteúdo (T) podem produzir conteúdo ofensivo ou produzir conteúdo não ofensivo. As Vítimas (V) podem ajuizar ação judicial (custos elevados, mas com potencial de indenização) ou não ajuizar ação (aceitar o dano sem custos adicionais).

b) Matriz de *Payoff* Simplificada

Provedores	Terceiros: Conteúdo Ofensivo / Vítima: Não Ajuizar	Terceiros: Conteúdo Ofensivo / Vítima: Ajuizar	Terceiros: Conteúdo Não Ofensivo
Remover Conteúdo	(0, 1, -1)	(-CP, 1, DV - CL)	(0, 0, 0)
Não Remover	(-DP, 1, -1)	(-DP - J, 1, DV - CL)	(0, 0, 0)

Explicação dos *Payoffs*:

- Custo de Precaução (CP): Custo que o provedor assume ao implementar mecanismos para monitorar e remover conteúdo.
- Dano à Vítima (DV): O dano sofrido pela vítima devido ao conteúdo ofensivo.
- Custo da Litigância (CL): Custos associados a uma ação judicial (tempo, dinheiro e recursos).
- Dano ao Provedor (DP): Prejuízo reputacional e potencial indenização.
- J: Indenização paga pelo provedor em caso de condenação.

c) Análise dos Incentivos

Para Provedores de Internet, em um cenário com litígio, se a vítima ajuíza a ação, o provedor tem um incentivo claro para remover o conteúdo após ordem judicial. Isso minimiza sua responsabilidade, com eventual pagamento de indenização a vítima (evita J). Por outro lado, em um cenário sem Litígio, se não há ação judicial, o provedor pode preferir não remover o conteúdo, economizando em custos de monitoramento (diminui CP).

Para Terceiros que geram conteúdo, o modelo cria incentivos ambíguos. Não há penalidade direta a menos que a vítima ajuíze a ação contra ele e o provedor e este remova o conteúdo. Assim, há incentivo para produzir conteúdo ofensivo, especialmente em contextos com baixa probabilidade de litígio, dado os custos de litigância para a vítima.

Para Vítimas, há Custos de Ação Judicial (CL), pois elas tendem a enfrentar barreiras significativas ao buscar reparação, desincentivando ações judiciais se os custos forem muito altos, com eventuais pagamentos de custas judiciais e honorários advocatícios. Por outro lado, se a compensação (J) esperada for alta o suficiente, as vítimas são incentivadas a ajuizar ação.

d) Equilíbrio de Nash³⁶

Dada a matriz, os equilíbrios variam dependendo da probabilidade percebida de litígio e do custo de precaução:

³⁶ O objetivo da análise de um jogo é prever o seu resultado, isto é, quais serão as estratégias adotadas pelos jogadores e os *payoffs* resultantes. Para identificar os prováveis resultados, utiliza-se do conceito de equilíbrio de estratégias desenvolvido pelo matemático John Nash, em 1950. O equilíbrio de Nash é um modelo matemático que descreve uma situação em que nenhum jogador tem vantagem em mudar unilateralmente a sua estratégia. Este modelo é aplicável em diversas áreas, como a Economia e as demais ciências sociais como o Direito. Por exemplo, na política comercial, o equilíbrio de Nash é fundamental para que as empresas se diferenciem das concorrentes. O equilíbrio de Nash ocorre quando: os jogadores conhecem as estratégias dos seus concorrentes; cada jogador escolhe a melhor estratégia possível, levando em conta as escolhas dos outros jogadores; nenhum jogador tem incentivo a mudar de estratégia. Em outras palavras, “em um equilíbrio de Nash nenhum jogador gostaria de mudar sua estratégia quando souber o que seus rivais fizeram” (HILBRECHT, 2023, p. 114).

O equilíbrio de Nash é importante porque, mesmo que os participantes não cooperem, a busca individual da melhor solução pode levar o jogo a um resultado estável. É um conceito fundamental para solução de jogos não cooperativos.

- Baixa Probabilidade de Litígio: Terceiros continuam a gerar conteúdo ofensivo, provedores evitam custos de monitoramento (CP) e vítimas raramente litigam.
- Alta Probabilidade de Litígio: Provedores assumem custos de remoção após ordem judicial (CP) para evitar pagamento de indenização (J) e vítimas são incentivadas a litigar, especialmente se os custos forem repassados aos provedores, em caso de sucumbência.

Assim, em relação aos incentivos gerados pelo atual arcabouço regulatório, tem-se o seguinte:

- Para Provedores: Há incentivos para desenvolver mecanismos eficientes de monitoramento e remoção após ordem judicial, evitando risco de pagamento de indenização por danos materiais e morais causados por conteúdo de terceiro usuário da plataforma digital.
- Para Terceiros: A legislação atual não impõe diretamente desincentivos ou sanções, o que pode exigir novas regulamentações. A eventual responsabilização de terceiro depende do ingresso de ação judicial postulando indenização por danos materiais e morais.
- Para Vítimas: Os baixos custos de litígio em casos de pequena complexidade (e.g., juizados especiais) aumentam a probabilidade de busca por reparação.

Esse modelo ajuda a entender como diferentes custos e benefícios afetam o comportamento estratégico desses agentes no sistema jurídico brasileiro.

Feitas essas considerações, pode-se agora, a partir de uma análise econômica do direito pelo critério normativo (o direito como deve ser), aplicar o princípio da eficiência pelo critério de melhoria do bem-estar social.

Para isso, retornando ao caso sob exame da responsabilidade civil dos provedores de internet por conteúdos ilícitos gerados por terceiro, indaga-se: A decisão judicial eficiente deve estabelecer qual regime de responsabilidade civil para as *Big Techs*, enquanto provedores de internet? Manter o atual regime de responsabilidade civil dos provedores previsto no art. 19 do Marco Civil (Responsabilidade subjetiva e solidária, com reserva de jurisdição), confirmando a jurisprudência já consolidada pelo STJ, ou, dando uma nova interpretação conforme a Constituição, estabelecer um regime que imponha aos provedores de internet, por conteúdos ofensivos gerados por terceiro, uma responsabilidade diferente (responsabilidade objetiva ou responsabilidade subjetiva e solidária, sem reserva de jurisdição)?

Pois bem. Para avaliar qual regime de responsabilidade civil seria mais eficiente, é importante considerar como cada regime afeta os custos e incentivos dos agentes envolvidos

(provedores, vítimas e terceiros) e como isso impacta o bem-estar social. A análise se baseia em dois critérios principais:

1. Minimização dos Custos Totais (Precaução e Litigância): O regime deve incentivar o comportamento que minimize os custos sociais totais, incluindo custos de prevenção de danos e custos judiciais.
2. Eficiência Alocativa: O regime deve alocar responsabilidades de forma a maximizar o bem-estar geral, considerando externalidades geradas por diferentes tipos de responsabilidade.

Nesse cenário, serão avaliados três regimes de responsabilidade civil:

1. Responsabilidade Subjetiva com Reserva de Jurisdição (Regime Atual, Art. 19 do MCI)

- Características:

Neste regime, os provedores só são responsabilizados se, após ordem judicial, não removerem o conteúdo ofensivo. A vítima deve ajuizar ação para obter essa ordem, o que implica custos judiciais.

- Impacto nos Incentivos:

Para os Provedores, há um incentivo moderado à precaução, pois só agem após ordem judicial. Terceiros têm pouco desincentivo à produção de conteúdo ofensivo. Por sua vez, as vítimas têm um desincentivo ao litígio, devido aos altos custos judiciais.

- Análise de Eficiência:

O regime apresenta como vantagens, o fato de evitar que os provedores incorram em custos desnecessários de monitoramento e remoção, reduzindo seus custos de operação. Mas tem desvantagens, há custos sociais elevados com danos não remediados devido à inação das vítimas e possível ineficácia na prevenção de danos.

2. Responsabilidade Subjetiva sem Reserva de Jurisdição

- Características:

Os provedores são responsáveis se, após notificação extrajudicial da vítima, não removerem o conteúdo ofensivo. Não há necessidade de ordem judicial.

- Impacto nos Incentivos:

Os Provedores têm incentivo elevado à precaução, o que leva a maior custo com monitoramento. Por sua vez, terceiros têm incentivo moderado a evitar conteúdo ofensivo. Já as potenciais vítimas, têm redução dos custos judiciais, o que incentiva a busca por reparação.

- Análise de Eficiência:

A principal vantagem é reduzir custos de litígio e promover remoção rápida de conteúdo ofensivo. Entretanto, há desvantagens, pois pode levar a remoções excessivas e custos elevados para os provedores, impactando a liberdade de expressão.

3. Responsabilidade Objetiva

- Características:

Os provedores são responsáveis independentemente de culpa ou ordem judicial. Devem implementar sistemas proativos de curadoria de conteúdo, caso ainda não possuam, para monitorar e remover conteúdos ofensivos.

- Impacto nos Incentivos:

Para provedores, há forte incentivo à precaução e automonitoramento, com custos elevados. Os terceiros têm forte desincentivo a gerar conteúdo ofensivo. As vítimas, por seu turno, têm grandes chances de reparação sem custos judiciais.

- Análise de Eficiência:

Como vantagem, o regime maximiza a prevenção de danos ao eliminar barreiras judiciais e incentiva práticas robustas de monitoramento. Porém, tem desvantagens, há um elevado custo de monitoramento e potencial sobrecarga para provedores, podendo desestimular a inovação e a oferta de serviços.

Analizando os três cenários, aplicando o princípio da eficiência sob o critério da melhoria do bem-estar social, vislumbra-se duas alternativas, quais sejam, a que busca a redução de custos sociais e a que promove melhor distribuição alocativa.

Pelo critério de Redução de Custos Sociais Totais tem-se que a responsabilidade objetiva impõe altos custos de monitoramento e pode gerar remoções excessivas, afetando negativamente o mercado e a liberdade de expressão. A responsabilidade subjetiva sem reserva de jurisdição reduz os custos de litígio e incentiva uma resposta mais ágil, promovendo maior custo-benefício social. O regime atual (subjetiva com reserva de jurisdição) minimiza os custos para os provedores, mas pode deixar muitas externalidades negativas (conteúdos ofensivos não removidos), em razão do ônus de judicialização.

Pelo critério de Melhor Distribuição Alocativa observa-se que a responsabilidade objetiva coloca maior ônus nos provedores, mas aumenta o bem-estar das vítimas e reduz os danos sociais. Contudo, estabelece uma censura privada, com risco elevado para a liberdade de expressão. A responsabilidade subjetiva sem reserva de jurisdição equilibra melhor os custos entre provedores e vítimas.

Ponderando o custo e benefício social entre os critérios utilizados para avaliar os três regimes de responsabilidades, conclui-se que a responsabilidade subjetiva sem reserva de

jurisdição seria a decisão mais eficiente em termos de melhoria do bem-estar social. Esse regime incentiva os provedores a adotar práticas proativas de monitoramento a um custo menor que o imposto pela responsabilidade objetiva. Além disso, reduz os custos judiciais para as vítimas, promovendo maior acesso à justiça e remoção de conteúdos ofensivos. Por fim, evita os excessos da responsabilidade objetiva, preservando a liberdade de expressão e a eficiência do mercado.

Essa solução melhora a alocação dos custos e incentiva comportamentos socialmente desejáveis com menor impacto negativo no mercado. Nesse caso, aplicando na terceira etapa do processo decisório o princípio da eficiência, pelo critério da melhoria do bem-estar social, a decisão mais razoável seria dar interpretação conforme à Constituição ao art. 19, do MCI, aplicando o regime de responsabilidade civil subjetiva e solidária, sem reserva de jurisdição. A análise da consequência na terceira etapa confirma a solução parcial encontrada na segunda etapa, na qual se deu a ponderação dos princípios de justiça.

Nota-se que o uso do princípio da eficiência no julgamento desse caso difícil, além de representar mais critério decisório, traz mais precisão a decisão, pois além de interpretar e aplicar a regra legal posta à luz de princípios de justiça com força normativa constitucional (dignidade da pessoa humana, liberdade de expressão, acesso à informação e proteção de dados pessoais), o que caracteriza uma argumentação deontológica, traz uma importante reflexão sobre as consequências econômicas e sociais da decisão, característica de uma argumentação teleológica.

O STF, como corte constitucional, ao longo dos anos, tem realizado com mais contundência esse esforço argumentativo, ampliando o uso do consequencialismo e da análise econômica do direito na decisão judicial. O caso da ADI 6482/DF é bem significativo dessa atual postura da corte suprema e pode servir de parâmetro para julgamentos envolvendo questões complexas de direito empresarial envolvendo as empresas transnacionais do mercado digital.

No julgado sobre a constitucionalidade do Art. 12, caput, da Lei No. 13.116/2015, relativo à gratuidade do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação, para a instalação de infraestrutura e de redes de telecomunicações, o STF usou esses argumentos consequencialistas para embasar a decisão final:

Ainda que fatores econômicos não sejam determinantes para a solução da questão constitucional, as manifestações colhidas ao longo da instrução desta

ADI sugerem que a gratuidade do direito de passagem é um ponto crítico para a expansão da infraestrutura de rede de telecomunicações nos próximos anos” (p. 16).

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), em sua manifestação, destaca que o Brasil enfrenta consideráveis dificuldades para atingir um nível ótimo de cobertura de rede que possa dar suporte à implantação da tecnologia 5G em patamares de qualidade adequada. Entre as principais dificuldades, estão “os embaraços burocráticos impostos para a instalação de infraestrutura de redes pulverizados de forma distinta entre os entes federados e a alta carga tributária que recai sobre o setor”.

Ademais, trata-se de matéria complexa e de índole altamente técnica, de modo que a intervenção judicial neste caso poderia ainda ser economicamente ineficiente, desvirtuando o planejamento regulatório formulado pelo legislador e pela ANATEL. (p. 151)

Chancelar a tese de inconstitucionalidade tende a emitir graves desincentivos para o investimento em infraestrutura de telecomunicações no Brasil, prejudicando o setor em questões importantes como o iminente leilão do 5G no Brasil. É dizer: a ausência de uniformidade e de harmonização normativa sobre o tema do “direito de passagem” tende a agravar a atual situação disfuncional do arcabouço regulatório brasileiro de telecomunicações, marcado por conflitos federativos. (p. 151).

A conclusão foi que, no contexto regulatório setorial da norma impugnada, inexistiu violação aos princípios constitucionais da eficiência e da moralidade administrativa. A restrição ao direito de propriedade dos Estados voltada à garantia da prestação e da universalização de serviço Público federal é constitucional, pois se trata de norma que impõe restrição adequada, necessária e proporcional em sentido estrito ao direito de propriedade dos Estados e dos Municípios.

A despeito do julgado não tratar de questão de direito empresarial diretamente, mas reflexa, pois afetaria o modelo de negócios utilizado na expansão da internet 5G, se houvesse aumento de custo decorrente da cobrança de taxas por direito de passagem, tenho que essa foi a decisão do STF, até agora, que mais usou argumento consequencialista e de aplicação do princípio da eficiência na decisão de caso complexo relativo ao pacto federativo, podendo servir como parâmetro para o julgado da constitucionalidade do art. 19. do MCI, como atual ato regulatório da responsabilidade civil dos provedores de internet por atos ilícitos praticados por usuários nas plataformas digitais.

5.2.2 Estudo De Caso 2 – RESP 2067181/PR

O modelo também pode ser aplicado em casos difíceis envolvendo empresas de *e-commerce*.

Como exemplo, o REsp 2067181/PR que tratou da responsabilidade da plataforma OLX³⁷. O caso envolveu a compra de um veículo clonado anunciado em seu site. O julgamento tratou da possibilidade de responsabilidade civil da plataforma por danos materiais decorrentes da transação, que culminou em prejuízo financeiro para os compradores.

Há outros julgados representativos dessa questão complexa como o REsp 1836349/SP e o AREsp 144823/RJ.

A questão complexa está sobre a responsabilização da plataforma que funciona como *marketplace*, se é solidária ou não, a depender se atua como classificados ou intermediadora do negócio.

Como dito no capítulo antecedente, o recurso é emblemático. O STJ firmou entendimento no sentido de que a responsabilidade de um provedor de serviços como o OLX, Amazon, Mercado Livre, entre outros, depende da existência de um nexo causal entre sua conduta e o dano sofrido. No caso específico, como a transação ocorreu fora da plataforma, o Tribunal concluiu que a fraude foi um fato exclusivo de terceiro, rompendo o nexo causal e afastando a responsabilidade da OLX.

Da análise do julgado do STJ percebe-se que o responsável pela plataforma de comércio eletrônico, ao veicular ofertas de produtos, disponibilizando sua infraestrutura tecnológica, assume a posição de fornecedor de serviços. O serviço fornecido consiste na "disponibilização de espaço virtual na internet para facilitação e viabilização de vendas e compras de bens e contratação de serviços".

No caso, o STJ, ao enfrentar o tema, firmou jurisprudência no sentido de:

- Para o Marco Civil da Internet, os sites de intermediação enquadram-se na categoria dos provedores de aplicações e se sujeitam às normas previstas na Lei n. 12.965/2014, em especial àquelas aplicadas aos provedores de conteúdo (REsp 1880344/SP).
- Para o Marco Civil da Internet, os sites de e-commerce enquadram-se na categoria dos provedores de conteúdo, os quais são responsáveis por disponibilizar na rede as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação (REsp 2067181/PR).

³⁷ A OLX é uma empresa global de comércio eletrônico, com sede em Amsterdã, nos Países Baixos. Está presente em mais de 30 países. Juntamente com a Amazon, é considerada o maior site de compra e venda do mundo, líder no mercado global de marketplace C2C (consumidor para consumidor). Além disso, a OLX é uma das principais empresas de tecnologia do Brasil.

- Os sites classificados auferem receita por meio de anúncios publicitários, não cobrando comissão pelos negócios celebrados. Não se lhes pode impor a responsabilidade de realizar a prévia fiscalização sobre a origem de todos os produtos, por não se tratar de atividade intrínseca ao serviço prestado;
- Todavia, sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, é razoável exigir que mantenham condições de identificar cada um de seus anunciantes, a fim de que nenhum ilícito caia no anonimato. Logo, o site de classificados não responde por vícios ou defeitos do produto ou serviço;
- Por outro lado, os sites de intermediação são remunerados pelos serviços prestados, geralmente por uma comissão consistente em percentagem do valor da venda. Assim, a depender do contexto, a plataforma de *marketplace* poderá enquadrar-se como um simples site de classificados ou, então, como uma verdadeira intermediária;
- Para o surgimento do dever de indenizar, é indispensável que haja um liame de causalidade entre a conduta do agente e o resultado danoso. Nessa linha, caso verificado o fato exclusivo de terceiro, haverá o rompimento do nexo causal entre o prejuízo e aquele a quem se atribui a autoria (art. 14, § 3º, II, do CDC).

Na linha do modelo inicial, apresentado ao final do terceiro capítulo, propõe-se três etapas para o emprego do princípio da eficiência nesse caso referente a responsabilidade civil das plataformas digitais de *e-commerce*:

a) Verificar se o caso pode ser classificado como caso difícil

Como já afirmado, caso difícil é um caso que envolve questão complexa de direito constitucional ou infraconstitucional, com repercussão política, jurídica, econômica e social, que ultrapassa os interesses subjetivos das partes do processo original. O caso, sob exame, a despeito de não ter sido afetado pelo rito da repercussão geral, envolve questão complexa de direito constitucional, civil, empresarial e de consumo, cuja interpretação literal do art. 14, § 3º, II, do CDC e do art. 19 do MCI parecem não resolver de forma satisfatória a questão, dada as reiteradas críticas sofridas pelo atual regime de responsabilidade civil das empresas transnacionais que atuam no comércio eletrônico, principalmente, quando se refere a comercialização de produtos de venda proibida ou sem certificação ou homologação pelos órgãos competentes no país (quando exigida).

Nesse aspecto, não é difícil concluir que o caso pode ser considerado como caso difícil, dado a sua repercussão política, econômica e social e o eventual conflito entre regras e princípios jurídicos.

b) Identificar quais regras e princípios jurídicos se aplicam ao caso

Essa etapa envolve a análise do direito fundamental que se pretende ver concretizado.

Trata-se da análise do pedido formulado pelo autor da demanda judicial sob o pálio de algum ou alguns princípios jurídicos como o do princípio da dignidade humana. Tal percepção é fundamental para que se compreenda que a tutela judicial é necessária.

O caso sob exame e aqui pode-se destacar, além do REsp 2067181/PR, o REsp 1880344/SP, trata da responsabilidade da empresa *Marketplace* em modalidades de compra eletrônica nos modelos B2C (*Business to Consumer*) ou C2C (*Consumer to Consumer*). O propósito recursal era definir se o site intermediador no comércio eletrônico pode ser responsabilizado por fraude perpetrada por terceiro, a qual culminou na venda do produto sem o recebimento da contraprestação devida.

O STJ entendeu que o responsável pelo site de comércio eletrônico, ao veicular ofertas de produtos, disponibilizando sua infraestrutura tecnológica e, sobretudo, ao participar das respectivas negociações em caso de aceitação por parte do adquirente, assume a posição de fornecedor de serviços, juntamente com o ofertante. Contudo, a relação entre o ofertante e o intermediador será ou não de consumo a depender da natureza da atividade exercida pelo ofertante do produto ou serviço. Se o vendedor for um profissional que realiza a venda de produtos com habitualidade, o intermediador não se enquadará no conceito de fornecedor instituído no art. 3º do CDC, de modo que eventual responsabilidade civil do site *Marketplace* será regida pelas normas previstas no Código Civil. Caso o vendedor não seja um profissional e não venda produtos ou ofereça serviços de forma habitual, entretanto, havendo falha na prestação de serviços por parte do intermediário, aplicam-se as normas previstas no CDC, podendo daí emergir a responsabilidade do fornecedor, em razão do risco da atividade, se houver comprovação do dano, falha na prestação dos serviços e do nexo de causalidade entre o prejuízo e o vício ou defeito do serviço.

A questão complexa coloca em colisão os princípios da boa-fé, da confiança, da dignidade da pessoa humana, da liberdade econômica e do acesso à justiça. É uma situação que envolve a noção de justiça corretiva, em que se pretende a punição do ofensor e a compensação da vítima, em caso de lesão aos seus direitos fundamentais. Nessa perspectiva, examina-se se o atual regime jurídico de responsabilidade civil dos provedores de internet que atuam no *e-commerce* estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Marco Civil da Internet tem sido suficiente para proteção de direitos fundamentais.

Atualmente, o comércio eletrônico é utilizado em larga escala pelos consumidores e, ante a proliferação dos dispositivos móveis como *smartphones*, *tablets* e *desktops*, se tornou o

principal meio de aquisição de bens e serviços. O modelo de negócios das plataformas digitais transformou e continua transformando a sociedade, pois “conectam indivíduos e/ou empresas para que possam se engajar em uma interação criadora de valor” (CAMPOS, 2023, p. 67-68)

Nesse cenário, os sites de intermediação têm especial relevância, já que facilitam o contato e a celebração de contrato entre vendedores e compradores em ambiente virtual. As relações que se formam nas plataformas colaborativas têm caráter triangular. De um lado, há a relação convencionada entre o ofertante e o site de comércio eletrônico; de outro, encontra-se o vínculo formado entre o adquirente do produto ou serviço e o intermediador; havendo, ainda, a relação entabulada entre o ofertante e o adquirente (B2C ou C2C).

Para o Marco Civil da Internet, os sites de *e-commerce* enquadram-se na categoria dos provedores de conteúdo, os quais são responsáveis por disponibilizar na rede as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação. São diversas as modalidades de sites de comércio eletrônico que atuam no mercado de consumo virtual, os quais podem ser assim classificados, entre outros:

a) lojas virtuais: o fornecedor utiliza a internet para comercializar seus produtos ou serviços de forma exclusiva ou complementar. Nesse caso, o titular do site é o próprio fornecedor;

b) classificados: os usuários vendedores utilizam-se de um portal onde podem anunciar produtos e serviços, mediante a realização de um cadastro prévio, que podem ser adquiridos on-line. Os sites classificados não comparam preços, apenas enumeram os anúncios conforme a categoria eleita pelo internauta. Como exemplo de sites classificados, cita-se: www.estantevirtual.com.br.

c) intermediários: um portal é utilizado para comercializar bens de terceiros, que se cadastram previamente em sua base de dados. Os sites intermediários interferem diretamente na negociação entre anunciante e adquirente. Tal interferência pode ser parcial, se o negócio tem início na plataforma eletrônica e termina fora dela, ou total, quando realizado integralmente em seu site. Como exemplo de sites intermediadores, cita-se: www.mercadolivre.com.br. (TEIXEIRA, 2015, p. 138-149; SANTOS, 2012, p. 146-166).

Nessa ótica, os sites classificados “assemelham-se aos classificados de jornais e revistas impressas, televisão e rádio, pois os negócios são concretizados sem a sua intermediação (fora de sua plataforma), uma vez que fornecem os dados do vendedor para o comprador entrar em contato diretamente com o fim de negociarem e concluírem a compra e venda, ou mesmo a troca de bens” (TEIXEIRA, 2015, p. 141).

Não se lhes pode impor a responsabilidade de realizar a prévia fiscalização sobre a origem de todos os produtos, por não se tratar de atividade intrínseca ao serviço prestado. Todavia, conforme já decidiu o próprio STJ, sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, é razoável exigir que mantenham condições de identificar cada um de seus anunciantes, a fim de que nenhum ilícito caia no anonimato, sob pena de responsabilização subjetiva por *culpa in omittendo* (REsp n. 1.383.354/SP, Terceira Turma, DJe de 26/9/2013.)

De outro lado, nos sites de intermediação, a remuneração pelo serviço prestado pelo intermediador varia, podendo ser direta ou indireta. Naquela, a remuneração decorre de anúncios publicitários realizados no site, enquanto nesta, normalmente é cobrada uma comissão consistente em percentagem do valor da venda. Nesse último modelo, ainda, a remuneração “pode variar de acordo com a quantidade de produto e, ainda, deve observar o tipo de anúncio; além disso, o valor da remuneração também pode ser alterado de acordo com categorias especiais de produtos e serviços, no que se incluem imóveis, carros, motos e outros automóveis” (NERY JUNIOR, 2014, p. 05).

A questão é complexa a exigir a ponderação dos princípios envolvidos. Para essa análise, importa destacar que a liberdade de contratar não é um direito absoluto, devendo ser sopesada cuidadosamente com outros direitos fundamentais em conflito, como à dignidade da pessoa humana.

Aplicando, novamente, a teoria dos princípios preconizada por Ávila (2022a), inicialmente, far-se-ia a distinção entre regras e princípios aplicados ao caso. Os princípios possuem uma função diferente das regras, pois orientam a interpretação e oferecem diretrizes para decisões, enquanto as regras estabelecem condutas específicas. As regras têm pretensão de decidibilidade. Se uma regra permite a prática de uma conduta, outra não pode proibir. De outro lado, os princípios têm pretensão de complementaridade. O princípio é uma espécie normativa que apenas se aplica complementarmente, por isso que o exame de correlação deve considerar ainda se os efeitos da conduta não estão indo de encontro às finalidades descritas pelos demais princípios (ÁVILA, 2022a, p. 104-105).

No contexto da situação, há frequentemente colisões entre princípios constitucionais e legais quando se busca solucionar casos judiciais relacionados à responsabilidade das plataformas de *marketplace* em modelos B2C ou C2C. Essas colisões ocorrem porque os princípios orientam o direito em direções diferentes, exigindo que os tribunais façam uma ponderação cuidadosa para atingir a solução mais justa e eficiente.

Pode-se destacar a colisão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade econômica. De um lado, a dignidade da pessoa humana demanda uma proteção

robusta ao consumidor, especialmente em casos de prejuízos financeiros ou morais, o que pode levar à responsabilização ampla das plataformas. Do outro lado, a liberdade econômica assegura às plataformas o direito de operar com autonomia, sem serem sobre carregadas por responsabilidades que poderiam sufocar a inovação e o funcionamento eficiente do mercado.

Outra questão envolve a colisão entre o princípio da boa-fé objetiva e da liberdade de contratar. De um lado, a boa-fé objetiva impõe às plataformas o dever de assegurar transparência e cooperação, o que pode exigir práticas proativas como monitoramento e garantia de transações seguras. Do outro, a liberdade de contratar permite que plataformas estabeleçam cláusulas limitativas de responsabilidade, condicionando sua atuação a termos que exoneram ou reduzem sua participação em litígios.

Segundo Ávila (2022a), a aplicação dos princípios requer ponderação e proporcionalidade. No caso em questão, é necessário equilibrar a liberdade econômica e de contratar, de um lado, com a proteção da dignidade humana e da boa-fé objetiva, do outro lado. Segundo as regras do Código de Defesa do Consumidor e atual entendimento do STJ, para o surgimento do dever de indenizar da plataforma de *Marketplace*, é indispensável que haja um liame de causalidade entre a conduta do agente e o resultado danoso. Nessa linha, caso verificado o fato exclusivo de terceiro, haverá o rompimento do nexo causal entre o prejuízo e aquele a quem se atribui a autoria (art. 14, § 3º, II, do CDC).

Por esse prisma, ainda nesta fase de análise de regras e princípios, pode-se realizar a ponderação de princípios para resolver tais colisões, avaliando qual princípio deve prevalecer em cada caso concreto. Essa ponderação é orientada pelos seguintes critérios:

Em termos de peso dos princípios, a dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva tendem a ter maior peso em casos que envolvem prejuízos graves aos consumidores e liberdade econômica e liberdade de contratar têm peso significativo em contextos que envolvem inovação tecnológica e proteção do mercado. Quanto à proporcionalidade, a solução deve ser proporcional, garantindo que a plataforma seja responsabilizada apenas na medida de sua contribuição para o dano.

Deve-se atentar para proibição de excesso, de um lado, e de proteção insuficiente, do outro. Para isso, deve-se evitar impor custos desproporcionais às plataformas e, ao mesmo tempo, assegurar que os consumidores não fiquem desprotegidos diante de práticas comerciais abusivas.

No caso, fazendo uma análise do direito fundamental que se pretende ver concretizado, vislumbra-se que a tutela judicial é necessária para concretização de condições materiais indispensáveis à existência humana com dignidade, núcleo vindicável de prestações, cuja

entrega pelo Estado não pode ser obstaculizada. Nesse contexto, o princípio da liberdade de contratar pode ser relativizado, para fazer preponderar o princípio da dignidade da pessoa humana, no que concerne a proteção robusta ao consumidor, especialmente em casos de prejuízos financeiros ou morais. A concretização desse princípio se dará por uma interpretação mais consentânea com a realidade social, na qual a manutenção do regime atual de responsabilidade civil objetiva da plataforma de *marketplace* parece ser mais razoável, ao garantir que qualquer parte lesada possa buscar reparação de maneira efetiva.

c) Análise normativa, aplicando o princípio da eficiência, sob o critério do bem-estar social.

A terceira etapa, como já observado no exemplo anterior, envolve a aplicação da eficiência como fundamentação jurídica da decisão judicial. Trata-se de uma etapa do processo decisório que cumpre uma função de controle ou de alarme quanto à justeza da decisão. Esse passo é focado na análise normativa das consequências gerais jurídicas ou econômico-sociais que podem produzir a decisão no futuro. Após essa ponderação e constatado a melhor consequência da decisão, a tutela judicial deve ser concedida.

Rememorando, o art. 20 da LINDB estabelece que as decisões judiciais, como as administrativas e controladoras, não devem se apoiar apenas em princípios jurídicos abstratos, “sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Nesse cenário, “mesmo o apaixonado por princípios deve, ao aplicá-los, considerar as consequências práticas da decisão” (MOREIRA, 2020).

Assim, aplicando o princípio da eficiência, sob o critério da melhoria do bem-estar social, para análise normativa das consequências da decisão judicial, é imperioso compreender que incentivos esse modelo de responsabilidade civil estabelecido pela interpretação atual do STJ sobre o CDC e o MCI gera para os provedores de internet, para os terceiros que compram e vendem produtos e serviços defeituosos ou fraudulentos e para as vítimas, em termos de custos de precaução e custos de demandas judiciais.

Como já afirmado, os efeitos da lei que estabelece responsabilidade civil são relevantes na medida em que influenciam o bem-estar dos indivíduos. Primeiro, porque cria incentivos para que potenciais ofensores tomem cuidado ou ajustem seu comportamento para reduzir danos e, assim, diminuir suas chances de ter que pagar indenizações. Segundo, porque afeta o bem-estar dos indivíduos por meio de sua alocação de risco. No caso do mercado digital, a compensação será valiosa para vítimas avessas ao risco, mas imporá custos de assunção de riscos aos ofensores que arriscam, ao ofertarem produtos ou serviços defeituosos. Terceiro, porque também afeta o bem-estar dos indivíduos devido aos custos de litigância para

compensação dos danos, pois as partes normalmente incorrem no pagamento de custas processuais e outras despesas, além do tempo do processo judicial, e a sociedade, por sua vez, arca com os custos de suporte do sistema judicial. Finalmente, em alguns casos, porque afeta à distribuição de renda, como nos casos em que ofensores (agressores) e vítimas são grupos amplamente distintos com diferentes níveis de renda (esse impacto sobre a distribuição é relevante para o critério da melhoria do bem-estar social).

Esses são parâmetros importantes para aplicação do princípio da eficiência pelo critério do bem-estar social. Como afirmado anteriormente, na linha da doutrina de Kaplow e Shavell (2020), por esse critério, que adota como base teórica a economia do bem-estar, não se exclui princípios de justiça em geral, apenas comprehende que a adoção exclusiva e independente deles na formulação de leis, políticas públicas e decisões, às expensas do bem-estar, é injusto para o indivíduo e para a sociedade.

Semelhante ao caso anterior, em casos de responsabilidade civil, um dos mais consagrados princípios de justiça é o da justiça corretiva, que significa fazer o ofensor pagar pelo dano que causar (CC, art. 927). A reparação de danos é uma garantia constitucional que visa indenizar o agente prejudicado e punir quem violou o dever jurídico. Para que haja reparação, é necessário que estejam presentes os seguintes elementos: conduta humana, dano, nexo de causalidade entre o dano e a conduta.

Trata-se de uma noção de justiça referente à retribuição, o desejo de retificar o resultado criado pela ação do ofensor (KAPLOW e SHAVELL, 2020, p. 87). Essa ideia, entretanto, pode ser modificada de diversas formas. A mais importante é a de que o ofensor somente deve pagar se for comprovada a culpa ou o dolo. Há exceção, a reparação de danos é obrigatória independentemente de culpa em alguns casos, como quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outrem, surgindo a responsabilidade civil objetiva.

Outra noção de justiça diz respeito à compensação – a ideia de que a vítima deve ser compensada por inteiro. Essa concepção também pode ser modificada se levar em conta aspectos do comportamento do ofensor e da vítima, limitando o direito à compensação.

Analizando o atual regime de responsabilidade civil estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Marco Civil da Internet, sob esse enfoque, observa-se que os provedores de aplicações de internet (*marketplaces*) só serão responsabilizados por danos decorrentes de produtos ou serviços defeituosos ou fraudulentos vendidos por terceiros se ficar comprovado que atuaram como intermediários e não como sites de classificados. Esse modelo de responsabilidade civil gera efeitos, pois cria diferentes incentivos para os três principais

agentes: provedores, terceiros que vendem produto e serviço, e vítimas. Como no caso anterior, pode-se utilizar uma matriz de *payoffs* da teoria dos jogos para explorar esses incentivos:

a) Agentes e Estratégias

Os Provedores de Internet (Plataformas de *Marketplace*) podem investir em precaução elevada, implementando sistemas robustos de monitoramento, verificação de vendedores e resolução de conflitos. Por outro lado, podem manter precaução baixa, minimizando investimentos em *compliance*, aceitando maior risco de litígios. Já os Vendedores (Ofertantes de Produtos ou Serviços), podem oferecer produtos de qualidade, reduzindo o risco de vender produtos defeituosos ou fraudulentos ou oferecer produtos de baixa qualidade ou fraudulentos, maximizando lucros no curto prazo. Por fim, os Compradores/Vítimas podem ajuizar ações judiciais, sempre que enfrentarem problemas, buscando reparação ou evitar ações judiciais, absorvendo o prejuízo ou resolver o problema fora do Judiciário.

b) Matriz de *Payoffs*

A matriz abaixo mostra os *payoffs* potenciais, considerando custos de precaução (CP), custos de litígio (CL) e indenizações (J).

Plataforma	Vendedor: Produto Defeituoso ou Fraudulento /Consumidor: Não Litigar	Vendedor: Produto Defeituoso ou Fraudulento /Consumidor: Litigar	Vendedor: Produto de Qualidade
Alta Precaução (Elevado CP)	(-CP, 1, 0)	(-CP-J, 1, J-CL)	(-CP, 0, 0)
Baixa Precaução (Baixo CP)	(0, 1, 0)	(-J, 1, J-CL)	(0, 0, 0)

Explicação dos *Payoffs*:

- CP: Custo de precaução investido pela plataforma em sistemas de compliance.
- J: Valor da indenização paga pela plataforma ao consumidor.
- CL: Custo da demanda judicial, que afeta principalmente o consumidor/vítima.

c) Análise dos Incentivos

Os Provedores de Internet (Plataformas de *Marketplace*) podem agir com alta precaução, tendo em vista o incentivo a investir em medidas proativas, como verificação de

vendedores, monitoramento de produtos e sistemas internos de resolução de conflitos. Como resultado, tende a ocorrer uma redução do número de litígios e menor risco de condenação em indenizações (J). Eles também podem agir com baixa precaução, aumentando o risco de litígios e indenizações (J). Em curto prazo, há uma economia nos custos de compliance (CP), mas o aumento de ações judiciais pode gerar custos mais altos (J+CL).

Por sua vez, os Vendedores podem oferecer produto defeituoso/fraudulento. Em cenários de baixa fiscalização por parte da plataforma, vendedores fraudulentos encontram oportunidades para operar. Quando a plataforma adota alta precaução, o risco de serem excluídos ou bloqueados aumenta. Os vendedores, por outro lado, podem vender produto de qualidade. O incentivo a oferecer produtos de qualidade cresce quando há monitoramento rigoroso, uma vez que vendedores com práticas inadequadas são penalizados.

Já Consumidores/Vítimas tem como incentivos ajuizar Ações Judiciais ou evitar litígios. No primeiro caso, há um incentivo elevado, pois a responsabilidade objetiva da plataforma facilita a reparação dos danos. Litigar é vantajoso desde que o valor esperado da indenização (J) seja maior que o custo da demanda judicial (CL). No segundo caso, o consumidor pode preferir soluções extrajudiciais se a plataforma oferecer sistemas rápidos e eficazes de compensação.

d) Equilíbrio de Nash

No equilíbrio de Nash, cada agente adota a melhor estratégia considerando as ações dos outros:

- Provedores: Alta precaução é a estratégia dominante se os custos de indenização (J) e o risco de litígio são elevados.
- Vendedores: Oferecer produtos de qualidade quando a plataforma exerce fiscalização rigorosa.
- Consumidores: Ajuizar ações judiciais sempre que os custos de litígio (CL) forem baixos ou as chances de vitória forem altas.

Assim, em relação aos incentivos gerados pelo atual arcabouço regulatório, tem-se o seguinte:

- Custos de Precaução: A imposição de responsabilidade objetiva aumenta os custos de *compliance* para as plataformas, que são repassados aos vendedores ou consumidores. No entanto, a precaução elevada melhora a confiança no sistema de marketplace, incentivando mais transações.

- Custos de Litígio: O modelo gera maior volume de litígios, o que pode sobrecarregar o sistema judicial. Plataformas que adotam mecanismos alternativos de resolução de conflitos reduzem custos judiciais para todos os envolvidos.

- Prevenção de Fraudes e Produtos Defeituosos: Com incentivos adequados, a plataforma funciona como reguladora de qualidade, eliminando vendedores fraudulentos e reduzindo externalidades negativas no mercado.

Esse modelo ajuda a entender como diferentes custos e benefícios afetam o comportamento estratégico desses agentes no sistema jurídico brasileiro.

A responsabilidade civil objetiva dos provedores, enquadrado como fornecedor, sob as regras do CDC, gera incentivos alinhados para proteger os consumidores, forçando plataformas a adotar práticas proativas.

Feitas essas considerações, pode-se agora, a partir de uma análise econômica do direito pelo critério normativo (o direito como deve ser), aplicar o princípio da eficiência pelo critério de melhoria do bem-estar social.

Para isso, retornando ao caso sob exame da responsabilidade civil das plataformas de *marketplace* por produtos ou serviços defeituosos ou fraudulentos oferecidos por terceiro, indaga-se: A decisão judicial eficiente deve estabelecer qual regime de responsabilidade civil para as *Big Techs*, enquanto plataforma de comércio eletrônico? Manter o atual regime de responsabilidade civil dos provedores (Responsabilidade objetiva e solidária, desde que atue como intermediário e não como página de classificados), confirmando a jurisprudência já consolidada pelo STJ, ou dando uma nova interpretação conforme a Constituição, estabelecer um regime que imponha aos provedores de internet, por produtos ou serviços defeituosos ou fraudulentos oferecidos por terceiro, uma responsabilidade diferente (responsabilidade objetiva e solidária, independentemente de sua atuação como intermediário ou páginas de classificados)?

Pois bem. Para avaliar qual regime de responsabilidade civil seria mais eficiente, é importante considerar como cada regime afeta os custos e incentivos dos agentes envolvidos (provedores, vítimas e terceiros) e como isso impacta o bem-estar social. A análise se baseia nos seguintes elementos: a) Custos de Precaução: Medidas preventivas tomadas pelos provedores para evitar que consumidores sejam prejudicados; b) Custos de Litígio: Gastos envolvidos na resolução de disputas, incluindo custos judiciais e administrativos; c) Externalidades: Impactos indiretos sobre a liberdade econômica, inovação, acesso a bens e serviços e segurança do consumidor; d) Alocação de Riscos e Incentivos: Como o risco de danos é distribuído entre os agentes e como isso afeta seus comportamentos.

Nesse cenário, serão analisados dois modelos de responsabilidade:

Modelo 1: Regime Atual (Responsabilidade Objetiva e Solidária Condicionada)

Nesse regime, há responsabilidade objetiva e solidária dos provedores, condicionada ao seu papel como intermediários ativos (quando fornecem suporte à transação, como processamento de pagamentos, mediação de disputas ou promoção de produtos). Por outro lado, as plataformas de classificados são isentas, pois atuam apenas como espaços para anúncios.

Algumas consequências econômicas e sociais observadas:

- Incentivo à precaução moderada para plataformas ativas, que investem em sistemas de verificação e controle.
- Redução de custos de litígio para consumidores, pois os provedores podem ser responsabilizados diretamente.
- Preserva a liberdade econômica de plataformas de classificados, incentivando inovação e acesso amplo ao mercado.

Modelo 2: Regime Modificado (Responsabilidade Objetiva e Solidária Universal)

Nesse regime, há responsabilidade objetiva e solidária das plataformas, independentemente de sua atuação como intermediário ou página de classificados. Todas as plataformas podem ser responsabilizadas por danos causados por produtos ou serviços defeituosos/fraudulentos oferecidos por terceiros.

Algumas consequências econômicas e sociais observadas:

- Incentivo elevado à precaução para todas as plataformas, independentemente de seu papel.
- Custos de *compliance* aumentam significativamente, com maior controle, monitoramento e exclusão de vendedores suspeitos, mesmo para plataformas de classificados.
- Possível retração de serviços, especialmente de classificados gratuitos ou de baixo custo, devido ao risco jurídico elevado.
- Maior proteção ao consumidor, mas com possível impacto negativo na liberdade econômica e diversidade de mercado.

Analizando os dois cenários, aplicando o princípio da eficiência sob o critério da melhoria do bem-estar social, vislumbra-se três alternativas, quais sejam, a que considera os custos totais de precaução e de litigância, a que promove melhor distribuição alocativa e a que considera externalidades e bem-estar social.

Pelo critério de Custos Totais de Precaução e Litigância, tem-se que no Modelo Atual há um incentivo a precaução proporcional ao papel da plataforma. Plataformas de classificados

mantêm custos baixos, incentivando a entrada e permanência de pequenos negócios e usuários individuais. Por sua vez, consumidores têm acesso a múltiplos canais de transação, mas podem enfrentar maior risco em ambientes de classificados. Já no Modelo Modificado, todos os provedores incorreriam em altos custos de precaução, resultando em aumento de preços ou exclusão de vendedores informais. Por seu turno, haveria custos judiciais mais baixos para consumidores, já que qualquer plataforma poderia ser processada diretamente. Entretanto, há um risco de remoção excessiva de conteúdo ou bloqueio de vendedores legítimos, prejudicando a liberdade econômica e a inovação.

Sob o critério de Eficiência Alocativa e Incentivos observa-se que o Modelo Atual gera Eficiência na alocação de riscos, visto que Plataformas com maior controle sobre as transações assumem mais responsabilidade. Há também um incentivo equilibrado. Provedores investem em precaução proporcional ao seu papel, enquanto vendedores e consumidores compartilham parte dos riscos. Por outro lado, no Modelo Modificado, há uma sobrecarga de responsabilidade para plataformas de classificados, que podem restringir suas operações ou aumentar custos para usuários. Há também risco moral para vendedores, que podem relaxar os cuidados com a qualidade dos produtos, confiando na responsabilidade ampla das plataformas. Por conseguinte, há um impacto negativo na inovação e diversidade de mercado, limitando a entrada de novos *players*.

Sob a perspectiva de Externalidades e Bem-Estar Social, o Modelo Atual promove um equilíbrio entre proteção ao consumidor e manutenção da diversidade de plataformas. Além disso, estimula a concorrência e inovação, beneficiando o mercado e os consumidores. Por outro lado, o Modelo Modificado, melhora a proteção ao consumidor em curto prazo, mas pode levar à concentração de mercado (apenas grandes *players* conseguiram arcar com os custos de responsabilidade universal). Além disso, há uma redução do acesso a serviços mais acessíveis, como classificados gratuitos ou de pequeno porte, prejudicando a inclusão digital e econômica.

Ponderando o custo e benefício social entre os critérios utilizados para avaliar os dois regimes de responsabilidades, conclui-se que o regime atual (Responsabilidade Objetiva e Solidária Condicionada ao Papel do Provedor) é mais eficiente em termos de melhoria do bem-estar social. Esse regime incentiva plataformas ativas a investir em precaução sem sobrecarregar economicamente plataformas de classificados. Mantém incentivos para inovação e entrada de novos players no mercado, garantindo diversidade de serviços. Por fim, responsabiliza diretamente aqueles que têm maior capacidade de prevenir danos (plataformas que intermedianativamente).

Além disso, possibilita o fortalecimento de mecanismos extrajudiciais, ao incentivar plataformas a criar sistemas internos de resolução de conflitos para reduzir custos judiciais e acelerar a compensação das vítimas. Constatase também uma regulação proporcional, ao implementar normas específicas que distingam claramente os deveres de plataformas intermediárias e de classificados, oferecendo maior segurança jurídica sem sufocar o mercado.

Essa solução melhora a alocação dos custos e incentiva comportamentos socialmente desejáveis com menor impacto negativo no mercado. Nesse caso, aplicando na terceira etapa do processo decisório o princípio da eficiência, pelo critério da melhoria do bem-estar social, a decisão mais razoável seria manter o regime de responsabilidade civil objetiva e solidária, condicionado ao papel da plataforma digital no comércio eletrônico.

Nota-se que o uso do princípio da eficiência no julgamento desse caso difícil, além de representar mais critério decisório, traz mais precisão a decisão, pois além de interpretar e aplicar a regra legal posta à luz de princípios de justiça com força normativa constitucional (dignidade da pessoa humana, liberdade econômica e de contratar, boa-fé objetiva e acesso à justiça), o que caracteriza uma argumentação deontológica, traz uma importante reflexão sobre as consequências econômicas e sociais da decisão, característica de uma argumentação teleológica.

De fato, o emprego da eficiência na fundamentação da decisão judicial é desafiador. Fazer análise de riscos, incentivos, custos e benefícios, descobrir alternativas e escolher entre elas a mais adequada à solução do caso não é uma tarefa simples para um jurista. Muitas vezes será necessário fazer a análise sob a forma de hipóteses precisas através de resultados de pesquisas empíricas. “A análise empírica é mais difícil e exige mais tempo que a conceitual. Exige, ainda, o domínio de um conjunto de ferramentas especializadas (formulação de modelos, técnicas de análises de dados etc)” (MACKAAY, 2015, 674). Como o julgador, que raramente tem conhecimento da teoria econômica, poderia fazer uma análise consequencialista com a metodologia da Análise Econômica do Direito?

Entende-se que há um instrumental que pode ser obtido por meio da realização de audiências públicas, com a participação de *amici curiae*³⁸ e interessados, que podem emitir

³⁸ *Amici curiae* é o plural de *amicus curiae*, que é uma expressão latina usada para denominar um "amigo da corte" ou "amigo do tribunal". É utilizada para designar uma pessoa ou entidade que não é parte de um processo judicial, mas que pode fornecer informações ou esclarecer questões técnicas. O objetivo é fornecer subsídios aos tribunais, oferecendo-lhes uma base mais sólida para questões relevantes e de grande impacto.

No Brasil, qualquer pessoa física ou jurídica, órgão ou entidade pode assumir a posição de *amicus curiae*. O requisito é que esse ente tenha “representatividade adequada” frente a controvérsia em discussão. A decisão sobre admitir ou não as informações fica a critério do tribunal.

pareceres e notas técnicas, os quais podem ser considerados por ocasião da fundamentação da decisão judicial, como no caso da ADI 6482/DF, em que se discutiu a constitucionalidade do Art. 12, caput, da Lei No. 13.116/2015, relativo à gratuidade do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo. Como visto, o STF, fazendo referência a manifestação da ANATEL, ou seja, da opinião técnica do agente regulador, usou esses argumentos consequencialistas como *ratio decidendi* na decisão final.

Outro exemplo do emprego desse instrumental, mas sobre tema diverso da regulação do mercado digital, é o julgado do RE 1.355.208/SC (Tema 1.184), que tratou da extinção da execução fiscal de baixo valor, em que o STF, aplicou o princípio da eficiência e usou argumento consequencialista, baseado em dados empíricos, ao fazer referência a pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), solicitada pelo Conselho Nacional de Justiça, entre novembro de 2009 e fevereiro de 2011 e Nota Técnica No. 08/2023, do Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC/STF), para identificar o custo mínimo de um processo de execução fiscal.

Na tese fixada sobre o tema, o STF concluiu que, em dívidas de baixo valor, o custo de movimentar os processos de execução fiscal é muito superior ao próprio valor que se busca recuperar. Além disso, a Suprema Corte considerou que estudos demonstraram que os entes públicos têm mais chance de recuperar o valor da dívida quando usam o protesto de certidão de dívida ativa (que é uma solução mais rápida e barata) do que quando acionam o Poder Judiciário por meio da execução fiscal. Por maioria, o STF entendeu que é preciso adotar medidas que reduzam o número de execuções fiscais e, ao mesmo tempo, permitam que os entes públicos cobrem os débitos de maneira mais eficiente.

Assim, o julgador pode se utilizar de subsídios fornecidos em manifestações e pareceres especializados de agentes reguladores, amigos da corte e núcleos técnicos do próprio tribunal para embasar a fundamentação da decisão judicial.

CONCLUSÃO

Ao longo desse trabalho, explorou-se como o princípio da eficiência e o pragmatismo jurídico orientam as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em processos envolvendo empresas de grande porte do setor de tecnologia, conhecidas como *big techs*, e plataformas de *e-commerce*.

Como observado, o emprego do princípio da eficiência, especialmente em casos de alta complexidade e impacto econômico e social, ainda é pequeno, mas tem crescido na esfera judicial, onde decisões afetam diretamente o funcionamento de empresas transnacionais e a proteção de direitos fundamentais, como a privacidade e a liberdade de expressão.

O avanço tecnológico trouxe desafios para o Poder Judiciário, que se vê, em razão das falhas de mercados e da regulação administrativa e legislativa, diante da necessidade de regular práticas comerciais de empresas que operam globalmente e influenciam diversos aspectos da sociedade brasileira. Casos judiciais envolvendo as *Big Techs*, empresas transnacionais proprietárias de provedores de internet, plataformas de redes sociais e marketplaces digitais, como observado nos 118 (cento e dezoito) acórdãos analisados no quarto capítulo, estão cada vez mais presentes nos tribunais superiores do Brasil.

Nos julgamentos do STF analisados, embora em poucos casos a fundamentação jurídica apresente uma análise pragmática e consequencialista, observou-se que as decisões têm impactos para as empresas de tecnologia, para o mercado e para a sociedade. Este segmento se aprofundou na análise dos 18 casos encontrados, destacando o papel das *big techs* e a aplicação de princípios constitucionais.

A presença de argumentos baseados na eficiência é esporádica, mas quando ocorre, visa garantir que decisões jurídicas acompanhem a complexidade econômica e social do mercado digital e tecnológico. O STF, ao aplicar o consequencialismo, como na ADI 6482/DF, considera o impacto potencial das decisões nas políticas públicas e na economia.

Por sua vez, nos julgamentos do STJ analisados, precisamente, os 100 casos pesquisados, trazem um espectro mais amplo de temas, em especial questões relacionadas à responsabilidade civil das plataformas de *e-commerce* e provedores de internet. Muitas dessas decisões abordam diretamente a interação entre o Marco Civil da Internet e a proteção de direitos fundamentais no mercado digital.

Casos envolvendo grandes plataformas, como o Mercado Livre e a OLX, refletem questões complexas sobre a responsabilidade desses intermediários digitais, especialmente em casos de fraude e violação de direitos autorais. Como observado, o STJ é cauteloso na aplicação de argumentos consequencialistas e do princípio da eficiência, frequentemente mantendo-se na

interpretação e aplicação das normas legais e infraconstitucionais. No entanto, esses conceitos aparecem de forma indireta, principalmente em decisões sobre responsabilidade civil.

Ao longo do trabalho, avaliamos as limitações do emprego da eficiência no contexto regulatório de *Big Techs*. A complexidade econômica e a coexistência de múltiplos interesses tornam essa aplicação particularmente desafiadora, principalmente quando decisões devem balancear entre eficiência alocativa e proteção de direitos fundamentais. Esse cenário dificulta a análise dos impactos econômicos e sociais das decisões, bem como a avaliação da eficiência como instrumento para alcançar um resultado justo e equilibrado para todas as partes envolvidas. Nessa perspectiva, a empresa transnacional de tecnologia de informação, como parte interessada, não pode ser desconsiderada, pois desempenha um papel importante no desenvolvimento sustentável.

As decisões que favorecem a eficiência podem impactar a competitividade e o crescimento econômico. No caso do ADI 6482/DF, a decisão sobre o direito de passagem mostra como a eficiência pode estimular investimentos na infraestrutura nacional. Evidentemente, essa abordagem não pode excluir, em alguns casos, aspectos de equidade e justiça social, pois as decisões de eficiência devem, igualmente, preservar a equidade entre empresas e o impacto em longo prazo para o mercado e a sociedade.

Os dois casos utilizados no último capítulo para demonstrar o emprego do princípio da eficiência mostraram que as decisões judiciais de casos difíceis geram custos, incentivos, riscos e efeitos. Como visto, a aplicação do princípio pelo critério da melhoria do bem-estar social como fundamento da decisão judicial em casos difíceis envolvendo empresas transnacionais tem por escopo diagnosticar normas concebidas com base exclusiva em princípios de justiça, impedir a fundamentação da decisão judicial exclusivamente por esses critérios e, considerando eventual comparação entre alternativas de soluções, determinar como mais eficientes as construídas com o propósito de melhoria do bem-estar social.

Isso revela um substancial dever de prestação racional de contas por parte do julgador que inclua, quando possível, tanto argumentos empíricos (para mostrar que a estratégia de decisão é a mais apropriada para a realização do fim pretendido), quanto argumentos normativos (para mostrar que é adequada a escolha de um determinado fim e não de outros).

No Estudo de Caso 1 (RE 1037396/SP e RE 1057258/MG), ponderou-se sobre duas alternativas, a que buscava a redução de custos sociais e a que promovia melhor distribuição alocativa. Ao avaliar o custo e benefício social entre os critérios utilizados para avaliar os três regimes de responsabilidades, concluiu-se que a responsabilidade subjetiva sem reserva de jurisdição seria a decisão mais eficiente para melhoria do bem-estar social. Esse regime

incentiva os provedores a adotarem práticas proativas de monitoramento a um custo inferior ao imposto pela responsabilidade objetiva, reduz os custos judiciais para as vítimas – promovendo maior acesso à justiça e remoção de conteúdos ofensivos – e evita os excessos da responsabilidade objetiva, preservando tanto a liberdade de expressão quanto a eficiência do mercado.

No Estudo de Caso 2 (RESP 2067181/PR), ponderou-se sobre três alternativas, a que considerava os custos totais de precaução e de litigância, a que promovia melhor distribuição alocativa e a que considerava externalidades e bem-estar social. Avaliando o custo e benefício social entre os critérios utilizados para avaliar os dois regimes de responsabilidades, concluiu-se que o regime atual (Responsabilidade Objetiva e Solidária Condicionada ao Papel do Provedor) é mais eficiente em termos de melhoria do bem-estar social, por incentivar plataformas ativas a investir em precaução sem sobrecarregar economicamente plataformas de classificados, manter incentivos para inovação e entrada de novos *players* no mercado – garantindo diversidade de serviços – e responsabilizar diretamente aqueles que têm maior capacidade de prevenir danos (plataformas que intermedium ativamente).

Nesse contexto, a partir dos casos estudados, tem-se que o problema de pesquisa resta respondido. A eficiência é um princípio jurídico que pode ser utilizado como fundamento (*ratio decidendi*) de decisões judiciais de casos difíceis envolvendo empresas transnacionais no mercado digital. Em complemento, o seu emprego pode ser feito com critério, por meio de três etapas: a primeira, em que se identifica o caso difícil; a segunda, em que se interpreta e aplica princípios de justiça, como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da propriedade e do acesso à justiça; a terceira e última, em que, a partir de uma análise normativa, se aplica, propriamente, o princípio da eficiência, pelo critério de melhoria do bem-estar social.

Como observado, para evitar o uso excessivo ou inadequado da eficiência como fundamento decisório, propõe-se uma abordagem equilibrada, onde a eficiência deve ser integrada com princípios de justiça e equidade. As decisões em setores inovadores devem considerar tanto a eficiência quanto a justiça social, prevenindo desigualdades e promovendo a inclusão digital.

O uso do princípio da eficiência no sistema jurídico, embora vantajoso para uma regulação econômica moderna, precisa ser calibrado de maneira que não negligencie outros princípios constitucionais. Essa foi a razão da utilização do critério da melhoria do bem-estar social, idealizado por Kaplow e Shavell, que diferentemente do critério da maximização da riqueza social, idealizado por Posner, tem preocupação com questões de justiça distributiva.

Portanto, ao longo deste trabalho científico, foi analisada a aplicação do princípio da eficiência e do pragmatismo nos julgamentos do STF e STJ. Constatou-se que, embora o uso desses fundamentos seja limitado e cauteloso, ele possui um impacto significativo em áreas como a regulação de *big techs*, nas redes sociais e no e-commerce. A eficiência, quando bem aplicada, pode contribuir para um sistema jurídico mais justo e adaptado às necessidades econômicas e sociais do Brasil.

Em casos difíceis que importam a concretização e a garantia de direitos fundamentais, o uso do princípio da eficiência não significa pouca atenção ao direitos humanos, em sua dimensão individual e coletiva. Pelo contrário, apesar de forte traço utilitarista, sua aplicação, se bem ponderada, em cenário de escolhas trágicas, permite ao julgador alocar adequadamente recursos, sem comprometer a efetividade de direitos fundamentais.

Por fim, à guisa de conclusão, uma aplicação controlada e ponderada do princípio da eficiência, por meio do critério de melhoria do bem-estar social, possibilitará um controle judicial que favoreça, em termos regulatórios, a harmonização entre as demandas tecnológicas e as exigências de um sistema jurídico inclusivo e que promova a justiça no mercado digital. Permitindo, com isso, soluções que sejam, dentro do possível, não apenas justas, mas também eficientes.

,

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Uma visão pós-positivista sobre o direito e as consequências das decisões judiciais.** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, ano 17, n. 25, jan./jun 2019, p. 65-83.
- ADEODATO, João Maurício. **A Construção retórica do ordenamento jurídico – três confusões sobre ética e direito.** Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro. P. 103-114, n. 03, 2011.
- ALEXY, Robert. **Sobre o conceito de princípio de Direito.** In: Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do Direito. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 21. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2022a.
- _____. **Constituição, Liberdade e Interpretação.** 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2022b.
- BARROS, Charles Menezes. **Regulação democrática de conteúdo da comunicação social: limites à atividade do agente regulador.** Belo Horizonte: Forum, 2024.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Rio de Janeiro: Zahar, 2021
- BINENBOJM, Gustavo. **Não há salvação para o artigo 19 do Marco Civil da Internet.** Migalhas, 2024. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/419322/nao-ha-salvacao-para-o-artigo-19-do-marco-civil-da-internet> Acesso em 15.11.2024.
- BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 de janeiro. 2002.
- _____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015.
- _____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 12 conjuntos. 1990.
- _____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1º, 24 abr. 2014.
- _____. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 9 conjuntos. 1942.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **RCL No. 11.243.** Rel. p/ o ac. Min. Luiz Fux, j. 8-6-2011, P, DJE, 5.10.2011.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **RE No. 1010606/RJ,** Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/02/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/05/2021

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE No. 1037396-SP**, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 21/03/2023, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 21/03/2023 PUBLIC 22/03/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AgR-ED No. ARE: 922580-MT**, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 24/05/2016, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-117 08-06-2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE No. 596805-DF**, Relator: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-06 PP-01253.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI No. 6482-DF**, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 18/02/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 21/05/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE No. 1492655-RJ**, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 24/06/2024, Segunda Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 28-06-2024 PUBLIC 01-07-2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RCL AgR No. 65044/MT**, Relator: Min. GILMAR MENDES. Data do Julgamento: 07/05/2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inq No. 4781-DF**, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 17/02/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 14/05/2021

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inq No. 4874-DF**, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 09/10/2024, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 10/10/2024 PUBLIC 11/10/2024

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pet No. 10792-DF**, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 19/08/2024, Primeira Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 20-08-2024 PUBLIC 21-08-2024

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp n. 1.732.087/PR**, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 7/10/2024, DJe de 9/10/2024

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp n. 2.458.697/SP**, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/4/2024, DJe de 19/4/2024

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.753.362/RJ**, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 8/4/2024, DJe de 11/4/2024

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 2.057.908/SC**, relatoria Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 10/4/2024

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 2.096.417/SP**, relatoria Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/2/2024, DJe de 7/3/2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp n. 2.314.086/RS**, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 18/9/2023, DJe de 22/9/2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 2.012.895/SP**, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 15/8/2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 2.067.181/PR**, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 15/8/2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.660.168/RJ**, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 30/6/2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.980.014/SP**, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 21/6/2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.783.269/MG**, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 18/2/2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.930.256/SP**, relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 17/12/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.593.249/RJ**, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 9/12/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no REsp n. 1.402.112/SE**, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5^a Região), Quarta Turma, julgado em 19/6/2018, DJe de 26/6/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.568.935/RJ**, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 5/4/2016, DJe de 13/4/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.512.647/MG**, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 13/5/2015, DJe de 5/8/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp n. 495.503/RS**, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 26/5/2015, DJe de 1/6/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.337.990/SP**, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 21/8/2014, DJe de 30/9/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag n. 1.174.206/RJ**, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1/12/2009, DJe de 11/12/2009.

CABRAL, Flávio Garcia. **O conteúdo jurídico da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CAMPOS, Ricardo. **O Futuro da regulação de plataformas digitais: Digital Services Act (DSA), Digital Markets Act (DMA) e seus impactos no Brasil.** Org. Ricardo Campos, Coord. Maria Gabriela Grings (et al). 1^a. ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Coimbra, 1991.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed.** Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Adriano Augusto Pereira de. **A eficiência como fundamento da decisão judicial em direito empresarial.** 2011. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/adrianocastroaeficienciacionofundamentadadecisaojudicial.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2024.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de; VALLE, Caroline; ANSCHAU, Lorena Coser Doano; FERREIRA, Marcela Bravo. **Análise do impacto das decisões judiciais sobre o orçamento da União no caso de saúde pública: Possibilidades e contingenciamento dos riscos.** Revista Tributária e de Finanças Públicas, ano 20, volume 102, p. 15-40, 2012.

COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito.** Trad. Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016 (Coleção Paulo Bonavides).

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** Vol 1. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Derecho y Economía.** México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos Direitos Humanos.** In: MARCÍLIO, Maria Luíza e outro (Coords). **Cultura dos direitos humanos.** São Paulo: LTr, 1998.

COSSIO DIAZ, José Ramón. **Derecho y Análisis Económico.** México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

DIDIER JR. **Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo.** In: DIDIER JR., Freddie (org). Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Salvador: Juspodivm, 2010. Vol 2.

_____; ZANETTI Jr, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador: Juspodivm, 2014. Vol. 4. Item 2.2.5.

DIAS, Jean Carlos. **Análise Econômica do processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

_____. **O controle judicial de políticas públicas.** 2^a. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Trad. Luis Carlos Borges. 2a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Order of the coif lecture: reply, 29.** Arizona State Law Journal. v. 29. p. 431-458. 1997.

_____. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios.** Trad. Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **A regulação de empresas transnacionais no âmbito da economia digital em face do direito ambiental constitucional brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023a.

_____. **Balizamento Jurídico da Censura em face das Empresas Transnacionais de Mídia Social no Brasil no âmbito da Tutela Constitucional do Meio Ambiente Digital.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023b.

_____. e FERREIRA, Renata Marques. **Direito Empresarial Ambiental Brasileiro e sua delimitação Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumn Juris, 2020.

GAXIOLA, Alba Beatriz Flores. **El concepto de soberanía y sus transformaciones, com especial referencia al caso mexicano.** Faculdade de Ciencias Jurídicas y de la Empresa/Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Empresa da Universidade Católica San Antonio. Múrcia, 2013.

GICO JR, Ivo. **Introdução ao direito e economia.** In: TIMM, Luciano Benetti (org), **Direito e Economia no Brasil.** 5^a. Ed. Indaiatuba: Editora Foca, 2023, p. 1-32.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; MELLO, Patrícia Perrone Campos. **A titularidade dos direitos fundamentais por parte de pessoas jurídicas. A empresa como agente de efetivação dos direitos sociais: notas introdutórias ao direito empresarial constitucional.** Rev. Bras. Polít. Públicas (Online), Brasília, v. 6, n° 3, 2016 p. 99-119

HART, Herbert. **O Conceito de Direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

HILBRECHT, Ronald O. **Uma introdução à Teoria dos Jogos.** In: TIMM, Luciano Benetti (org), **Direito e Economia no Brasil.** 5^a. Ed. Indaiatuba: Editora Foca, 2023, p. 109-132.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus Welfare.** Boston: First Harvard University Press, 2020.

KELSEN, Hans. **La transformación del concepto de soberanía.** DPU, n. 58, jul-agosto 2014.

LEITE, Geraldo Neves. **Controle Judicial e a Eficiência da Regulação do Comércio Eletrônico.** Revista Brasileira de Direito Comercial, Empresarial, Concorrencial e do Consumidor. v. 1 (out./nov. 2014). Porto Alegre: Magister, 2014. Bimestral v. 57 (fev./mar. 2024)

_____. **A Eficiência como fundamento da Decisão Judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito.** Tradução de Bruno Miragem e notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito.** Trad. Rachel Sztajn. 2^a. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MELO, Omar Augusto Leite. **Análise Econômica dos direitos fundamentais: consequencialismo e custo dos direitos na jurisdição (econ)stitucional do STF.** São Paulo: Editora Dialética, 2023.

MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência.** Revista do Serviço Público. Brasília, ano 51, No. 2, abr-jun, p. 105-119, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito Administrativo e a batalha dos métodos.** Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/publicistas/direito-administrativo-e-a-batalha-dos-metodos-04022020>. Postado em 04.02.2020. Acesso em 15.11.2024.

NALINI, José Renato. **Uma geração ansiosa.** Diário do Litoral, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www.diariodolitoral.com.br/colunistas/jose-renato-nalini/a-geracao-ansiosa/1948>. Acesso em: 20 nov. 2024.

NALINI, José Renato e LEITE, Gerardo Neves. **Pragmatismo Jurídico no julgamento de Casos Complexos de Direito Empresarial.** In Revista Brasileira de Direito Comercial, Empresarial, Concorrencial e do Consumidor v. 1 (out./nov. 2014). Porto Alegre: Magister, 2014, Bimestral v. 54 (ago./set. 2023).

NERY JUNIOR, Nelson. **Plataforma Eletrônica de Vendas. Natureza Jurídica de Prestação de Serviços.** Vol. 6/2014, pp. 653-704, Set/2014

OUR COMMON FUTURE. **Report of the World Commision on Environment and Development.** Our Common Future Transmited to the General Assembly as na Annex to document A/42/427 – Development and International Co-operation: Emviromment, 1987. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2024.

PIGOU, A. C. **The economics of welfare.** 5. Ed. London: Macmillan & Co., 1952.

POSNER, Richard. **A Economia da Justiça.** Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Economic analysis of law.** New York: Aspen Publishers, 1973.

_____. **Problemas da filosofia do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

_____. **Economic analysis of law.** 7^a. Ed. New York: Aspen Publishers, 2007b.

_____. **Tribute to Ronald Dworkin – And a note on pragmatic adjudication.** New York: New York University Annual Survey of American Law, v. 63, p. 09-13, 2007c.

_____. **How judges think?** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 4 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

RENDEIRO, Carla Blanco. **Maximização da riqueza x justiça: a crítica de Dworkin à análise econômica do Direito**. In: DIAS, Jean Carlos (coord.). *O pensamento jurídico contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

SALAMA, Bruno M. **Direito e Economia: Textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. São Paulo: Latin American and Caribbean Law and Economics Association, 2012. Disponível em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999.

SANTOS, Manoel J. Pereira. **Responsabilidade civil dos provedores de conteúdo pelas transações comerciais eletrônicas**. In: **Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação**. 2. E. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHILLER, Herbert. **Comunicação e Dominação Cultural**. Imprensa Internacional de Artes e Ciências, 1976.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. **Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/41531/40881>. Acesso em: 11 fev. 2025.

SCHWAB, Joseph E. **Progressive Capitalism is Not an Oxymoron**. The New York Times. 19.04.2019

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SIMÕES, Sandro Alex de Souza. **O método do caso como alternativa para o ensino do direito no Brasil: virtudes, problemas e desafios**. In SIMÕES, Sando Alex de Souza e DIAS, Bárbara Lou de Costa Veloso (Orgs). *Ensaios sobre o direito constitucional: estudos em homenagem ao professor Orlando Bitar*. Belém, Ed. CESUPA, 2003.

STIGLITZ, Joseph. **Economia será devastada se não salvarmos as pessoas**. Estado de São Paulo. 5.04.2020.

STONE, Deborah. **Policy paradox**. New York: WWNorton, 2002.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio Eletrônico - conforme o marco civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil**. 1. Ed. Editora Saraiva, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?** In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano

Benetti (org). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2^a. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário.** v. 1. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **A teoria da empresa: o novo Direito “Comercial”.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2899>>. Acesso em: 15 jun. 2010.

_____. **Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário.** v. 1. São Paulo: Atlas, 2008.

YEUNG, Luciana. **Consequentialismo no Judiciário.** In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coords). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução.** 3^a. ed. Belo Horizonte: Forum, 2022, p. 193-200.

YIN, R. K. **Estudo de Caso: planejamento e métodos.** 2^a. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça.** São Paulo: Thonsom Reuters, 2019.

ANEXOS