

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
ROGÉRIO GESTA LEAL
HANDEL MARTINS DIAS
Organizadores

COLETÂNEA DO VI SEMINÁRIO INTERNACIONAL

TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

VOLUME 2



**COLETÂNEA DO VI SEMINÁRIO
INTERNACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO
DE DIREITOS INDISPONÍVEIS**

**TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS
VOLUME 2**

CONSELHO EDITORIAL



Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia
André Luís Vieira Elói
Antonino Manuel de Almeida Pereira
Antônio Miguel Simões Caceiro
Bruno Camilloto Arantes
Bruno de Almeida Oliveira
Bruno Valverde Chahaira
Catarina Raposo Dias Carneiro
Christiane Costa Assis
Cíntia Borges Ferreira Leal
Eduardo Siqueira Costa Neto
Elias Rocha Gonçalves
Evandro Marcelo dos Santos
Everaldo dos Santos Mendes
Fabiani Gai Frantz
Flávia Siqueira Cambraia
Frederico Menezes Breyner
Frederico Perini Muniz
Giuliano Carlo Rainatto
Helena Maria Ferreira
Izabel Rigo Portocarrero
Jamil Alexandre Ayach Anache
Jean George Farias do Nascimento
Jorge Douglas Price
José Carlos Trinca Zanetti
Jose Luiz Quadros de Magalhaes
Josiel de Alencar Guedes
Juvenio Borges Silva
Konradin Metze
Laura Dutra de Abreu
Leonardo Avelar Guimarães
Lidiane Mauricio dos Reis

Lígia Barroso Fabri
Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem
Luciana Molina Queiroz
Luiz Carlos de Souza Auricchio
Marcelo Campos Galuppo
Marcos André Moura Dias
Marcos Antonio Tedeschi
Marcos Pereira dos Santos
Marcos Vinício Chein Feres
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral
Marilene Gomes Durães
Mateus de Moura Ferreira
Milena de Cássia Rocha
Mortimer N. S. Sellers
Nígela Rodrigues Carvalho
Paula Ferreira Franco
Pilar Coutinho
Rafael Alem Mello Ferreira
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia
Rayane Araújo
Regilson Maciel Borges
Régis Willyan da Silva Andrade
Renata Furtado de Barros
Renildo Rossi Junior
Rita de Cássia Padula Alves Vieira
Robson Jorge de Araújo
Rogério Luiz Nery da Silva
Romeu Paulo Martins Silva
Ronaldo de Oliveira Batista
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
ROGÉRIO GESTA LEAL
HANDEL MARTINS DIAS
Organizadores

COLETÂNEA DO VI SEMINÁRIO INTERNACIONAL

TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

VOLUME 2

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.

Copyright © 2022 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2022 by Anizio Pires Gavião Filho,
Rogério Gesta Leal, Handel Martins Dias (Orgs.)



DIALÉTICA
EDITORA

 /editoradialetica

 @editoradialetica

www.editoradialetica.com

EQUIPE EDITORIAL

Editores-chefes

Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira
Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

Designer Responsável

Daniela Malacco

Produtora Editorial

Kariny Martins

Controle de Qualidade

Marina Itano

Capa

Giovana Acciarini

Diagramação

Giovana Acciarini

Preparação de Texto

Lucas Ben
Suzana Itano
Anna Moraes

Revisão

Responsabilidade do autor

Assistentes Editoriais

Jean Farias
Letícia Machado
Ludmila Vieira
Larissa Teixeira

Estagiária

Laís Silva Cordeiro



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Q3m

Coletânea do VI Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis : Vol. 2 / organização Anizio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal, Handel Martins Dias. – São Paulo : Editora Dialética, 2022.
596 p. = (v. II)

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-252-3267-6

1. Direitos Indisponíveis. 2. Direito. 3. Coletânea. I. Organizadores. II. Título.

CDD 340
CDU 34



CONSELHO ADMINISTRATIVO
Fábio Roque Sbardello - Presidente
Luciano de Faria Brasil - Vice-Presidente
Gilberto Thums - Secretário
Alexandre Lipp João - Representante do Corpo Docente

DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO
Gilberto Thums

COORDENADOR DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
Anizio Pires Gavião Filho

COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
Mauro Luis Silva de Souza

CONSELHO EDITORIAL
Anizio Pires Gavião Filho
Fábio Roque Sbardello
Guilherme Tanger Jardim
Luis Augusto Stumpf Luz

SUMÁRIO

TUTELA DE LOS DERECHOS INDISPONIBLES
AMBIENTALES | 13

- Alfonso Jaime Martínez Lazcano

DISCUSIÓN SOBRE EL RECURSO JUDICIAL EFECTIVO
PARA LA DEFENSA DE BIENES PUBLICOS INDISPONIBLES
A LA LUZ DEL DERECHO ADMINISTRATIVO
COLOMBIANO. BREVE MARCO DESCRIPTIVO AL CASO
DEL PARQUE DE LA LEYENDA VALLENATA | 35

- Riccardo Perona

- Ricardo Cano Andrade

- Cristian Arrieta Morales

IMPACTO SOCIOJURÍDICO DE LA FALOCRACIA EN LA
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES
DE LA MUJER EN COLOMBIA | 51

- Sandra Milena Acosta Gonzalez

FIXAÇÃO DE LOCATIVOS EM RAZÃO DA POSSE
EXCLUSIVA DE BEM COMUM POR UM DOS CÔNJUGES:
ANÁLISE À LUZ DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO
SEM CAUSA | 73

- Conrado Paulino da Rosa

- Marina Dezotti Gatto

A REPARAÇÃO INTEGRAL NOS CASOS DE RACISMO: UMA ANÁLISE DO CASO CARREFOUR | 91

- Eduardo Gonçalves Spitaliere
- Laura Vogado Lima

MERCADO, ESTADO, SOCIEDADE E ATIVISMO JUDICIAL: AS TENSÕES ENTRE INCLUSÃO SOCIAL E LIVRE-INICIATIVA NO CASO DA PETIÇÃO 3388 JUNTO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | 111

- Antonio Celso Baeta Minhoto
- Nilson Tadeu Reis Campos Silva

PROPORCIONALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS | 129

- Débora Bervig

EL DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL: UN ENFOQUE PANDÉMICO A LA LUZ DEL DERECHO CONVENCIONAL | 143

- Ángela Patricia Moreno López
- Fredy Alexander Sanchez Torres
- Astrid Daniela Vidal Lasso

DAS SESMARIAS À CASA VERDE E AMARELA: UMA HISTÓRIA DE EXCLUSÃO SÓCIO TERRITORIAL DA POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA NO BRASIL | 167

- Juliana Raffaella de Souza Gallicchio

EL SISTEMA BRAILLE Y OTROS MEDIOS AUXILIARES COMO DERECHO COMUNICATIVO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD VISUAL EN EL PERÚ: AVANCES Y DESAFÍOS | 185

- Nuccia Seminario-Hurtado

CONQUISTAS E DESAFIOS DA POPULAÇÃO LGBTQIAP+
PELA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS RELATIVOS
AO EXERCÍCIO DA PARENTALIDADE: ADOÇÃO,
REPRODUÇÃO ASSISTIDA E OUTRAS POSSIBILIDADES | 201

- Carolina D'Amorim Barreto

- Marina Mayer Pereira

LICENÇA-PARENTAL: PERSPECTIVAS PELO DIREITO À
PARTICIPAÇÃO ATIVA DOS GENITORES NA FORMAÇÃO
DE LAÇOS AFETIVOS COM O RECÉM-NASCIDO E DA
IGUALDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO FAMILIAR E NO
MERCADO DE TRABALHO | 225

- Geórgia Manfroi

IGUALDADE DA LICENÇA PARENTAL COMO PROTEÇÃO
AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA | 241

- Ana Flávia Sartorelli Balancelli

- Fernanda Pantaleão Dirscherl

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: COMPARAÇÃO ENTRE OS
ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO, PORTUGUÊS E
AMERICANO | 257

- Luíza Sartori Parise

- Natália Trindade Emmel

(IM) POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA
PATERNIDADE REGISTRAL: CONFLITO ENTRE VÍNCULOS
REGISTRAL, SOCIOAFETIVO E BIOLÓGICO | 281

- Iane Dias Krause

O CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS
EM CASOS DE ABANDONO AFETIVO: UMA ANÁLISE
JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA DO ASSUNTO | 301

- Henrique Scherer de Verney
- Luiza Tosta Cardoso

COMUNHÃO PARCIAL DE BENS: O ATUAL REGIME LEGAL
DE BENS ATENDE AOS ANSEIOS SOCIAIS? | 319

- Cecília Nunes Barros
- Rafaela de Vargas Pereira

ANÁLISIS COMPARATIVO SOBRE LOS PROCESOS
COLECTIVOS REGULADOS EN MÉXICO A NIVEL
FEDERAL EN EL CFPC Y LOS QUE SE ENCUENTRAN
CONTEMPLADOS EN EL CÓDIGO MODELO DE PROCESOS
COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA | 337

- Hugo Carrasco Soulé

A TRANSAÇÃO NA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA E SEUS EFEITOS NO MICROSSISTEMA
PROCESSUAL COLETIVO | 371

- Thomás Henrique Welter Ledesma

A LEGITIMIDADE ATIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA
COLETIVO E O ART. 58 DO PROJETO DE LEI 1.641/21 | 387

- Ananda de Brum Christofari
- Lara de Sousa Duarte

LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN LA JURISDICCION
COLOMBIANA: ¿GARANTISTAS EN LA OBSERVANCIA DE
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES? | 403

- Héctor Francisco Arévalo Fómeque

RESOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS NA ÁREA
TRIBUTÁRIA: OS DESAFIOS DA MEDIAÇÃO | 419

- Cristiane da Costa Nery

DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE: MEIOS
ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DO
CPC/2015 E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO | 445

- Maria Fernanda Gonçalves Ribeiro Ventura

A PREVENÇÃO E O ENFRENTAMENTO DO
SUPERENDIVIDAMENTO: AS ALTERAÇÕES DA LEI
14.181/21 NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR | 463

- Marcio Pasqualli Afonso

O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E A CARTA DA
REPÚBLICA DE 1988. ELEMENTOS PARA DISCUSSÃO DA
ADEQUAÇÃO NA SEARA ECONÔMICA | 479

- Gabriel Vieira de Souza

- Michael Almeida di Giacomo

RESPONSABILIDAD ATRIBUIBLE A LOS INTERMEDIARIOS
DE INTERNET, EN EL MARCO DE UN PROCESO JUDICIAL
EN COLOMBIA | 495

- Jorge Iván Guerra Fuentes

A REPARAÇÃO INTEGRAL DIANTE DO IMPACTO
DA DESINFORMAÇÃO SOBRE A SAÚDE DURANTE A
PANDEMIA NO BRASIL | 517

- Lídia Caroline Ritter Pinto

- Gabriela Medeiros Araújo

O PROTAGONISMO JUDICIAL, A DISCRICIONARIEDADE E
O ATIVISMO JUDICIAL | 537

- Lucas Moreschi Paulo

DERECHOS FUNDAMENTALES SITUADOS EN UN MISMO
NIVEL DENTRO DE LA PIRÁMIDE KELSENIANA Y LA
PONDERACIÓN DE LOS MISMOS | 555

- María Camila Vanegas Hernández

TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS:
UMA APLICAÇÃO AO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO | 573

- Helena Soares Souza Marques Dias

TUTELA DE LOS DERECHOS INDISPONIBLES AMBIENTALES

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO¹

1. INTRODUCCIÓN

La violación a los derechos humanos relacionados con la protección al medio ambiente, igual que la desaparición forzada de personas² es compleja y múltiple, porque impacta a nivel individual: en la vida, libertad e integridad de los defensores; en lo institucional: trasgresión a las garantías judiciales, corrupción y provoca impunidad; en lo social: atentan contra comunidades de los pueblos originarios, el derecho a la identidad cultural, a mantener la posesión y propiedad de sus tierras, a beneficiarse de la extracción y explotación de los recursos; de forma difusa: la contaminación, el saqueo y la explotación inmoderada, inclusive en áreas protegidas, situación que afecta a todos de diversas maneras.

-
- 1 Abogado, Doctor en Derecho Público, profesor e Investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas, profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Director de la *Revista Primera Instancia* y presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Vicepresidente en Investigaciones de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional. Contacto: alfonso.martinez@unach.mx.
 - 2 La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, en su artículo 2 define a la “desaparición forzada como el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

En contrapartida, es necesario promover el desarrollo sostenible como principio rector para la evolución mundial a largo plazo, el cual se define “como la satisfacción de «las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades” (ONU, s.f., párr. 1).

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, o Cumbre de la Tierra de Río 20, celebrada en Brasil en el 2012, se centró en dos temas: 1) economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza y 2) el marco institucional para el desarrollo sostenible.

Cuadro 1.



Fuente: elaboración propia.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y culturales “Protocolo de San Salvador” establece en su artículo 11 que: “1. *Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.* 2. *Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente*”.

Tanto la jurisprudencia interamericana como la de la Corte Europea de Derechos Humanos, han señalado que existe una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, así se dice que las formas de la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático han afectado al goce efectivo de los derechos humanos en el continente, lo cual también ha sido objeto de discusión por parte de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y las Naciones Unidas. También se advierte que un número considerable de Estados parte de la Convención ADH han adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano. Estos avances en el desarrollo de los derechos humanos en el continente han sido recogidos en el Protocolo Adicional a la Convención ADH en materia de DESC Protocolo de San Salvador (CORTE IDH, 2009, párr. 148).

2. ÂMBITO INDIVIDUAL

Una muestra del impacto individual se evidencia en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, quienes, por organizarse para defender la tala inmoderada en la entidad de Guerrero en el país, fueron privados de la libertad, torturados y se les proceso penalmente de forma fraudulenta, “sustentada” en pruebas inventadas por los propios agentes del Estado, aunado a la ineficacia de los juzgadores para tutelar derechos fundamentales.

[...] la denuncia presentada por ciertos miembros del Ejército en contra de los señores Cabrera y Montiel por la comisión de los presuntos delitos de portación de armas de fuego de uso exclusivo del Ejército y sin licencia y siembra de amapola y marihuana... [Ocasiónó que sufrieran las víctimas] tratos crueles, inhumanos y degradantes, mientras se encontraban detenidos y bajo custodia de miembros del Ejército mexicano... [Por] su labor como defensor de los bosques, describiendo el proceso organizativo... para frenar la [alegada] tala inmoderada de la región por empresas trasnacionales y locales (CORTE IDH, 2010, párrs. 2, 26 y 69).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo posterior Corte IDH) ha generado el concepto de efecto intimidante relacionado con los defensores del medio ambiente:

[personas defensoras del **medio ambiente** ,La violación de la libertad de asociación tiene efecto amedrentador, en personas vinculadas a defender el **medio ambiente** ,El efecto amedrentador de la violación de la libertad, a la defensa del **medio ambiente** en Honduras o se encuentran vinculadas a ese tipo de causas.Efecto] Como lo ha valorado en otros casos es indudable que estas circunstancias también han tenido un efecto amedrentador sobre las otras personas que se dedican a la defensa del medio ambiente en Honduras o se encuentran vinculadas a ese tipo de causas. Efecto intimidante que se acentúa y se agrava por la impunidad en que se mantienen los hechos (CORTE IDH, 2009, párr. 153). El Tribunal [Corte IDH] valora positivamente la creación del “Grupo de Investigación para las Muertes de Ambientalistas” adscrita a la Secretaría de Estado en el Despacho de Seguridad como respuesta a los hechos de violencia generados en contra de ese grupo. No obstante, reitera que las amenazas y los atentados

a la integridad y a la vida de los defensores de derechos humanos y la impunidad, son particularmente graves en una sociedad democrática. De conformidad con la obligación general de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la Convención, el Estado tiene el deber de adoptar medidas de carácter legislativo, administrativo o judicial, o el perfeccionamiento de las existentes, que garanticen la libre realización de las actividades de los defensores del medio ambiente; la protección inmediata a los defensores del medio ambiente ante el peligro o amenazas que se susciten con motivo de su labor, y la investigación inmediata, seria y eficaz de los actos que pongan en peligro la vida o la integridad de los defensores ambientalistas, con motivo de su trabajo (CORTE IDH, 2009, párr. 213).

En esta línea, y como una forma de contribuir a que hechos como los del presente caso no se repitan, la Corte estima conveniente ordenar al Estado la realización de una campaña nacional de concientización y sensibilización, dirigida a funcionarios de seguridad, operadores de justicia y población general, sobre la importancia de la labor que realizan los defensores del medio ambiente en Honduras y de sus aportes en la defensa de los derechos humanos. El Estado contará con un plazo máximo de dos años a partir de la notificación de la presente Sentencia para su ejecución (CORTE IDH, 2009, párr. 214).

3. ÁMBITO INSTITUCIONAL

Los índices de corrupción que genera complicidad entre los agentes del Estado van generando una práctica generalizada, porque se tolera, permite, fomenta e inclusive otorgan permisos y concesiones a compañías nacionales e internacionales para la explotación de recursos naturales, sin impórtales la degradación del medio ambiente, como se puede apreciar en los siguientes ejemplos:

a) Malecón Tajamar en Cancún

En México a consecuencia de la autorización del gobierno del estado de Quintana Roo que autorizó la construcción de un proyecto inmobiliario llamado Malecón Tajamar en Cancún, Quintana Roo, provocó *la tala de 22 hectáreas (aunque activistas aseguran que se devastaron 57) y con ello, el asesinato de las especies del lugar tales como el cangrejo azul,*

rana leopardo, aves, iguanas rayadas, garzas, pelícanos cafés y cocodrilos Moreletti, además de cientos de plantas y manglar (JERÉZ, s. f., párr. 3).

En su momento un juzgado de distrito en Quintana Roo ordenó la suspensión de la remoción de cualquier tipo de vegetación, pero tan pronto fue sobreseído se ordenó el desmonte de manglar la madrugada del 16 de enero del 2016 con maquinaria pesada y el apoyo de la policía municipal de Cancún (VÁZQUEZ, 2018, párr. 2).

En otro juicio de amparo (1064/2015), promovido por Araceli Domínguez y otros miembros del movimiento Salvemos Manglar Tajamar en contra del proyecto Malecón Tajamar, respecto del cual el pasado 25 de julio del 2017 el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito resolvió a favor de las quejas, para dejar sin efecto la autorización de impacto ambiental del proyecto, y ordenando al mismo tiempo la restauración de la vegetación derribada o desmontada la madrugada del 16 de enero del 2016, además de ordenar a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat) abstenerse de otorgar una nueva autorización ni para desmonte ni para aprovechamiento de los terrenos que comprenden Malecón Tajamar (VÁZQUEZ, 2018, párr. 7).

b) Siembra de maíz transgénico

Otro caso, es el referente a la siembra del maíz transgénico autorizada y defendida por las autoridades, que, si bien no se ha resuelto en forma definitiva, en septiembre de 2020 se cumplen siete años (MARIELLE, 2020, párr. 3), se mantiene suspendida por decisión judicial a través de una acción colectiva y diversos juicios de amparo, de acuerdo con la organización Greenpeace:

La demanda de acción colectiva contra la siembra de maíz transgénico fue presentada en julio de 2013 y junto con la suspensión judicial ha soportado cien impugnaciones por parte del gobierno federal y de empresas transnacionales. Dentro de las impugnaciones contra la coalición ciudadana se encuentra 22 juicios de amparo, que han resuelto 17 tribunales federales, incluyendo a la Primera Sala de la Suprema Corte, quienes han decidido mantener el principio de precaución y evitar la siembra de maíz transgénico en México, centro de origen de este grano (GREENPEACE, 2015, párr. 4).

Esta acción colectiva fue promovida por 53 científicos, intelectuales, agricultores, artistas y activistas, así como 22 organizaciones civiles (AGENCIA EFE, 2017, párr. 5).

En el mes de agosto de 2019, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCNJ), en México, resolvió la controversia constitucional en la que “determinó que sólo la federación puede establecer las zonas libres de cultivos agrícolas con organismos genéticamente modificados, conocidos como transgénicos, de acuerdo con la Constitución, que le da la facultad de regular en materia de bioseguridad” e invalidó el decreto estatal número 418/2016 del estado de Yucatán (ARISTEGUI NOTICIAS, 2019, párrs. 1 y 3).

c) Colisión de las autoridades

Ambos problemas se generan con la autorización de autoridades administrativas competentes para cuidar el medio ambiente.

En el Capítulo VII la Corte [IDH] dio por demostrado que al menos un agente del Estado participó en los hechos que terminaron con la vida de la señora Blanca Jeannette Kawas Fernández y que dichos actos estuvieron motivados en el trabajo de defensa del medio ambiente realizado por la señora Kawas Fernández a través de la fundación PROLANSATE, en particular el trabajo de denuncia y oposición frente a la explotación de los recursos naturales de ciertas áreas protegidas en el municipio de Tela. Este Tribunal [Corte IDH] considera que su muerte, de manera evidente, resultó en una privación de su derecho a asociarse libremente (CORTE IDH, 2009, párr. 152).

4. ÁMBITO COLECTIVO

Víctimas también de la explotación inmoderada de los recursos naturales son las comunidades originarias, debido al rol que desempeñan como defensores naturales de su entorno, situación que ha sido reconocida por el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OTI) y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) en su principio 22:

Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la orde-

nación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible. Al respecto la Corte IDH ha determinado que el principio 22 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo ha reconocido que las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible (CORTE IDH, 2012, párr. 214).

4.1. CONSULTA A LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Para contrarrestar el daño tradicional a las comunidades la Corte IDH ha desarrollado el sistema de consulta previa de los proyectos económicos de explotación o extracción de recursos naturales que se pretendan efectuar en la zona de influencia de las comunidades, sujeto al resultado de viabilidad del impacto ambiental y la obtención de un beneficio económico, así como la reivindicación de las tierras tradicionales perdidas.

Es por lo anterior que, en el caso *Saramaka vs. Surinam*, el Tribunal estableció que, para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la **consulta**, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención ADH, según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones (CORTE IDH, 2012, párr. 157).

La Corte [IDH] considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comu-

nidades *indígenas*, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos *indígenas* que sean debidamente **consultados** sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización. En el mismo sentido, el Convenio N° 169 de la OIT reconoce las aspiraciones de los Pueblos *indígenas* a “asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven” (CORTE IDH, 2012, párr. 217).

Una vez que se ha demostrado que el *derecho* de recuperación de las tierras tradicionales perdidas está vigente, corresponde al Estado realizar las acciones necesarias para devolverlas a los miembros del pueblo indígena que las reclama. No obstante, conforme lo ha señalado la Corte IDH, cuando el Estado se vea imposibilitado, por motivos objetivos y fundamentados, de adoptar medidas para devolver las tierras tradicionales y los recursos comunales a las poblaciones indígenas, deberá entregarles tierras alternativas de igual extensión y calidad, que serán escogidas de manera consensuada con los miembros de los pueblos indígenas, conforme a sus propias formas de consulta y decisión (CORTE IDH, 2006, párr. 135)

Cuadro 2

Consulta	<ul style="list-style-type: none">i) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala;ii) la realización de un estudio de impacto ambiental; yiii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales
----------	---

Fuente: elaboración propia.

5. INTERESES DIFUSOS

El concepto difuso explica la indeterminación de las víctimas que pudieran afectarse con la contaminación del medio ambiente, puede referirse a un grupo o a toda la especie humana.

El grupo. Este puede ser pequeño o puede abarcar a toda la humanidad. El pequeño grupo puede sufrir de una discriminación étnica, económica, urbanista. La humanidad está amenazada con la extinción por varios factores, entre los que están el traslado masivo de desechos tóxicos, la lluvia ácida que no conoce fronteras, la destrucción del ozono en las capas superiores, de la atmósfera por la utilización de aerosoles y frigoríficos (clorofluorhidrocarbono) y el calentamiento de la tierras por el uso de combustibles como el petróleo y el carbón así como la destrucción de las selvas y bosques tropicales (el dióxido de carbono) (KING y SCHNEIDER, 1991, pp. 60-63).

A raíz de la reforma a diversas leyes para establecer en México las acciones colectivas, los tribunales han realizado algunas distinciones, de acuerdo con las leyes de la materia, entre intereses (derechos) difusos e intereses de colectivos, esencialmente por la determinación e indeterminación de los afectados, sino se pueden conocer el número ni existe una relación entre éstos, será difuso, y al contrario, si es factible la existencia de algún vínculo entre los integrantes que los una, serán intereses colectivos, como es el caso de los condóminos, los derechohabientes del sistema de seguridad social, entre otros, la respecto la SCJN ha determinado:

Intereses difusos o colectivos. Su tutela mediante el juicio de amparo indirecto. En torno a los derechos colectivos la doctrina contemporánea ha conceptualizado, de manera general, al interés supraindividual y, específicamente, a los intereses difusos y colectivos. Así, el primero no debe entenderse como la suma de intereses individuales, sino como su combinación, por ser indivisible, en tanto que debe satisfacer las necesidades colectivas. Por su parte, los intereses difusos se relacionan con aquellas situaciones jurídicas no referidas a un individuo, sino que pertenecen a una pluralidad de sujetos más o menos determinada o indeterminable, que están vinculados únicamente por circunstancias de hecho en una situación específica que los hace unificarse para acceder a un derecho que les es común. Mientras que los colectivos corresponden a grupos limitados y cir-

cunscritos de personas relacionadas entre sí debido a una relación jurídica, con una conexión de bienes afectados debido a una necesidad común y a la existencia de elementos de identificación que permiten delimitar la identidad de la propia colectividad. Sin embargo, sea que se trate de intereses difusos o colectivos, lo trascendental es que, en ambos, ninguno es titular de un derecho al mismo tiempo, pues todos los miembros del grupo lo tienen. Ahora, debido a la complejidad para tutelarlos mediante el amparo, dado que se advierte como principal contrariedad la legitimación *ad causam*, porque pudiera considerarse que rompe con el sistema de protección constitucional que se rige, entre otros, por los principios de agravio personal y directo y relatividad de las sentencias, el Constituyente Permanente, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de julio de 2010, adicionó un párrafo tercero al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y ordenó la creación de leyes y procedimientos para que los ciudadanos cuenten con nuevos mecanismos de tutela jurisdiccional para la defensa de sus intereses colectivos, sin que se haya expedido el ordenamiento que reglamente las acciones relativas. No obstante, la regulación formal no constituye una condición para determinar la legitimación procesal de los miembros de la colectividad cuando precisan defender al grupo al que pertenecen de un acto autoritario que estiman afecta algún interés supraindividual. Consecuentemente, todos los miembros de un grupo cuentan con interés legítimo para promover el juicio de garantías indirecto, en tanto que se hace valer un interés común y la decisión del conflicto se traducirá en un beneficio o, en su caso, en un perjuicio para todos y no sólo para quienes impugnaron el acto (SCJN, 2011, p. 2136).

5.1. ACCIONES COLECTIVAS

En un sumario muy apretado se pueden hacer las siguientes conclusiones de la regulación de las acciones colectivas en México:

- a) La protección jurisdiccional de los derechos colectivos y difusos puede dar una mayor eficacia a la defensa de estos intereses colectivos que la administración pública debe tutelar de oficio;
- b) Al establecer las pretensiones colectivas se incrementa el acceso a la justicia a derechos tutelados en la Constitución, y es acorde al espíritu de un régimen democrático;

- c) Se han establecido como procesos de competencia federal, en primera instancia le corresponde conocer a un juez de distrito;
- d) La defensa y protección de los derechos e intereses colectivos sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente;
- e) Más que una nueva ley, las disposiciones reformadas, el 30 de agosto de 2011; que entraron en vigor el 12 de marzo de 2012, para incluir las acciones colectivas son: Código Civil Federal; Código Federal de Procedimientos Civiles; Ley Federal de Competencia Económica; Ley Federal de Protección al Consumidor; Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente, y Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros;
- f) Las acciones colectivas previstas prescribirán a los tres años seis meses contados a partir del día en que se haya causado el daño. Si se trata de un daño de naturaleza continua el plazo para la prescripción comenzará a contar a partir del último día en que se haya generado el daño causante de la afectación;
- g) Una prueba novedosa, es que el Juez debe recibir todas las manifestaciones o documentos, escritos u orales, de terceros ajenos al procedimiento que acudan ante él en calidad de *amicus curiae* (amigo de la corte o amigo del tribunal), o de cualquier otra, siempre que sean relevantes para resolver el asunto controvertido y que los terceros no se encuentren en conflicto de intereses con las partes;
- h) Una de las críticas que se le han hecho a esta reforma, es porque prevé el sistema “*opt-in*”, es decir, que para integrar o formar parte en la colectividad en el juicio, se debe manifestar expresamente dicha voluntad ante el órgano jurisdiccional, este sistema es restrictivo y menos protector. En forma contraria, el sistema “*opt-out*” permite que todo individuo que se encuentre en la misma circunstancia del grupo éste incluido, sin necesidad de declararlo y para que se excluya, tiene que comparecer a pedir no formar parte de la acción, este sistema es más protector y garantista;
- i) Se prevén como medidas provisionales, que en cualquier etapa del procedimiento el juez podrá decretar, medidas precautorias que podrán consistir en: a’) la orden de cesación de los actos o actividades que estén causando o necesariamente hayan de causar un daño inminente e irreparable a la colectividad; b’) la orden de realizar actos o acciones que su omisión haya causado o necesariamente hayan de causar un daño inminente e irreparable a la colectividad; c’) el retiro del mercado o aseguramiento de instrumentos, bienes, ejemplares y productos directamente relaciona-

dos con el daño irreparable que se haya causado, estén causando o que necesariamente hayan de causarse a la colectividad, y d') cualquier otra medida que el juez considere pertinente dirigida a proteger los derechos e intereses de una colectividad.

6. OTROS DERECHOS RELACIONADOS AL MEDIO AMBIENTE

El derecho a un medio ambiente sano está relacionado de forma directa con otros derechos humanos esenciales: a la salud, a consumir alimentos nutritivos sanos, al acceso de agua potable, de servicios básicos de saneamiento, de vivienda y condiciones de vida adecuadas, entre otros.

Al respecto el Consejo Económico social de la ONU ha señalado en la Observación General N.º 14 (2000, párr. 36) que la obligación de cumplir requiere, en particular, que los Estados parte reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, y adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud. Los Estados deben garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas. La infraestructura de la sanidad pública debe proporcionar servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad segura, sobre todo en las zonas rurales. Los Estados tienen que velar por la apropiada formación de facultativos y demás personal médico, la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud, así como por la promoción y el apoyo a la creación de instituciones que prestan asesoramiento y servicios de salud mental, teniendo debidamente en cuenta la distribución equitativa a lo largo del país. Otras obligaciones incluyen el establecimiento de un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos, el fomento de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud, así como la organización de campañas de información, en particular por lo que se refiere al VIH/SIDA, la salud sexual y genésica, las prácticas tradicionales, la violencia en el hogar, y el uso indebido de alcohol, tabaco, es-

tupeficientes y otras sustancias nocivas. Los Estados también tienen la obligación de adoptar medidas contra los peligros que para la salud representan la contaminación del medio ambiente y las enfermedades profesionales, así como también contra cualquier otra amenaza que se determine mediante datos epidemiológicos. Con tal fin, los Estados deben formular y aplicar políticas nacionales con miras a reducir y suprimir la contaminación del aire, el agua y el suelo, incluida la contaminación causada por metales pesados tales como el plomo procedente de la gasolina. Asimismo, los Estados parte deben formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional coherente destinada a reducir al mínimo los riesgos de accidentes laborales y enfermedades profesionales, así como formular una política nacional coherente en materia de seguridad en el empleo y servicios de salud.

6.1. DERECHOS DE LOS NIÑOS

El medio ambiente sano cuando se trata de los niños, niñas y adolescente para mantener un nivel de salud optimo.

El Comité pone de manifiesto la importancia del medio ambiente para la salud del niño, más allá de la contaminación. Las intervenciones en materia de medio ambiente deben hacer frente, entre otras cosas, al cambio climático, que es una de las principales amenazas a la salud infantil y empeora las disparidades en el estado de salud. En consecuencia, los Estados han de reservar a la salud infantil un lugar central en sus estrategias de adaptación al cambio climático y mitigación de sus consecuencias (ONU, 2013, párr. 50).

Los Estados deben adoptar medidas para hacer frente a los peligros y riesgos que la contaminación del medio ambiente local plantea a la salud infantil en todos los entornos. Para la crianza y el desarrollo del niño en condiciones sanas son fundamentales viviendas adecuadas que incluyan instalaciones para preparar alimentos exentos de peligro, un entorno sin humos, ventilación apropiada, la gestión eficaz de los desechos y la eliminación de los desperdicios de las viviendas y sus inmediaciones, la ausencia de moho y otras sustancias tóxicas y la higiene familiar. Los Estados han de regular y vigilar el impacto ambiental de las actividades empresariales que puedan poner en peligro el derecho del niño a la salud, su seguridad alimentaria y su acceso a agua potable y saneamiento (ONU, 2013, párr. 49).

7. CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS. ARGENTINA

La Corte IDH ha interpretado por primera vez el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH), que se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), en el aspecto del derecho humano al medio ambiente sano, en la sentencia de 6 de febrero de 2020, en el caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación *Lhaka Honhat* (Nuestra Tierra) Vs. Argentina.

En este interesante proceso la Corte IDH determinó, entre otros puntos, la violación al derecho de propiedad comunitaria; los derechos a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, a causa de la falta de efectividad de medidas estatales para detener actividades que resultaron lesivas de los mismos.³

Es importante señalar que el medio ambiente es un derecho que se interrelaciona con otros, la garantía eficaz de éste debe ser considerado indivisible, lo que implica que entre los derechos humanos no existe jerarquía alguna, tanto los derechos civiles y políticos, así como los DESC y los que tenga este estatus, deben ser respetados y protegidos por el Estado, así también la afectación de uno impacta en los otros y viceversa, lo que significa que debe darse igual atención a todas las clases de derechos humanos aplicación, promoción y protección, es decir, se encuentra vinculado a una serie de derechos complementarios y no excluyentes (MARTÍNEZ, 2018, p. 43).

3 Cfr. CORTE IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Sentencia de 6 de febrero de 2020.

Cuadro 3

MEDIO AMBIENTE



Fuente: elaboración propia.

Entre la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH se encuentra:

7.1. AGUA

En cuanto al derecho al agua esté se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención ADH. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua. Al respecto, baste señalar que entre aquellos se encuentran el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la alimentación adecuada, cuya inclusión en el citado artículo 26 ya ha quedado establecida, como asimismo el derecho a la salud, del que también la Corte IDH ya ha indicado que está incluido en la norma. El derecho al agua puede vincularse con otros derechos, inclusive el derecho a participar en la vida cultural, también tratado (CORTE IDH, 2020, párr. 222).

7.2. RECURSOS NATURALES

Es importante destacar que el manejo por parte de las comunidades indígenas de los recursos existentes en sus territorios debe entenderse, al menos en términos apriorísticos, favorable a la preservación del ambiente. La Corte IDH ha considerado que:

Los pueblos indígenas, por lo general, pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza, dado que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación. Por ello, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas puede redundar positivamente en la conservación del medioambiente. Por lo expuesto, el derecho de estas comunidades y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes (CORTE IDH, 2020, párr. 250).

7.3. DESARROLLO SOSTENIBLE

El Principio 22 de la Declaración de Río, señala que: *“las poblaciones indígenas y sus comunidades, [...] desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible”* (CORTE IDH, 2020, párr. 250).

7.4. COMUNIDADES INDÍGENAS

El Comité de Derechos Humanos, en cuanto al derecho de disfrutar la propia cultura señala: que ésta *“puede [...] guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos”, como es el caso de los miembros de comunidades indígenas. El derecho a la identidad cultural puede manifestarse, entonces, de diversas formas; en el caso de los pueblos indígenas se observa, sin perjuicio de otros aspectos, en “un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres*

[...]. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley”. En la misma línea, la Corte IDH ya ha tenido oportunidad de advertir que el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas está vinculado con la protección y acceso a los recursos naturales que se encuentran en sus territorios. De modo concordante... se ha determinado que “las comunidades indígenas están íntimamente ligado con la calidad del medio ambiente en que desarrollan sus vidas” (CORTE IDH, 2020, párr. 251).

7.5. EXISTENCIA DE LA HUMANIDAD

La Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-23/17 afirmó que el derecho a un **medio ambiente sano** “*constituye un interés universal*” y “*es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad*”, y que “*como derecho autónomo [...] protege los componentes del [...] ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza*”, no solo por su “*utilidad*” o “*efectos*” respecto de los seres humanos, “*sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta*”. Lo anterior no obsta, desde luego, a que otros derechos humanos puedan ser vulnerados como consecuencia de daños ambientales (CORTE IDH, 2020, párr. 203).

7.6. LÍMITES DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

La Corte IDH determinó que el derecho de la propiedad comunitaria indígena no debe someterse al reconocimiento de la decisión mayoritaria de la ciudadanía, porque no es el medio idóneo para ello, y determinó, en su caso, es innecesario estudiar la validez sobre el referéndum, porque carece de efectos jurídicos (CORTE IDH, 2020, párr. 129).

7.7. GARANTÍAS COMUNES A TODA LIMITACIÓN AL DERECHO DE PROPIEDAD

Respecto a obras o actividades dentro del territorio indígena, el Estado, por una parte, debe observar los requisitos comunes a toda li-

mitación al derecho de propiedad por “razones de utilidad pública o de interés social” de acuerdo con el artículo 21 de la Convención ADH, lo que implica el pago de una indemnización. Por otra parte, debe cumplir “con las siguientes tres garantías”:

- a) primer lugar, “asegurar la participación efectiva” de los pueblos o comunidades, “de conformidad con sus costumbres y tradiciones”, deber que requiere que el Estado acepte y brinde información, y que implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo;
- b) En segundo lugar, debe “garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro de[l] territorio a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto [...] ambiental”, y
- c) En tercer lugar, debe garantizar que las comunidades indígenas “se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio” (CORTE IDH, 2020, párr. 174).

8. CONCLUSIONES

La trasgresión a los derechos humanos relacionados con el medio ambiente es compleja y múltiple, impacta a una serie de derechos complementarios y no excluyentes tanto a lo individual, como colectivo en términos generales, como los derechos a la alimentación, al acceso al agua, a los recursos naturales, desarrollo sostenible, protección a las tierras ancestrales, a los conocimientos y prácticas tradicionales, a la dignidad humana, a la consulta previa, a los proyectos de desarrollo, a las comunidades indígenas, al bienestar físico, espiritual y cultural, a la libertad de asociación, a la vida y a la calidad de vida, entre otros.

Especialmente atentan contra comunidades de los pueblos originarios, el derecho a la identidad cultural, a mantener la posesión y propiedad de sus tierras, ha beneficiarse de la extracción y explotación de los recursos; de forma difusa: la contaminación, el saqueo y la explotación inmoderada, inclusive en áreas protegidas, tal atento al medio ambiente afecta a todos en diferentes niveles.

La contaminación al planeta en ocasiones es irreversible, como la extinción de especies y ecosistemas, y lo más grave es la participación de agentes garantes del medio ambiente que toleran y defienden a empresas a las cuales no les importan los daños que ocasionan con el único fin de obtener ganancias.

El caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación *Lhaka Honhat* (Nuestra Tierra) Vs. Argentina, es el primero en que la Corte IDH ha interpretado el artículo 26 de la Convención ADH, que se refiere a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), en el aspecto del derecho humano al medio ambiente sano, en la sentencia de 6 de febrero de 2020, lo cual implica un avance importante en la judicialización de los derechos humanos de protección al medio ambiente sano y a los derechos que se encuentran vinculados a éste.

REFERÊNCIAS

AGENCIA EFE. **Tribunal mantiene suspensión para siembra de maíz transgénico en México.** 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/brcfne84>. Acesso em: 20 maio 2021.

ARISTEGUI NOTICIAS. **Suprema Corte invalida decreto sobre cultivo de transgénicos en Yucatán.** 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4jvdvvh8>. Acesso em: 12 maio 2021.

Asamblea General de las Naciones Unidas. **Presidente del 65º período de sesiones.** (s. f.). Disponível em: <https://tinyurl.com/26vt5xhk>. Acesso em: 13 maio 2021.

Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/2n67629z>. Acesso em: 19 jan. 2021.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/5c6czdhs>. Acesso em: 18 fev. 2021.

Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación *Lhaka Honhat* (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/j5trmawk>. Acesso em: 12 jan. 2021.

Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Sentencia de 3 de abril de 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ushesyd>. Acesso em: 15 jan. 2021.

Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/cej3pxfe>. Acesso em: 24 mar. 2021.

Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Disponível em: <https://tinyurl.com/95bk2mme>. Acesso em: 23 dez. 2020.

Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Disponível em: <https://tinyurl.com/v9un2y8p>. Acesso em: 23 dez. 2020.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. 1992. Disponível em: <https://tinyurl.com/9mjyzebk>. Acesso em: 4 dez. 2020.

GALLEGO, S. C. (s. f.). El Acuerdo de Escazú: Una oportunidad para avanzar regionalmente hacia la protección ambiental en tiempos de crisis. **Política exterior y medio ambiente**, 16. Disponível em: <https://tinyurl.com/848kfjfp>. Acesso em: 12 abr. 2021.

GREENPEACE. **Mantienen suspensión provisional a la siembra de maíz transgénico**. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/tpvcj7fy>. Acesso em: 23 abr. 2021.

JERÉZ, D. (s. f.). **Actitud Fem**. Disponível em: <https://tinyurl.com/muknyryw>. Acesso em: 10 mar.2021.

KING, A. y SCHNEIDER, B. **La primera revolución mundial. Informe del Consejo al Club Roma**. México: Fondo de Cultura Económica, 1991.

MARIELLE, Catherine. **Contra Línea**. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/f9vew9r>. Acesso em: 12 abr. 2021.

MARTÍNEZ LAZCANO, A. J. Derechos humanos. Evolución en pro de la dignidad humana. En: A. J. MARTÍNEZ LAZCANO (Coord.). **Derechos humanos: la transformación de la cultura jurídica**. Bogotá: Editorial Nueva Jurídicas, 2018.

NALEGACH, C., & Astroza, P. La necesidad de una democracia ambiental en América Latina: el Acuerdo de Escazú. **Documentos de trabajo (Fundación Carolina)**: Segunda época, 40, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/3r9635pr>. Acesso em: 12 abr. 2021.

Observación: CDESCR-GC-14. **El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud**. 2000. Disponível em: <https://tinyurl.com/3y9za4fj>. Acesso em: 23 maio 2021.

Observación: CRC-GC-15. **El derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud**. 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/ysn58pxn>. Acesso em: 12 jun. 2021.

Opinión Consultiva OC-23/17. **Medio ambiente y derechos humanos**. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/2wkthxb6>. Acesso em: 23 jan. 2021.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”. Disponível em: <https://tinyurl.com/4je59mdz>. Acesso em: 30 dez. 2020.

SCJN. **Intereses difusos o colectivos. Su tutela mediante el juicio de amparo indirecto**. 2011. Tesis: XI.1o.A.T.50 K. Disponível em: <https://tinyurl.com/fwjt4bmn>. Acesso em: 23 maio 2021.

VÁZQUEZ, J. **El Economista**. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2t97auaw>. Acesso em: 29 abr. 2021.

ZAMORA Saenz, I. **El Acuerdo de Escazú, una herramienta para la democracia ambiental**. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/532b8wfr>. Acesso em: 12 abr. 2021.

DISCUSIÓN SOBRE EL RECURSO JUDICIAL EFECTIVO PARA LA DEFENSA DE BIENES PUBLICOS INDISPONIBLES A LA LUZ DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO. BREVE MARCO DESCRIPTIVO AL CASO DEL PARQUE DE LA LEYENDA VALLENATA¹

RICCARDO PERONA²

RICARDO CANO ANDRADE³

CRISTIAN ARRIETA MORALES⁴

-
- 1 Este trabajo surge en el marco de un proceso investigativo adelantado por el Grupo de Investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos de la Universidad de Cartagena, Colombia.
 - 2 Ph.D. en Ciencias Jurídicas, Universidad de Pisa (Italia). Docente de Planta, Área de Derecho Público, Universidad de Cartagena (Colombia). Miembro del Grupo de Investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos, Universidad de Cartagena. Director, Instituto Internacional de Turín (Italia).
 - 3 Abogado e Investigador. Candidato a Magister en la modalidad de investigación de la Universidad de Cartagena. Joven investigador y coordinador de los grupos de investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos, y Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales – PHRONESIS. Colaborador de la Línea de Investigación Derecho y Recursos Naturales.
 - 4 Abogado e Investigador. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Estudiante de la Maestría en Estudios Culturales Latinoamericanos de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Investigador de los Grupos de Investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos, y Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales – PHRONESIS. Colaborador de la Línea de Investigación Derecho y Recursos Naturales.

1. INTRODUCCION

El presente texto sintetiza una aproximación teórica y conceptual a los recursos judiciales efectivos con que cuenta la legislación -administrativa y constitucional- colombiana para la defensa de bienes públicos indisponibles. En este sentido, se enmarca dentro del eje temático Tutelas a la efectivización de derechos públicos incondicionados bajo la temática de garantías procesales de los bienes públicos indisponibles.

Fiel a tal propósito, esta presentación se desarrolla a partir de una reflexión previa en torno a los recursos judiciales efectivos de que dispone la Constitución y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en relación a la defensa de bienes e interés públicos comunes. Dicha reflexión, materializada en una investigación, se sustenta metodológicamente en una propuesta de tipo cualitativa, en la forma de estudio exploratorio, cuyo objetivo principal es el de describir la categoría estudiada (recurso judicial efectivo) a partir de la presentación de un estudio de caso.

El caso estudiado corresponde a la acción popular presentada por el Ministerio Público para la recuperación del Parque de la Leyenda Vallenata, con asiento en la ciudad de Valledupar, Departamento del Cesar, Colombia.

A partir de ello, el proceso investigativo se enmarco en tres etapas: la primera de ellas, comprendió la recolección de información en bruto o desagregada a partir de consultas en bases de datos especializadas o de tipo académico y búsqueda en medios abiertos que permitiera caracterizar el caso objeto de estudio, las acciones judiciales impetradas para su defensa y las características propias de la tensión de bienes jurídicos en conflicto; la segunda etapa, comprendió una revisión dogmática, normativa y jurisprudencial de la figura de la acción popular; finalmente, la tercera etapa, supuso la confrontación de la normatividad aplicable con la información disponible de su subsunción al caso concreto.

La investigación se adelantó por espacio de cuatro meses, entre abril y julio del año 2021.

La justificación de la pertinencia e importancia de la investigación radica en la necesidad de establecer la efectividad de los recursos judiciales normativos de cara a la multiplicidad y sistematicidad de problemas jurídicos presentes en Colombia para la defensa de bienes públicos.

Colombia, como un país con una tradición de más de 50 años de conflicto armado, ha evidenciado como de manera continua y sobre

la base de derechos económicos y sociales en conflicto; particulares y grupos organizados se apropian, sin causa justificada, de la propiedad o titularidad de bienes públicos. A partir de ello, y entendiendo que tales bienes constituyen no solo un patrimonio común de la sociedad sino un espacio de construcción colectiva de identidad y cohesión social, se propone un estudio de caso que permita hacer visibles buenas prácticas en la defensa de tales espacios, entendidos aquellos como oportunidades o debates de honor para la construcción de un territorio con un orden social más justo.

La relevancia de un estudio exploratorio de este tipo, en cursos académicos del nivel de posgrado, se encuentra íntimamente relacionada con la posibilidad de realizar una aproximación crítica mucho más profunda a la efectivización de recursos judiciales, de cara a la creciente narrativa académica que propugna para efectivizar la práctica normativa para lograr una garantía efectiva de defensa de derechos.

2. PRESENTACIÓN DEL CASO

El caso objeto de estudio corresponde a la acción judicial impletrada por la Procuraduría 12 Judicial II Administrativa de Valledupar, como agente del Ministerio Público, en contra del Municipio de Valledupar, a la cual correspondió la Radicación 200012331000201000478-01, bajo la figura o medio de control de la Acción Popular, conocida en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Cesar, el cual emitió Sentencia de primera instancia el día 1 de marzo de 2012, la cual fue objeto de apelación y decisión de segunda instancia emitida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante Sentencia de fecha 5 de julio de 2018.

Lo debatido en ambas instancias se contrae, en síntesis, a la petición formulada por el Ministerio Público de amparar los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa, la protección del patrimonio público, el goce al espacio público y la buena fe administrativa, que aquel estimó vulnerados con ocasión de la expedición de los Acuerdos No. 042 del 10 de agosto de 1998, No. 007 del 3 de abril de 2000 y No. 010 del 15 de abril de 2000, proferidos por el Concejo Municipal de Valledupar y del Convenio de aporte de un lote de terreno suscrito el 18 de mayo de 2000, entre el Municipio de Valledupar y la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, en virtud de los cuales se transfirió el derecho

de dominio a ésta última del bien público popularmente conocido como el Parque de la Leyenda Vallenata; un sitio turístico de gran interés en el Municipio de Valledupar.

De manera bastante breve, puede referirse que el Parque de la Leyenda Vallenata se encuentra asentado en la ciudad de Valledupar, Departamento del Cesar, República de Colombia, y hace referencia a un lote de terreno de aproximadamente 28 hectáreas, declarado el 31 de mayo de 1993 como un bien de utilidad pública.

El terreno fue objeto de una primigenia expropiación a la empresa Construcciones e Inversiones Santa Rosalía Ltda., en favor del municipio de Valledupar, con el propósito de que finalmente sirviera de escenario para las representaciones culturales de la ciudad y como espacio de encuentro social para la comunidad, al ser concebido arquitectónicamente como una plaza abierta de tránsito continuo.

Ahora bien, para hacer efectivo tal propósito, se construyó en aquel terreno una estructura, denominada coloquialmente *Parque de la Leyenda Vallenata*, que hace referencia a un escenario físico, cuya construcción se encontró a cargo de la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata, con fundamento en lo decidido en el Acuerdo 042 de 1998, proferido por el Concejo Municipal de Valledupar, y el cual tenía como propósito el de facilitar que en dicho lugar se llevara a cabo el Festival de la Leyenda Vallenata, cuya organización atañe a dicha fundación y es considerado uno de los principales eventos culturales del departamento.

Así, el acuerdo en mención, implicaba de una parte la entrega a título de aporte por parte del Municipio a la Fundación del lote en referencia, y el compromiso de aquella de recibir el predio y construir en él el Parque al que se ha hecho alusión. Entrega que, por demás, se materializó e hizo efectiva conforme a la normatividad civil aplicable.

Ahora bien, las principales críticas que en su momento se formularon ante tal acuerdo se enmarcaron en el carácter de imprescriptible e inembargable del cual gozaba el terreno al ser un bien público y que impedía ser entregado a particulares para su goce y usufructo; lo cual, a la postre, motivó al Concejo Municipal de Valledupar a la expedición del Acuerdo 07 de 2000, que varió la naturaleza jurídica del inmueble de bien de uso público a bien fiscal. Facultándose, consecuentemente, al Alcalde de Valledupar, para la suscripción de Convenios específicos que permitieran la entrega efectiva del bien a la Fundación de la Leyenda Vallenata.

Posteriormente, la Fundación de la Leyenda Vallenata, una vez logró la apropiación efectiva del predio, se hizo con recursos considera-

bles derivados del erario público, que le permitieron acometer la construcción del Parque de la Leyenda Vallenata, en las condiciones en que aquel se encuentra edificado en la actualidad.

Para el Ministerio Público, conforme lo alegó en las instancias procesales, la celebración de los convenios de aporte y de manera general la entrega de un bien público a una entidad particular, vulneró la Constitución Política colombiana, conforme lo establecido en su artículo 355, el cual prohíbe a todos los poderes públicos efectuar donaciones a favor de personas naturales; al turno que desconoció los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, al permitir la donación de un bien inmueble, motivada, eminentemente, por un interés particular.

Del mismo modo, a su criterio, se contravino el derecho a la moralidad administrativa porque la donación efectuada no respondió al interés de la colectividad, sino a un interés particular, toda vez que la construcción del parque reporta un beneficio económico exclusivo a favor de la Fundación en perjuicio de la comunidad; quebrantándose el derecho colectivo al patrimonio público, al donarse a un particular un inmueble de 23 hectáreas que habría podido servir para atender necesidades de la comunidad.

3. DECISIONES EMITIDAS POR LAS INSTANCIAS JUDICIALES

Ambas instancias judiciales acogieron, aun cuando lo hicieron con matices y de manera parcial, las pretensiones formuladas por el accionante y en consecuencia, al declarar la vulneración de derechos colectivos, ordenaron la devolución del Parque de la Leyenda Vallenata al Municipio de Valledupar.

La primera instancia, con fundamento en la interpretación del artículo 144 de la ley 1437 de 2011, considerando que si bien no es procedente anular actos o contratos a través de la acción popular, que fue el medio de control escogido por el accionante; se refirió al derecho colectivo al goce del espacio público y a lo que debe entenderse por espacio público, según lo dispuesto en el artículo 5 de la ley 9 de 1989 y en el artículo 3 del decreto 1504 de 1998, y concluyó que el inmueble que fue aportado por el municipio de Valledupar a la Fundación Festival de la Leyenda Vallenata es de uso público y, por ende, dijo, constituye espacio público inembargable, imprescriptible y que no puede ser objeto de donación.

Refirió, en este sentido, que el bien inmueble se expropió a un particular con fines de utilidad pública, lo que implicaba que su destino

era exclusivamente para el uso y goce de la comunidad en general. Así, a su criterio, la finalidad pretendida con la expropiación no se cumplió, toda vez que se transfirió su dominio a un particular para su usufructo en interés propio, sin que de ello se advirtiera beneficio alguno para el Municipio o sus habitantes.

Del mismo modo, consideraron los falladores que la Alcaldía de Valledupar vulneró los principios de moralidad administrativa y defensa al patrimonio público, al omitir, en el ejercicio de sus funciones, el deber de administrar y aplicar debidamente los recursos públicos con que se construyó el Parque de la Leyenda Vallenata; pues aquellos fueron entregados casi que de manera automática al particular para su administración.

La segunda instancia sostuvo el acierto y legalidad de la decisión impugnada, al considerar que dado el alcance del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, aquel busca asegurar no solo la eficiencia y transparencia en el manejo y la administración de los recursos públicos, sino también la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado.

Así, estimó que los bienes que componen el patrimonio público, como en este caso, el Parque de la Leyenda Vallenata, se ven afectados negativamente por su manejo indebido; y cuando ello sucede, el derecho colectivo a su defensa se entiende conculcado y, por ello, su protección puede proceder por medio de la acción popular.

Del mismo modo, se sostuvo que la moralidad administrativa y el patrimonio público se encuentran íntimamente relacionados, en tanto que el correcto y adecuado manejo de los bienes y dineros públicos, que comporta la eficiencia y transparencia en su manejo y administración, constituye una expresión de la moral administrativa, y, a la vez, una de las finalidades que se buscan asegurar a través del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público.

4. SOBRE LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN POPULAR A LA LUZ DE LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA

El artículo 88 de la Carta Política de 1991 establece que la ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

Tal desarrollo normativo se llevó a cabo mediante la expedición de la ley 472 de 1998, de fecha 6 de agosto de 1998, Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones.

Aquella disposición regula en su artículo 2º las acciones populares al referirlas como medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. A su turno indica que las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

La normatividad aplicable establece que podrán ejercitar las acciones populares las personas naturales o jurídicas, las organizaciones No Gubernamentales, las Organizaciones Populares, Cívicas o de índole similar, las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia, así como los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.

Los legitimados para ejercer acciones populares pueden hacerlo por sí mismos o por quien actúe en su nombre.

Del mismo modo, la Acción Popular debe dirigirse contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo. En caso de existir la vulneración o amenaza y se desconozcan los responsables, corresponderá al juez determinarlos.

5. SOBRE LA NECESIDAD DE UN RECURSO JUDICIAL EFECTIVO PARA LA DEFENSA DE INTERESES COLECTIVOS

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada Pacto de San José, refiere en su artículo 25 el derecho a la protección judicial en los siguientes términos:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fun-

damentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

En distintas decisiones, la jurisprudencia interamericana ha recogido una interpretación en virtud de la cual el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales.

De este artículo, en términos amplios, se desprende la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. De donde se concluye, a fortiori, que el régimen de protección judicial dispuesto por el artículo 25 de la Convención es aplicable a los derechos no susceptibles de suspensión en estado de emergencia.

De ello se desprende que tal principio se hace extensivo a acciones de defensa de derechos colectivos como la acción popular.

6. LAS TENSIONES DE DERECHOS QUE PLANTEA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POPULAR PARA LA DEFENSA DE BIENES INDISPONIBLES

El ejercicio de la acción popular puede plantear dos potenciales tensiones de derechos, una tiene que ver con la flexibilización de su uso y la otra con la indeterminación de los derechos que protege.

6.1. PROBLEMA DE LA FLEXIBILIZACIÓN

Como se observa, en el marco de las acciones populares el principio de congruencia se flexibiliza frente al interés colectivo, que se expresa a través de los derechos por cuya protección propende esta acción, permitiéndole al juez: i) proteger derechos que no han sido invocados en la demanda, siempre y cuando estén vinculados con los supuestos facticos que fueron debatidos en el proceso, ii) estudiar hechos que no se expusieron en la demanda, bien sea porque no se alegaron específicamente, pero aparecen probados en el proceso, o porque ocurrieron con posterioridad a la presentación del libelo, en uno y otro caso, siempre que tengan relación con la *causa petendi*, iii) adoptar medidas diferentes a las deprecadas en la demanda, para proteger los derechos colectivos que encuentre amenazados o vulnerados.

De todo lo anterior surge que, a pesar de que el juez de la acción popular cuenta con amplias facultades para proteger los derechos colectivos, tiene también el deber de velar por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes; por ello, sus facultades no son ilimitadas, pues, si bien le está dado amparar derechos colectivos no invocados por la parte actora, estudiar hechos no relacionados en la demanda e, incluso, adoptar medidas de protección diferentes a las deprecadas en el libelo, sólo puede hacerlo si tienen relación con la causa petendi de la demanda, que no puede ser una diferente a la relacionada con la amenaza o transgresión de derechos colectivos.⁵

Precisado lo anterior, procede la Sala a analizar si en este caso se vulneró el derecho de defensa de la Fundación de Festival de la Leyenda

5 Esto es relacional al caso que se promovió acción popular contra el Instituto Nacional de Concesiones – INCO y la constructora CSS CONSTRUCTORES S.A., tendiente a la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce del espacio público, la utilización y defensa de los bienes de uso público, el derecho a la seguridad y la prevención de desastres previsibles técnicamente; por cuanto se consideró que en una carretera había una alcantarilla que podía causar un accidente. No se probó que la alcantarilla estuviera en las condiciones alegadas por el actor, pero en el proceso, la Policía aportó un estudio en el que se demostraba que en ese punto de la vía existía una curva que causaba accidentes. En consecuencia, el juez accedió a las pretensiones y el Consejo de Estado confirmó la decisión, por considerar que no era incongruente, ya que tenía que ver con el mismo derecho colectivo y era una situación que generaba el riesgo alegado por el actor popular que otro tipo de imputaciones escapan a la finalidad de la acción popular e impiden que el juicio se surta a través de esta acción.

Vallenata por no haberse indicado en la demanda una causa petendi que sustentara la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público y si, por esa razón, se desconoció el principio de congruencia, al haberse declarado en la sentencia recurrida la vulneración de esos derechos y, además, la transgresión del derecho colectivo al goce del espacio público y al principio de buena fe.

6.2. PROBLEMA DE LA INDEFINICIÓN DE DERECHOS PROTEGIDOS

A la moralidad administrativa se refiere la Constitución Política de 1991 como derecho colectivo –artículo 88- (carácter reiterado por el legislador en el literal b) del artículo 4 de la ley 472 de 1998) y, a la vez, como principio de la función pública –artículo 209-; sin embargo, ni el constituyente primario ni el secundario definieron lo que debe entenderse por ese derecho, razón por la cual, al encontrarse frente a un tipo normativo de textura abierta. Ha correspondido a las altas el sobrellevar esfuerzos serios, razonados y fundamentados para aproximarse, sin limitarlo, a un concepto amplio que abarque el sentido jurídico de ese derecho y que permita su efectiva protección.

Esto, desembocó en que la Corte Constitucional conceptualice la Moralidad Administrativa haciendo referencia, en su entender del constituyente, como un adecuado comportamiento del servidor público respecto de las formalidades y finalidades que se derivan del principio del respeto al bloque de legalidad (Corte Constitucional de Colombia, 2012). Así, esta Corporación ha sostenido que la misma no corresponde al fuero interno de los servidores, sino a su relación con el ordenamiento jurídico a partir del cual se esperan por la sociedad una serie de comportamientos:

[...] el principio de la moralidad que, en su acepción constitucional, no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos, sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad. [...] (Corte Constitucional de Colombia, 2012)

La Corte Constitucional, en sentencia C-414 (2012), considero que la aplicación de este tipo de normas, exigida por el artículo 209º de la Constitución, asegura el cumplimiento de la obligación de los particu-

lares que cumplen funciones públicas o de las asociaciones de entidades públicas sometidas al derecho privado de adecuar su comportamiento a las exigencias que se adscriben a la moralidad administrativa, concepto anteriormente definido y extendido por el Consejo de Estado al interpretar los *supuestos sustanciales para que proceda la protección de los derechos e intereses colectivos*⁶, pero que al entender de la Corte Constitucional de pueden resumir en dos aspectos concretos: (i) el mandato de sujeción estricta a la ley y (ii) la prohibición de desviarse del interés general. (Corte Constitucional de Colombia, 2012)

En este orden de ideas, es previsible la dificultad interpretativa de la norma, puesto que, a pesar del esfuerzo de conceptualización constitucional, dichos términos resultan ambiguos y vagos para la concretización de un principio; lo que enmarca una carencia evidente de garantías y deberes respecto a la realización de este principio como deber legal de la Administración Pública.

7. ESTUDIO CONCRETO DEL CASO DEL PARQUE DE LA LEYENDA VALLENATA

Respecto al caso de la donación de un terreno que comprende el carácter de bien de uso público por parte del municipio de Valledupar a la fundación que administra el parque de la leyenda vallenata, ha de anotarse que este caso tuvo un último desenlace judicial, abocado al 29 de Julio del 2021 con la revisión constitucional de una tutela presentada por la misma fundación contra las decisiones judiciales descritas anteriormente. Dicha tutela fue negada por la sala plena del Consejo de Estado, y que, al no ser impugnada, fue redireccionada a los archivos de la Corte Constitucional para su revisión, circunstancia que sucedió y desembocó en la sentencia SU-244 del 2021.

6 Los supuestos sustanciales para que proceda la protección de los derechos e intereses colectivos (antes denominada acción popular) por vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa son, según jurisprudencia del Consejo de Estado, los siguientes: I. La Acción u omisión debe corresponder al ejercicio de una función pública; II. La acción u omisión debe lesionar el principio de legalidad. III. La desviación en el cumplimiento de la función ha de producir un perjuicio del interés general favoreciendo con ello al servidor público o a un tercero; y IV. La desviación del interés general debe ser de tal magnitud, que transgreda principios o valores instituidos previamente como deberes superiores en el derecho positivo.

Este pronunciamiento es de vital importancia para los intereses del presente estudio, porque, si bien se refirió una decisión definitiva en el concreto caso del parque de la leyenda vallenata, se abre un debate sobre el medio judicial efectivo para la defensa de bienes públicos indisponibles en el ordenamiento jurídico colombiano.

A saber, la tutela se refiere a una supuesta vía de hecho por parte de los jueces ordinarios que conocieron la acción popular, su argumento central se dirige a señalar tres defectos de error en la decisión judicial: defecto Factivo, defecto Sustantivo y Defecto Orgánico.

Para mayor comprensión se presenta una matriz que reduce brevemente los argumentos de la parte accionante y las valoraciones judiciales tanto de la sala plena del Consejo de Estado como juez de tutela, y de la Corte Constitucional, respecto a los alegatos constitucionales invocados.

DEFECTOS DE VÍAS DE HECHO INVOCADOS	PARTE ACCIONANTE	CONSEJO DE ESTADO (SALA PLENA)	CORTE CONSTITUCIONAL
Defecto Factivo	Los Jueces del caso no valoraron de forma correcta ni integral el acervo probatorio presentado, pues no consideraron la importancia del Festival de la Leyenda Vallenata y su impacto en al ámbito cultural.	Se dio una valoración completa del acervo probatorio, y su análisis riguroso desarrollo los fundamentos de la decisión.	No se desconoce la importancia del Festival de la Leyenda Vallenata ni su importancia en el ámbito cultural colombiano. Por el contrario, se reprocha el abuso al patrimonio público mediante la extralimitación de funciones administrativas.
Defecto Sustancial	Errada inaplicación del artículo 355° de la Constitución e inaplicación de los artículo 70 y 71 de la misma carta que refieren el Derecho a la Cultura.	Correcta interpretación de las disposiciones legales al comprender que bienes de uso público, y su conversión a bien de uso fiscal incurre en una acción justificativa de un acto improcedente.	Correcta aplicación del art. 355 de la constitución con especial previsión al inciso 2° del mismo que fundamenta a la Corte para afirmar que: dicho acto fue más allá de una mera asignación de recursos presupuestales y desbordó el marco temporal de los planes seccionales de Desarrollo.

(continua)

Defecto Orgánico	Extralimita sus funciones los jueces de acción popular al decretar nulidad de actos que no son procedentes ante un proceso de Acción Popular, con principal cuidado a lo estipulado por el art. 144 del CPACA. Además de insistir en la no valoración del Derecho a la Cultura dentro del caso.	No se ahonda mucho en la cuestión, mas que reconocer la plena competencia del Ad-quo y el Ad-quem del proceso dentro del marco de todos los factores de competencia procedentes en el caso.	Se ocupa en señalar que el mandato previsto por el art. 144 del CPACA no es procedente, pues el proceso de Acción Popular se tramitó con la vigencia de una norma anterior a esta. Por otro lado, reconoce la necesidad de la decisión, pero que esta no dispone sobre la nulidad de los actos administrativos que avalan las acciones cuestionadas. Es decir, esto no implica un restablecimiento de la posición de los contratantes antes del acto jurídico.
------------------	---	---	--

Como se puede notar, esta decisión establece en un primer momento una decisión concreta a un caso que se resuelve por medio de disposiciones legales ya no vigentes (Código Administrativo anterior), lo que representa una solución para el caso específico, pero deja abierta la futura valoración para nuevos casos en virtud de la vigencia de la ley 1437 del 2011 (Código de Procedimiento Administrativo de lo Contencioso Administrativo).

Por otro lado, la invocación de los defectos facticos y sustancial se vieron discutidos, a partir del salvamento de voto de los magistrados Diana Fajardo Rivera, Cristina Pardo Schlesinger, Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quienes unificaron su salvamento respecto al desconocimiento del Derecho a la Cultura sobre el caso que estudian. A su entender el balance de razones de los jueces de la acción popular y del juez de tutela fue desequilibrado, al no comprender que el contrato efectuado por el municipio y la fundación corresponde a un acto de garantía para la preservación de un festival que representa una de las máximas exposiciones culturales colombianas, y que por ende, resulta un error valorar la participación Estatal para impulsar Derechos Culturales solo de forma monetaria, y no a partir de otras acciones como la efectuada.

Esta discusión refiere una decisión judicial cuestionable, al considerar que la valoración de la Sala Plena de la Corte Constitucional se encontró dividida al punto de emitir un fallo apoyado en cinco votos a favor y

cuatro en contra. Esto, refuerza el fundamento de evaluar inestable, judicialmente hablando, la Acción Popular como medio judicial efectivo para la protección de bienes públicos, comprobando en el debate argumentos que soportan los problemas de flexibilidad e indefensión de Derechos administrados que sustrae este medio judicial para dichos fines.

7. CONCLUSION

Sobre este breve marco descriptivo del caso de estudio, se proponen las siguientes conclusiones parciales:

1. Si bien el caso específico se decidió de forma ejecutoria, el andamiaje judicial que contextualizó el caso abrió el debate sobre la efectividad de la Acción Popular como medio efectivo para la defensa de los Bienes y Recursos con carácter indisponible en Colombia.
2. La Naturaleza jurídica de la Acción Popular complejiza su efectividad como medio judicial óptimo para la defensa de los Bienes y Recursos con carácter indisponible en Colombia, entendiendo que esta posee un problema de flexibilización para la defensa de los Derechos Colectivos, siempre limitados a su relación directa con las pretensiones del proceso; como a su vez, enfrenta problemas con la plena defensa de los Derechos invocados, por estructura abierta de muchos principios Administrativos que subjetivan la interpretación de los mismos, y abre la posibilidad de incurrir en posiciones subjetivas que impiden conocer una decisión completamente unánime sobre el tema (como sucedió en la decisión de la Corte Constitucional).
3. En Colombia esta decisión no corresponde a una decisión unificadora como lo hace ver el tipo de sentencia (SU-Sentencia de Unificación); el contexto que rodea el caso realza un debate que solo acuerda una sola dirección, aun no se acuerda un medio efectivo para la defensa de bienes de carácter indisponible en Colombia.

REFERÊNCIAS

Ambito Jurídico. **En firme fallo que ordenó al Festival de la Leyenda Vallenata restituir un predio a Valledupar**. 30 jul. 2021. Disponível em: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/constitucional/en-firme-fallo-que-ordeno-al-festival-de-la-leyenda-vallenata-restituir-un>.

Congreso de la Republica de Colombia. **Ley 472**. Bogotá D.C.: Senado de la Republica, 1998.

Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia C-414**. Bogotá D.C.: M.P. Mauricio González Cuervo, 2012.

Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia C-643**. Bogotá D.C.: M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 2012.

Corte Constitucional de Colombia. **Sentencia SU-244**. Bogotá D.C.: M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar, 2021.

Guayacán Ortiz, J. C. La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas. Comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el Anteproyecto de Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica. **Revista de Derecho Privado - Universidad Externado de Colombia**, p. 35-56, 2005. Disponible em: <https://www.redalyc.org/pdf/4175/417537584003.pdf>.

Universidad del Rosario de Colombia. **Boletín de Investigación: 20 años de la ley de acciones populares en Colombia. Balance y desafíos 1998-2018**. Bogotá D.C.: CRAI, 2018. Disponible em: https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/18975/Ley_acciones_populares.pdf.

IMPACTO SOCIOJURÍDICO DE LA FALOCRACIA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LA MUJER EN COLOMBIA

SANDRA MILENA ACOSTA GONZALEZ¹

1. INTRODUCCIÓN

La falocracia es definida por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como el “predominio del hombre sobre la mujer en la vida social”, donde el falo es definido como “pene”, de manera que una sociedad falócrata es aquella en la que se rinde pleitesía al falo, o en la que se crean y mantienen instituciones que promueven esa dominación (Rubiales, 2018). Así las cosas, el machismo (“actitud de prepotencia de los varones respecto a las mujeres”) y el patriarcado, se desprenden de la falocracia como conceptualización final de esa supuesta soberanía masculina, que no es sino una aseveración social que se perpetúa por medio de formas de pensar y acciones enfocadas a enseñar a las poblaciones femeninas y masculinas cuál es el lugar que les “corresponde”.

No obstante, la evolución de las sociedades democráticas ha dado como resultado el desarrollo de ideales de igualdad, equidad y justicia, y la aceptación casi universal de los derechos humanos como base conceptual de esas ideas. Es fundamental tener presente que esas ideas son protegidas y promovidas por agentes estatales en su mayoría: autoridades policiales, judiciales, etc., de modo que no es imposible aseverar una relación entre la percepción personal de esos agentes de la justicia respecto a ideales patriarcales, y sus actuaciones en situaciones sociales en las cuales actitudes machistas se hacen presentes. Así las cosas, cabe

1 Abogada especialista en gestión ambiental. Magister en Gerencia de Proyectos, Investigación y Desarrollo. Doctorado en Ciencias por la Universidad Rafael Belloso Chacín. Docente de postgrado en la Universidad Popular del Cesar.

preguntarse ¿cuál es la influencia de una sociedad tradicionalmente falócrata (por ejemplo, la colombiana) en la defensa y cumplimiento de los derechos constitucionales de la mujer?

Con base en lo anterior, se tiene que el objetivo de la presente investigación es determinar si la falocracia como comportamiento social influye en la protección de los derechos constitucionales que tiene la mujer en Colombia. Para esto, la metodología a usar consta de tres fases: i. revisión bibliográfica que permita dilucidar las características de la tradición falocrática en varias regiones de Colombia, y su impacto en la protección de los derechos constitucionales de la mujer desde la institucionalidad; ii. Análisis de los alcances de la Convención de Belén do Pará en los derechos de las mujeres en Colombia; y iii. Estudio de caso sobre la garantía de los derechos constitucionales de la mujer en Colombia.

2. LA FALOCRACIA COMO TRADICIÓN SOCIAL

Las tradiciones, costumbres y formas de expresión cultural suelen ser intercambiables entre sí desde el punto de vista conceptual, convirtiéndose en parte fundamental de la identidad de los pueblos y las comunidades en el imaginario colectivo. Lo anterior aplica tanto a demostraciones culturales evidentes (vestuario, gastronomía, lenguaje, etc.) como a características colectivas indirectas, por ejemplo modos de pensar y cosmovisión colectiva. No obstante, la delimitación de isiosincrasias locales tiende a desdibujar la importancia de los mandatos constitucionales y derechos fundamentales que, por su misma naturaleza universal, puede que se opongan a los saberes tradicionales de las sociedades en que se ejercen. Un ejemplo de lo anterior es la discriminación por raza como herencia de la esclavitud promovida y legitimada en las épocas de la conquista y la colonia: se perpetúa así en forma indirecta un acto que atenta contra los derechos fundamentales de un grupo de personas, caso similar a la discriminación de género.

En esas instancias, la normalización de las acciones que atentan contra la integridad física y psicológica de las víctimas hace aún más acuciante la urgencia y gravedad de la problemática. Así, la tradición falocrática se evidencia en construcciones sociales patriarcales, y deriva en actitudes machistas y en misoginia, tanto desde los hombres como desde las mujeres, quienes internalizan esas concepciones y las defienden aún si se da el caso en que ellas son víctimas, lo cual se evidencia, por ejemplo, en casos de violencia doméstica en los cuales la víctima ubica la responsabili-

dad en sí misma y no en el perpetrador, bajo una construcción mental de culpabilidad por no alcanzar estándares imposibles de comportamiento.

Sin embargo, no es correcto aseverar que la presencia de un rasgo social en cierta época del desarrollo de esa comunidad, implica la permanencia de dicho rasgo durante toda la existencia de la comunidad en cuestión. En ese orden de ideas, comportamientos nocivos que han sido legitimados con el paso del tiempo y por medio de la intervención de diversas capas de la sociedad, se han desdibujado y minimizado en la medida en que el conjunto social crece y madura en sus formas de pensar.

En Colombia, según la última Encuesta del Barómetro de las Américas 2018 del Observatorio de la Democracia de la Universidad de los Andes, encontró que la edad y el género son factores decisivos en la forma de pensar de los individuos, siendo las mujeres jóvenes las menos machistas, con apenas un 8% de las encuestadas afirmando que la mujer debe pedir permiso a su pareja para salir; mientras que los hombres (sobre todo adultos mayores) son los más apegados a esos ideales patriarcales, con un 65% respondiendo que una mujer solo puede realizarse si tiene hijos.

No obstante lo anterior, aunque gran parte de la población femenina se muestra de acuerdo con la garantía de libertades y derechos constitucionales para la mujer, así como con su libertad de decisión sobre su propio cuerpo, es evidente que una brecha de desigualdad permanece en la idiosincrasia colectiva si se analiza que el 57% de las encuestadas está de acuerdo con afirmar que los hijos sufren cuando la madre trabaja, de modo que se siguen relegando responsabilidades domésticas a las mujeres, y se continúa ocupando su presencia en el hogar con las ocupaciones emocionales y con el cuidado de los hijos.

A nivel nacional, se tiene que la zona más machista es la región caribe, seguidos de la Amazonía y la Orinoquía, en tanto la zona menos machista es el distrito capital. Lo anterior puede tener una brecha de parcialidad en la medida en que se calcula por medio de preguntas que son evidentemente problemáticas, toda vez que mediciones cuantitativas de violencia son similares en todo el territorio nacional.

Un hallazgo interesante se relaciona con la religión: entre más influencia tenga la religión en la vida personal, mayor será la probabilidad de tener ideales machistas arraigados, en la medida en que toda la construcción religiosa está basada en la adulación a una deidad masculina y a la relegación de la mujer a un papel meramente servicial desde lo doméstico y lo reproductivo. Así, el 45% de los hombres encuestados opina que una mujer se preocupa por su apariencia física porque quiere atraer

la atención de los hombres, pero la cifra aumenta al 53% si los hombres son altamente religiosos.

Adicionalmente, se encontró que el nivel de educación está directamente relacionado con la flexibilización de los roles tradicionales asociados a hombres y mujeres, de modo que el 50% de las personas con educación superior está de acuerdo con desdibujar las líneas patriarcales de roles de género, en tanto solo el 29% de personas con educación primaria o ningún estudio tiene la misma opinión. Lo anterior deja en evidencia que este tipo de diferenciación de género no solo es una construcción generacional, sino que además depende del acceso a la educación, toda vez que un aumento en los conocimientos individuales y una mayor interacción entre hombres y mujeres en ámbitos que promueven la igualdad (i.e. salón de clases) pueden impulsar en gran medida un cambio en el paradigma predominante desde la tradicionalidad.

2.1. IDENTIDAD REGIONAL Y REPERCUSIONES A NIVEL NACIONAL DESDE LA TRADICIÓN FALOCRÁTICA

Existen, por supuesto, indicadores generales o “banderas rojas” a tener en cuenta para reconocer la presencia de valores falocráticos en una persona o en un grupo social: inicialmente, se evidencia una marcada diferencia entre los roles impulsados y aceptados para hombres y mujeres, aunado a la necesidad de relegar las tareas emocionales y domésticas a las mujeres, en tanto los hombres se reconocen como proveedores y tienen acceso tanto a educación como al mercado laboral.

Un indicador que puede ser usado para determinar la predominancia de la tradición falocrática y de la consecuente misoginia es el índice de violencia contra la mujer: durante el año 2020 en Colombia, 519 mujeres fueron asesinadas, 143 de las cuales fueron categorizadas como víctimas de feminicidio. En el mismo año, se presentaron 9.652 denuncias por delitos sexuales, de los cuales el 85% de las víctimas fueron niñas y adolescentes entre los 0 y los 17 años.

Es fundamental tener en cuenta la coyuntura creada por la pandemia del COVID-19, ya que al tratarse de un fenómeno de salud pública que obliga a la realización permanente de cuarentena, es decir, la obligatoriedad de permanecer en casa, se crea un ambiente hostil no solo debido al estrés y a la disminución de la calidad de vida derivada de las consecuencias económicas de la situación de emergencia, sino además debido a la imposibi-

lidad de las víctimas de salir del lugar en que se comete el abuso. Así, en el año 2020 se registraron 18.864 llamadas a la línea de violencia intrafamiliar (155), concentradas en seis entidades territoriales: Bogotá, Antioquia, Valle del Cauca, Cundinamarca, Atlántico y Santander; es decir que, 3 de cada 4 llamadas se originaron desde esos lugares. Otras líneas de atención de emergencia (122 y 123) reportan que aproximadamente 3 de cada 4 llamadas recibidas se deben a acciones de violencia intrafamiliar.

Lo anterior es sorprendente teniendo en cuenta lo descrito previamente en la Encuesta del Barómetro de las Américas 2018, en la cual las regiones centrales del país fueron registradas como las menos machistas, aunque en realidad la mayor parte de los casos de violencia doméstica se dan en esas regiones. Así las cosas, cabe resaltar una de las partes más problemáticas de este tipo de violencia: la privacidad. Muchos (si no todos) de los perpetradores son conscientes de la ilegalidad de sus actos, y de las implicaciones sociales de sus opiniones machistas, de manera que de cara al mundo se presenta una imagen aceptable, basada en ideales de liberalismo y tolerancia, en tanto de puertas para adentro, se promueven y perpetúan actos misóginos de violencia sexual y psicológica.

En forma similar, la prevalencia de este tipo de comportamiento se ha hecho dolorosamente claro en la nueva invasión talibán en Afganistán, por ejemplo, donde se impulsa una política que parece basarse primordialmente en el control de la población femenina por medio de censura, aunque se presenta de igual manera en la sociedad occidental en ámbitos como la brecha salarial entre hombres y mujeres, el control de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres (por ejemplo, el derecho a abortar que fue recientemente limitado en el estado de Texas, Estados Unidos), y la limitación laboral, en la cual los hombres conforman una sustancial mayoría en cargos administrativos y altos eslabones en las empresas. Se muestra entonces que aunque los diferentes actores sociales (individuos, empresas, gobiernos, etc.) se declaren en contra de actitudes basadas en preceptos de discriminación de género, en realidad las acciones que se adelantan demuestran una marcada tendencia a perpetuar esas tradiciones.

2.2. MECANISMOS DE CONTROL PARA LA DEFENSA DE LA TRADICIÓN FALOCRÁTICA

Al igual que cualquier saber tradicional, la supervivencia de la falocracia con el paso del tiempo, depende de la labor permanente entre

generaciones, de manera que un mejoramiento circunstancial de las condiciones de la mujer en la sociedad actual encontrará un choque conceptual en las ideas patriarcales que promueven roles específicos para mujeres y hombres, relegando a las primeras al hogar mientras impulsa a los segundos a la educación y el mercado laboral.

Es fundamental entender que la tradición falocrática no se acoge ni se defiende por medio de demostraciones vistosas de poder o superioridad, sino a través de condiciones ambientales, sociales y económicas que dificultan la transición de las mujeres desde el rol tradicionalmente maternal y de servicio a posiciones de poder desde el punto de vista político, académico o laboral. Así, por ejemplo, no se le dice a una niña que no puede trabajar o que no puede estudiar la profesión que quiera, pero se le regalan muñecas que aún en su posición de doctoras, docentes o científicas, muestran que el estado físico es la parte más importante de su personalidad. De igual manera y en forma paralela, las niñas ven cómo a los hombres se les permite jugar como quieran, se les estimula la creatividad y la inventiva, y se les premia por aventurarse en el mundo, en tanto a ellas se les castiga e intimida por las mismas acciones.

Otro mecanismo de control es la censura social: si hay una mujer que tiene hijos y trabaja, se le juzga como mala madre, en tanto ese juicio no se aplica a los varones; a las madres solteras se les condena por la ausencia de los padres de sus hijos, cuando es quien abandona el que debería ser juzgado; a las mujeres exitosas laboralmente o que cuentan con cargos de importancia se les acusa de haber llegado allí solo como parte de una cuota de género impuesta por la organización, o de haber obtenido su posición por medio de favores sexuales, en tanto se justifica que los jefes y hombres en posiciones de autoridad se aprovechen de esa condición para acosar a sus subordinadas.

Todos esos ejemplos palidecen ante la variedad y multiplicidad de formas de control y juicio a las que son sometidas las mujeres rutinariamente. La peligrosidad de esas acciones radica en que cobijan actos de gravedad ascendente que se justifican como parte de esa misma tendencia a determinar lo que es “correcto” para la mujer. Así las cosas, un hombre que empieza a acosar verbalmente a mujeres en la calle sin que haya repercusión alguna ante ese acto, puede realizar acosos físicos, y pasar a actos de violencia ya sea dentro fuera de su hogar, y si las mujeres han sido condicionadas para pensar que es su culpa, o que el hombre tiene derecho a actuar de esa manera, el ciclo se convierte en una sucesión interminable de abusos.

Estas demostraciones nocivas de masculinidad se desarrollan permanentemente en todas las capas de la sociedad, de manera que las mujeres no solo deben comportarse según ciertas normas específicas para ellas, sino que además deben hacerlo porque de lo contrario serán culpadas si algo malo sucede, ejemplo de lo cual es la tradición de culpar a la víctima de violación, de abuso o de muerte. Un caso controversial en Colombia ocurrió en el 2013 en el parqueadero de un restaurante de lujo en Bogotá: una joven fue abusada sexualmente y el dueño del local insistió en que la culpa era de ella, por “salir de noche así vestida”. Este tipo de comentario es frecuente en los hogares colombianos, entre círculos de amigos, e incluso entre parientes. El imaginario colectivo señala que una mujer es responsable de lo que otros hagan, solo por el hecho de ser mujer, y justifican ese juicio de valor por medio de argumentos falaces como la vestimenta o la hora de la noche.

Otro caso particularmente doloroso se vivió en la historia desgarradora de Rosa Elvira Cely, una mujer que fue violada y empalada por parte de un compañero de clases, y quien falleció a causa de la gravedad de las heridas. Tras su muerte, hubo voces cuestionando por qué ella había decidido salir a solas con su compañero, por qué ella había ido con él al parque en el cuál sucedió el vejamen, por qué estaba usando cierta ropa, etc., constituyendo así un caso extremo pero infortunadamente no aislado acerca de cómo se trata a las víctimas de esos actos, en lugar de culpar a quien comete los actos de violencia.

Consecuencia de lo anterior es el caso de Yuliana Samboní, una niña de apenas 7 años de edad, quien en 2016 fue secuestrada, violada y asesinada por un hombre de (entonces) 38 años cuya familia pertenece a círculos sociales de alta alcurnia en la capital del país. Durante el desarrollo del caso se dijo que el sujeto tenía esa costumbre de “molestar a muchachitas”, lo cual puede ser perfectamente un eufemismo para describir acciones previas en contra de otras mujeres que no fueron objeto del escrutinio de este caso. Se evidencia entonces una desconexión entre clases sociales en términos de misoginia y falocracia: las personas con menores ingresos y menor educación son *evidentemente* más misóginas, pero la violencia de género en cualquiera de sus formas es perpetrada por individuos de todas las clases sociales.

2.2.1. Características psicosociales personales, derivadas de la tradición falocrática

Los paradigmas que se crean desde la cosmovisión falócrata subyacen en los individuos en la forma de actos machistas, ya sean eviden-

tes con violencia o con agresiones o micro-agresiones, y se aprenden en los años formativos de la infancia: la perspectiva generacional implica que las condiciones domésticas influyen en gran medida el comportamiento de los futuros adultos.

Dado que gran parte de las violaciones a los derechos de las mujeres se da en la vida doméstica, por parte de sus parejas sentimentales, la Organización Mundial de la Salud (OMS) desarrolló una tabla de factores de riesgo del varón de abusar de su pareja, adaptado de acuerdo a la presente investigación:

Individuales	Relacionales y Comunitarios	Sociales
Alto consumo de alcohol Depresión o desórdenes de la personalidad Bajos ingresos económicos Haber presenciado o experimentado violencia de niño	Superioridad del varón en el constructo familiar Débil presencia institucional en casos de abuso doméstico Bajo capital social y pobreza	Normas de género que promueven tradiciones patriarcales Normas sociales que justifican la violencia

Entonces, un niño que crece en hogares con alto grado de disfuncionalidad, que presencia o es víctima de agresiones verbales y físicas, que no crea relaciones saludables con sus padres en términos de demostraciones afectivas, desenvolvimiento emocional, y desarrollo de su personalidad individual, será propenso a repetir esos mismos patrones u otros similares en su vida adulta y en sus relaciones con otros.

Así, características psicosociales determinadas por las vivencias previas de quienes atentan contra derechos constitucionales de las mujeres son:

- personas que tienen la necesidad de controlar las acciones de las mujeres, desde cómo se ve, cómo se viste, hasta adónde va y con quién, pasando por lo que hace en su tiempo libre y su profesión, y más allá de ejercer control, se centran en crear un ambiente hostil que previene el desarrollo de libertades personales;
- personas que emiten juicios de valor con distinción de género, de modo que se juzga a las mujeres por actos o condiciones que están bien vistos si son adelantados por hombres;
- personas que actúan en esos ideales de represión y que no solo justifican los actos de violencia o vejaciones en contra de las mujeres (por ejemplo, en casos de violación, justificar con base en la vestimenta de la víctima,

en si estaba consumiendo alcohol, etc.), sino que además ellos mismos realizan esos actos y los asumen como justos y necesarios, poniéndose a sí mismos en el papel de veladores de ideales de moral o religión.

Cabe resaltar que lo anterior es una construcción social ampliamente difundida y aceptada que también es realizada por mujeres, quienes han interiorizado el discurso misógino que tradicionalmente impera en sus sociedades.

3. LA CONVENCIÓN DE BELEM DO PARÁ Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LA MUJER EN COLOMBIA

La Convención Interamericana para prevenir, sancionar, y erradicar la violencia contra la mujer, celebrada en Belem do Pará, Brasil en 1994, señala que la violencia contra la mujer, ya sea de tipo físico, sexual o psicológico, es entendida como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”, lo cual incluye maltrato, abuso, y violación, y abarca tanto el ámbito familiar (en la unidad doméstica) y el ámbito comunitario o social, que incluye “violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar”, todo lo anterior pudiendo ser también atribuido a los entes del Estado tanto desde la acción como desde la omisión.

El ámbito de aplicación de la Convención es de fundamental importancia al incluir tanto la vida privada como la responsabilidad del Estado como ente de autoridad y regulación de la comunidad, en la medida en que previamente la violencia contra la mujer, en particular la violencia doméstica, era entendido como un asunto privado, en el cual ni el Estado, ni otros individuos debían (o podían) intervenir. Así, la Convención elimina esa barrera de protección al abuso y en su lugar plantea una serie de derechos fundamentales y libertades básicas que no solo deben ser respetadas desde la institucionalidad sino también desde la cotidianidad de los ciudadanos.

En Colombia, la Convención fue acogida por medio de la Ley 248 de 1995, lo cual dio inicio a la creación de un marco normativo en defensa de los derechos de la mujer que se describe a continuación:

Tipo	Número	Año	Tema
Ley	28	1932	Reforma la situación jurídica de la incapacidad civil de las mujeres casadas
Ley	16	1972	Convención Americana sobre Derechos Humanos “ Pacto de San José de Costa Rica”
Ley	51	1981	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer
Ley	82	1993	protección especial a la mujer cabeza de familia
Ley	248	1995	Convención Interamericana de Belém do Pará, Brazil, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer
Ley	294	1996	Mecanismos para prevenir, remediar y sancionar la Violencia Intrafamiliar
Ley	509	1999	Beneficios en favor de las Madres Comunitarias en materia de Seguridad Social
Ley	599	2000	Código Penal Parto o aborto preterintencional, sin consentimiento art.118, 123
Ley	575	2000	Violencia Intrafamiliar
Ley	581	2000	Ley de Cuotas
Ley	679	2001	Lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores de edad
Ley	731	2002	Medidas específicas encaminadas a acelerar la equidad entre el hombre y la mujer rural
Ley	742	2002	Se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998). Incorpora delitos relacionados con la violencia basada en género.
Ley	750	2002	Apoyo especial en materia de prisión domiciliaria a la mujer cabeza de familia
Ley	800	2003	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional
Ley	823	2003	Ley de Igualdad oportunidad para mujeres
Ley	861	2003	Patrimonio de familia inembargable sobre único bien inmueble de la mujer cabeza de familia
Ley	882	2004	Ley de los ojos morados

(continua)

Ley	906	2004	Código de Procedimiento Penal
Ley	984	2005	Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
Ley	1098	2006	Protección NNA y mujeres gestantes
Ley	1010	2006	Ley de Acoso Laboral
Ley	1009	2006	Observatorio de Asuntos de Género
Ley	1142	2007	Aumenta la pena cuando VIF recae sobre mujeres
Ley	1187	2008	Afiliación Régimen contributivo del grupo familiar de las madres comunitarias
Ley	1202	2008	Seguimiento del ejercicio real y efectivo de los derechos de las mujeres en los ámbitos públicos y privados
Ley	1232	2008	protección especial a la mujer cabeza de familia
Ley	1236	2008	Aumento de penas para conductas de violencia sexual
Ley	1257	2008	Ley de garantías a las mujeres de una vida libre de violencia
Ley	1385	2010	Promover la prevención del consumo de alcohol de las mujeres en estado de embarazo
Ley	1413	2010	Trabajo de hogar no remunerado
Ley	1434	2011	Creación de la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer del Congreso de la República
Ley	1468	2011	Ley de Licencia de Maternidad
Ley	1482	2011	Tipificación de la discriminación por la razón de sexo
Ley	1496	2011	igualdad salarial entre mujeres y hombres
Ley	1542	2012	Elimina el carácter querrelable a delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria
Ley	1626	2013	Vacunación contra el Virus del papiloma humano de manera gratuita a todas las niñas entre cuarto grado de básica primaria y séptimo grado de básica secundaria.

(continua)

Ley	1639	2013	prevención y protección y atención integral a las víctimas de crímenes con ácido
Ley	1719	2014	Derecho de acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual asociada al conflicto armado interno
Ley	1761	2015	Ley Rosa Elvira Cely: Tipifica al feminicidio como un delito autónomo.
Ley	1773	2016	Ley Natalia Ponce: Tipifica como delito autónomo el ataque con agentes químicos; endurece las sanciones a los agresores; y elimina beneficios, como la suspensión condicional de la ejecución de la pena.
Ley	1822	2017	Por medio de la cual se amplía la licencia de maternidad a 18 semanas.
Decreto	2820	1974	Modifica apartes del código civil - Otorga iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones.
Decreto	1398	1990	Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
Decreto	1974	1996	Comité Interinstitucional para la Lucha contra el Tráfico de Mujeres, niñas y niños
Decreto	1182	1999	Artículo 2, Transforma la Dirección Nacional para la Equidad de la Mujer, en la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, y fija sus funciones
Decreto	4444	2006	Reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva, eliminando barreras que impidan el acceso a servicios de salud de interrupción voluntaria del embarazo en los casos y condiciones establecidas en la Sentencia C-355 de 2006
Decreto	164	2010	Mapa Interinstitucional para erradicar la Violencia contra las mujeres
Decreto	4463	2011	Busca promover el reconocimiento social y económico del trabajo de las mujeres, el derecho a la igualdad salarial, y desarrolla campañas de erradicación de todo acto de discriminación y violencia contra las mujeres en el ámbito laboral
Decreto	4633	2011	Especial reconocimiento y protección, igualdad real y efectiva de las mujeres indígenas

(continua)

Decreto	4798	2011	Fomenta el respeto de los derechos, libertades, autonomía e igualdad entre hombres y mujeres, la sensibilización y el reconocimiento de la existencia de discriminación y violencia contra las mujeres para su erradicación, desde la educación y la comunidad educativa.
Decreto	2733	2012	Impulsa la contratación de mujeres víctimas de la violencia por medio de la deducción en la declaración de impuestos, en desarrollo del artículo 23 de la ley 1257 de 2008
Decreto	2734	2012	Reglamenta las medidas de atención a las mujeres víctimas de violencia, en desarrollo del artículo 19 de la ley 1257 de 2008
Decreto	1930	2013	Política Pública Nacional de Equidad de Género
Decreto	1069	2015	Libro 2 parte 2, Título 1 Reparación Integral a las víctimas del conflicto armado interno. Libro 2, parte 9, Título 7, Capítulo 7, “Día Nacional por la Dignidad de las Mujeres” Libro 2, Parte 2, Título 3, capítulo 8, sección 2, Compila el Decreto 4799 de 2011, del efectivo acceso de las mujeres a los mecanismos y recursos que establece la ley para su protección, como instrumento para erradicar todas las formas de violencia contra ellas.
Decreto	1084	2015	“libro 2 parte 2, Título 1 Reparación Integral a las víctimas del conflicto armado interno. Libro 2, parte 9, Título 7, Capítulo 7, “Día Nacional por la Dignidad de las Mujeres””
Decreto	780	2016	“Compila el decreto 1630 de 2019 en su Libro 2, parte 9, Título 2, Capítulo 1. Sección 1 y 2 referente a las medidas de atención a las mujeres víctimas de violencia. Libro 2, parte 9, título 2 Capítulo 4 Protección de víctimas de crímenes con ácido”
Decreto	1314	2016	Por el cual se crea la Comisión Intersectorial de Garantías para las Mujeres Líderesas y Defensoras de Derechos Humanos.
Decreto	2145	2017	Plan de Revisión, evaluación y seguimiento de los programas y leyes que favorecen a las mujeres rurales
Decreto	2078	2017	Determina la ruta de protección colectiva de los derechos a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad personal de grupos y comunidades.

(continua)

Decreto	2252	2017	Define la labor de gobernadores y alcaldes como agentes del Presidente de la República en relación con la protección individual y colectiva de lideresas de organizaciones y movimientos sociales y comunales y defensoras de derechos humanos que se encuentren en situación de riesgo.
Decreto Ley	154	2017	Por el cual se crea la “Comisión Nacional de Garantías de Seguridad en el marco del Acuerdo Final de Paz” suscrito entre el Gobierno nacional y las FARC-EP el 24 de noviembre de 2016.
Decreto	1630	2019	Acciones para atender integralmente a las mujeres víctimas de violencia
Decreto	455	2020	Adiciona el Capítulo 3 al Título 12 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, en el sentido de incorporar reglas para lograr la paridad de género en empleos de nivel directivo del sector público.
Objetivos de desarrollo del Milenio		2015	Compromiso de los 189 Estados Miembros de las Naciones Unidas para el año 2015.
Resolución 1325		2000	Naciones Unidas, Consejo de Seguridad: igualdad entre género
Conferencia		1995	“Cuarta Conferencia Mundial Sobre La Mujer, Beijing”
Resolución de la Asamblea General de la OEA	1671	1999	Sobre defensores y defensoras de derechos humanos en las Américas. Insta al Consejo Permanente a informar sobre situación de defensores y defensoras.
Resolución	1325	2000	Naciones Unidas Consejo de Seguridad igualdad entre genero
Resolución	1820	2008	Naciones Unidas Consejo de Seguridad igualdad entre genero
Resolución	1888	2009	Naciones Unidas Consejo de Seguridad igualdad entre genero
Resolución	1989	2009	Naciones Unidas Consejo de Seguridad igualdad entre genero
Resolución	1960	2009	Naciones Unidas Consejo de Seguridad igualdad entre genero
Resolución	459	2012	Por la cual se adopta el protocolo y modelo de atención integral en salud para víctimas de violencia sexual

(continua)

Resolución	805	2012	““Por la cual se expide el Protocolo Específico con enfoque de género y de los derechos de las mujeres a que se refiere el artículo 50 del Decreto 4912 de 2011”.
Resolución	2106	2013	Naciones Unidas Consejo de Seguridad igualdad entre genero
Resolución	2122	2013	Naciones Unidas Consejo de Seguridad igualdad entre genero
Resolución	1895	2013	Por la cual se asignan recursos para la financiación de las medidas de atención a mujeres víctimas de la violencia de que trata los literales a y b art 19 de la ley 1257 del 2008 para la vigencia fiscal del 2013
Resolución	2242	2015	Naciones Unidas Consejo de Seguridad igualdad entre genero
Resolución	845	2018	Esta norma adopta el “Programa Integral de Garantías para las Mujeres Lideresas y Defensoras de Derechos Humanos”, el cual trabaja sobre tres ejes centrales: prevención, protección y garantías de no repetición
Resolución	1325	2019	Derechos de la mujer y la paz internacional
Resolución	535	2020	Por la cual se determinan los criterios para la asignación y distribución de recursos para implementación y prestación de las medidas de atención a las mujeres víctimas de la violencia por parte de las entidades territoriales.
Resolución	3010	2020	Por la cual se dictan lineamientos orientados a la promoción de la equidad de género y a la prevención y atención integral de la violencia de género en la fuerza pública con especial énfasis en la violencia sexual
Declaración	1994		Sobre eliminación de la violencia contra la mujer

Adicionalmente, desde la jurisprudencia se han emprendido acciones que promueven la defensa de derechos fundamentales de las mujeres:

Número	Año	Tema
T-677	2011	Protección a la mujer que ha sido víctima de desplazamiento forzado, reconociendo el derecho a ser vinculada a programas como RUPD, la cual permite realizar acciones de protección a la población desplazada.

(continua)

T-234	2012	Derechos de las mujeres víctimas del conflicto armado (entre ellas víctimas de desplazamiento forzado y de violencia sexual).
T-646	2012	Ampliación de la licencia de maternidad en caso de bebés prematuros.
T-595	2013	Reconoce el derecho a las víctimas de delitos sexuales, a la verdad, justicia y la reparación integral (Médica y psicológica); además de brindar protección a las mismas dentro de un proceso penal.
C-335	2013	Medidas para fomentar la sanción social y denuncia de prácticas discriminatorias y violencia contra las mujeres
T-878	2014	Reconocimiento a las mujeres a una vida sin violencia en la protección de sus derechos fundamentales, especialmente igualdad y al trabajo, en el entendido que no se debe discriminar a la mujer por su condición de ser mujer en el ámbito laboral. Realiza una compilación normativa que protege a la mujer, además de reconocer la responsabilidad de la sociedad y las entidades a la hora de brindar mecanismos de ayuda a la mujer víctima de violencia.
T-434	2014	Ampara derechos fundamentales a víctimas de violencia intrafamiliar (Vida, dignidad humana, integridad personal y mínimo vital), adicionalmente reconoce la responsabilidad de las entidades como EPS, Fiscalía, policía al momento de atender cualquier hecho generador de esta violencia en virtud de la ley 1257/2008
T-967	2014	Establece los conceptos de violencia intrafamiliar, psicológica, además de la administración de justicia en temas de género y reconoce los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la intimidad, a la libertad de movimiento y a la protección de la familia.
T-012	2016	Estudia los diferentes tipos de agresiones a la mujer, incluyendo el concepto de la violencia económica; adicionalmente, se revela que para un fallo satisfactorio, se debe de tener en cuenta la naturaleza subjetiva de las partes, aplicando enfoque de género en el raciocinio de las decisiones judiciales.
T-652	2016	Protección a la mujer que ha sido víctima de desplazamiento forzado, reconociendo el derecho a ser vinculada a programas como RUPD, la cual permite realizar acciones de protección a la población desplazada.
C-297	2016	Derecho de las mujeres a estar libres de violencia
C-539	2016	Ley que crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo
C-005	2017	Estabilidad laboral reforzada mujer trabajadora estado de embarazo

(continua)

T-735	2017	Esta sentencia dicta lineamientos esenciales que deben de seguir los funcionarios estatales en el tema de medidas de protección contra la violencia de género.
T-293	2017	Se protege el derecho a la igualdad y a la no discriminación por estereotipos de género en el mundo de la aviación comercial.
T-184	2017	La mujer víctima de violencia tiene derecho a no confrontarse con su agresor en audiencias de fijación de cuota alimentaria, por lo tanto, puede serle fijada fecha y hora distinta a la de su opresor.
T-126	2018	Enfatiza que las autoridades judiciales deben reevaluar el uso del lenguaje en procesos de violencia contra la mujer.
T-338	2018	Se protegen los derechos fundamentales de una mujer que ha sufrido de violencia doméstica y psicológica; adicionalmente la corte reitera su compromiso con la lucha contra la violencia y la discriminación contra la mujer y la invisibilización de la violencia doméstica y psicológica.
T-462	2018	La Corte Constitucional señala que en caso de violencia intrafamiliar donde la persona vulnerada es una mujer y se encuentra también un menor de edad, las decisiones judiciales deben ser tomadas en un enfoque de género y dentro del contexto de violencia intrafamiliar.
T-338	2018	Reconoce la violencia contra la mujer como forma de discriminación, el principio de igualdad y no discriminación, define la violencia doméstica o intrafamiliar y psicológica y como debe actuar La administración de justicia en perspectiva de género
T-311	2018	Realiza un amplio de la exclusión de violencia de la lista de delitos querellables. la protección de los derechos fundamentales a la vida, la integridad personal, la seguridad, al acceso a la administración de justicia, la dignidad humana y el derecho como mujer a vivir libre de violencia
T-239	2018	Reconoce el derecho que tienen las víctimas de violencia contra la mujer, a que se les proteja en el ámbito laboral. A la No discriminación laboral y el rechazo al acoso laboral, como actos generadores de violencia
T-015	2018	Destaca el deber de las Comisarías de analizar las condiciones especiales que tenga un miembro del núcleo familiar, que pueda resultar afectado con medida de protección que se adopte en el proceso de violencia contra la mujer.
T-128	2018	La Corte Constitucional hace especial énfasis en el lenguaje utilizado por las entidades Judiciales ya que el uso incorrecto de este puede llegar a desconocer las garantías a las mujeres víctimas de violencia sexual.
T-267	2018	Por medio de esta sentencia se protegen los derechos fundamentales de las mujeres privadas de la libertad en establecimientos carcelarios.

(continua)

C-203	2019	Para el caso que nos ocupa, el estado civil, es uno de los atributos de la personalidad de una persona. Este solo puede ser probado a través del registro civil correspondiente. La posesión notoria del estado civil es una prueba supletoria que tiene por objeto confirmar un hecho cuyo registro ha sido refundido. La ley establece unas condiciones claras para dar por demostrada la posesión notoria del estado civil de matrimonio, entre las cuales, se encuentra que la mujer debe ser recibida por los deudos, amigos y vecinos del domicilio del marido. Este requerimiento normativo es contrario a los artículos 13 y 43 de la Constitución Política, toda vez que establece una distinción que refuerza estereotipos de comportamiento de inferioridad y subordinación entre el hombre y la mujer.
T-398	2019	La Corte Constitucional ordena a la Secretaria Distrital de Integración Social de Bogotá D.C., el suministro de insumos de higiene menstrual para salvaguardar los derechos a la dignidad humana y los derechos sexuales y reproductivos de una mujer en situación de habitante de calle.
T-366	2019	La Corte Constitucional tutela los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación por razón de sexo, a la dignidad humana, a la recreación al deporte, al interés superior de las niñas, niños y adolescentes, a la confianza legítima y al debido proceso al proteger los derechos de una niña menor de edad y el equipo de futbol al que pertenecía cuando este último fue sancionado ya que el torneo Liga Pony Fútbol 2019 al que clasificaron era exclusivamente masculino aunque esto no se encontraba expresado en el reglamento del torneo.
T-093	2019	Se analiza un caso de restitución de bien inmueble con base en la solicitud de terminación de un contrato verbal de arrendamiento; La corte estudia el proceso bajo la óptica de la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de género en su faceta de una vida libre de violencia de la mujer.
T-335	2019	Principio de igualdad y prohibición de discriminación en razón de identidad de género y orientación sexual.
T-344	2020	Protección a mujeres víctimas de violencia y la perspectiva de género en la administración de justicia.

Lastimosamente, este amplio y contundente marco normativo palidece ante las acciones continuas en las cuales se demuestra, que tanto los ciudadanos, como los agentes del Estado, han cometido faltas expresamente en el marco de la desigualdad de género. Caso particular se dio durante las protestas de los años 2019 y 2020 en las cuales las ciudadanas denunciaron ante los medios de comunicación las vejaciones de las cuales

fueron víctimas, desde manoseos en Centros de Atención Inmediata de la Policía, hasta violaciones y golpizas por parte de agentes de la autoridad.

4. ESTUDIO DE CASO: SENTENCIA SU-080 DE 2020

El caso es una acción de tutela instaurada por la señora Stella Condo Díaz del Castillo en contra del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala de Familia, en la cual busca anular la decisión que emitió la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 14 de febrero de 2017, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia emitida dentro del proceso de cesación de efectos civiles de matrimonio católico adelantado por el Juzgado Once de Familia de la ciudad de Bogotá, y en el que se abstiene de fijar una cuota alimentaria a favor de la demandante y a cargo del demandado, toda vez que la actora cuenta con “ingresos suficientes para subsistir y también para proveerle alimentos a sus hijos en lo que corresponde”.

La accionante entonces argumentó que el Tribunal incurrió en un defecto sustantivo al “...trazar una distinción discriminatoria que carece de todo sustento...”, pues en sus palabras el hecho de que la cónyuge inocente haya logrado superarse al punto de “haber conseguido la posición que hoy ocupa... no resulta un criterio admisible para privarla de su derecho fundamental a ser resarcida por la violación de su derecho fundamental a vivir libre de violencia y discriminación de género y violencia intrafamiliar”. Así las cosas, la demandante solicitó que se tutelaran sus derechos fundamentales “...a no ser discriminada por razones de género, ni víctima de violencia contra la mujer ni intrafamiliar y se ampare su derecho fundamental a ser resarcida en los términos del literal g) del artículo 7 de la Convención de Belem do Pará, por medio de la reparación de perjuicios prevista en el numeral 4ª del artículo 411 del Código Civil, bajo la forma de prestación alimentaria periódica.

El Tribunal analiza entonces los argumentos de la demandante, incluyendo los testimonios de los hijos, quienes han sido testigos de primera mano y víctimas de los abusos, vejaciones y maltratos del demandado, por medio de los cuales se hacen evidentes los hechos de maltrato de palabra y de obra, al censurar la forma de vestir de la mujer, maltratar a sus hijos como parte de un castigo para ella, la discriminación de que fue víctima durante la vida en común, entre otras instancias en las cuales el cónyuge, en su afán por controlar y hacer evidente su cosmovisión ma-

chista y falocrática, destruye la unidad familiar, y atenta contra la salud física y psicológica de su pareja.

En la audiencia de la demanda, el apoderado de la demandante aduce que al no fijarse una cuota alimentaria, la Sala "...ha premiado la conducta violenta trasgresora en contra de su cónyuge y en perjuicios de sus hijos...se ha premiado su incumplimiento no imponiéndosele la sanción que como resultado de ser vencido en este juicio y de ser el cónyuge responsable al ser probadas las causales...se le liberó de que cumpliera y no se le aplicó la sanción... es el culto a un patriarcalismo, a un *pater familia* romano que el derecho colombiano no admite ni tiene recibo...".

Así las cosas, el Tribunal da la razón a la demandante, señalando que se concede la protección de los derechos fundamentales de la mujer a vivir libre de violencia intrafamiliar, a ser reparada y a no ser revictimizada, de modo que se reconoce la causal 3ª contenida en el artículo 154 del Código Civil, esto es, los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, como fundamento para disponer la apertura de un incidente de reparación integral en el que se especifiquen y tasen los perjuicios sufridos por la demandante.

Se evidencia entonces un cambio a trompillos del sistema de justicia en el país, por medio del cual aunque se realizan concesiones como la analizada previamente, estas deben ser luchadas por parte de las victimas en procesos judiciales largos y desgastantes para los cuales no debería haber lugar, en la medida en que corresponden a correcciones de mandatos de misoginia por parte de los mismos representantes del Estado.

5. CONCLUSIÓN

La tradición falocrática ha tenido una amplia influencia en el desarrollo, defensa y protección de los derechos constitucionales de las mujeres, desde su derecho al voto y a la participación en la vida económica y política del país, hasta derechos reproductivos, libertad sexual, y dinámicas de la vida doméstica. La normatividad ha avanzado en términos de crear parámetros realistas que prevengan la revictimización en los ámbitos judiciales y en las instancias de denuncias, pero los altos niveles de violencia de género y las estrategias institucionales de promoción de la desigualdad con base en el género evidencian el amplio camino que queda por recorrer en términos de eliminación de misoginia institucional e individual en Colombia.

Se encontró también que el marco normativo es amplio y que cubra diversas instancias de protección de la mujer, desde los ámbitos laboral, educativo, doméstico, y social, acogiendo completamente los mandatos de las Convención de Belem do Pará, pero existe todavía una amplia brecha entre los mandatos normativos y constitucionales y la efectividad de las instituciones para asegurar su cumplimiento, no solo desde el control de los ciudadanos, sino desde los mismos agentes estatales, particularmente desde las autoridades policivas. No obstante, el presente análisis encontró también que desde las instancias judiciales se han creado precedentes que analizan objetivamente las problemáticas de violencia psicológica en la vida doméstica y social, según lo analizado en el estudio de caso, por medio del cual se defienden los derechos constitucionales de la víctima sin que haya cabida a justificaciones de las acciones del victimario.

Se concluye entonces que sí existe una influencia de la tradición falocrática en la defensa de los derechos constitucionales de las mujeres, aunque la normatividad haya acogido nociones de igualdad y protección de las víctimas, de modo que los retos a futuro deben centrarse en la corrección de esos valores tradicionales misóginos que imperan no solo en la vida doméstica sino además en los agentes de las instituciones y autoridades a nivel nacional.

FIXAÇÃO DE LOCATIVOS EM RAZÃO DA POSSE EXCLUSIVA DE BEM COMUM POR UM DOS CÔNJUGES: ANÁLISE À LUZ DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ¹

CONRADO PAULINO DA ROSA²

MARINA DEZOTTI GATTO³

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar a viabilidade de fixação de aluguel em face do ex-cônjuge que permanece usufruindo, de forma exclusiva, do imóvel comum, de modo a evitar o enriquecimento sem causa quando da separação de fato.

- 1 Pesquisa desenvolvida no âmbito do Projeto de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa e vinculado no CNPq ao Grupo de Pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.
- 2 Pós-doutor em Direito pela UFSC. Doutor em Serviço Social pela PUCRS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com a defesa realizada na Università Degli Studi di Napoli Federico II, em Nápoles, Itália. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da FMP - Fundação Escola Superior do Ministério Público. Coordenador do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogado especializado em Direito de Família e Sucessões. E-mail: conradopaulino@hotmail.com.
- 3 Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: dezottimarina@gmail.com.

A relevância da pesquisa reside precipuamente na dificuldade doutrinária e jurisprudencial em vislumbrar o momento em que o estado mancomunado dá azo ao condomínio em relação aos bens comuns dos consortes. O problema de pesquisa é centrado na não aplicação do aluguel como uma forma de enriquecimento sem causa à luz do artigo 884 do Código Civil, isto é, há a possibilidade de fixação de aluguel em face do cônjuge que permanece na posse exclusiva de imóvel comum após a separação de fato?

A pesquisa apresenta resultados obtidos a partir do método hipotético-dedutivo, mediante abordagem qualitativa e com caráter exploratório. São utilizados como instrumentos de pesquisa o estudo bibliográfico, por meio de doutrina e jurisprudência, artigos jurídicos, revistas jurídicas, sítios da internet, normas constitucionais e legislações infraconstitucionais. Assim, de modo a elucidar o problema de pesquisa, o primeiro capítulo do desenvolvimento aborda a separação de fato, bem como sua caracterização, além de sua relação com o fim dos reflexos dos regimes de bens e os demais efeitos jurídicos decorrentes.

No segundo capítulo trata-se acerca da diferença entre os institutos da mancomunhão e do condomínio, de modo a esclarecer as características de cada um, principalmente no que tange à separação de fato. Outrossim, é abordado e respondido o questionamento quanto ao momento em que é considerada a cessação da comunhão com a finalidade de entender a circunstância em que finda a mancomunhão, para existir o condomínio.

Por fim, o terceiro capítulo traz as hipóteses de utilização exclusiva do bem por um dos consortes, sendo aventada a necessidade de fixação de valores em face do consorte que persiste no imóvel comum. Ainda, é realizada exposição a respeito do posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em contraposição ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, de modo a demonstrar se há a possibilidade de fixação de aluguel em face do ex-cônjuge que permanece na posse exclusiva de imóvel comum, trazendo à tona a existência ou não de enriquecimento sem causa, uma vez que houve a separação de fato do casal.

2. REFLEXOS JURÍDICOS DA SEPARAÇÃO DE FATO

Há pouco tempo, para que houvesse a oficialização da separação, os cônjuges deveriam buscar intervenção judicial para concretizar a ruptura das núpcias, mediante prévia separação judicial ou extrajudicial,

com a posterior conversão em divórcio, fosse ele judicial ou extrajudicial. De outra forma, caso desejassem, poderiam, em vez de converter em divórcio, aguardar o prazo de dois anos da separação de fato para que fosse providenciado o divórcio direto (MADALENO, 2021, p. 109). Ocorre que a separação de fato deixou de ser requisito alternativo para o divórcio e, juntamente com o aperfeiçoamento do procedimento de divórcio (LÔBO, 2021, p. 74), bem como com a entrada em vigor da Emenda Constitucional 66/2010 (BRASIL, 2010), passou a haver uma flexibilização, diminuindo os pedidos de separação, mas sendo reconhecida a separação de fato como mecanismo de pôr fim a alguns efeitos pessoais e patrimoniais condicionados aos cônjuges, como, por exemplo, o fim dos reflexos dos regimes de bens.

Tem sido cada vez mais corriqueiro o término de relações conjugais, o que culmina no aumento do número de divórcios, assim como dissoluções de união estável. Conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2019, a pesquisa Estatísticas do Registro Civil “apurou 383.286 divórcios concedidos em 1ª instância ou por escrituras extrajudiciais” (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2019, p. 5). Tal cenário suscita a reflexão acerca das consequências que dele decorrem.

A celeuma quanto à permanência do instituto da separação no ordenamento jurídico brasileiro é muito recorrente, uma vez que este não põe fim ao vínculo matrimonial, como faz o divórcio. Ainda, é caracterizada como uma questão controversa, tendo em vista que não houve uma revogação expressa ou tácita dos dispositivos presentes no Código Civil e no Código de Processo Civil de 1973 – o qual foi substituído em 2015 –, trazendo disposições específicas para a separação litigiosa, bem como para a consensual, em seus artigos 693 e 731 e seguintes, respectivamente (TEIXEIRA; TEPEDINO, 2021, p. 162). Assim, muito embora a separação de fato não tenha sido elencada como uma causa dissolutiva ou terminativa do casamento, seu estudo é de extrema relevância, haja vista os efeitos decorrentes da cessação da convivência.

Hodiernamente, quando os consortes decidem por não mais dividir a vida, uma das primeiras decisões é deixar o imóvel compartilhado pelo então casal. Diante disso, a separação acaba por caracterizar uma das formas de dissolução da sociedade conjugal, conforme dispõe o artigo 1.571, inciso III do Código Civil (BRASIL, 2003), o que desobriga a pessoa separada a atender as obrigações impostas a partir da celebração. No entanto, o vínculo do casamento somente encerra com o divórcio, nos termos do artigo 1.571, § 1º do Código Civil (ROSA, 2020, p. 283). De

tal reflexão, extrai-se que, apesar de não estar reconhecido juridicamente o término do casamento, já não há mais a dita “constância do casamento” quando da separação de fato. “Constância de casamento equivale à coabitação, restando destituído de existência real e concreta uma vida de dois sem nenhuma comunhão efetiva de vida, o que lhe retira o sentido e a razão de conjunto de interesses materiais” (MADALENO, 2021, p. 187). Assim, o impacto é a desnecessidade de se aguardar o fim do processo de divórcio ou da dissolução da união estável para que haja reflexos patrimoniais (CUNHA, 2021, p. 52-64), uma vez que carece de sentido aplicar regime de bens a duas pessoas que já não formam mais um casal (MADALENO, 2021, p. 187).

Naturalmente, quando se fala em matrimônio ou união estável, vem à tona a questão patrimonial. De maneira geral, o que fixa a relação dos consortes – tanto no casamento, quanto na união estável -, na esfera patrimonial, é o regime de bens (CUNHA, 2021, p. 52-64). O Código Civil impõe a necessidade de escolha de um regime específico ou estabelece que, na ausência de definição, será compulsoriamente adotado o regime legal supletivo, qual seja, a comunhão parcial de bens. Portanto, é inviável versar sobre a vida conjugal sem versar sobre patrimônio e, consequentemente, sobre regime de bens.

O regime de bens entre os cônjuges inicia somente a partir da data do casamento, conforme determina o artigo 1.639, §1º do Código Civil. Na união estável, por sua vez, o início do regime será com o início da convivência para aqueles que não firmarem contrato (ROSA, 2020, p. 217). De outro lado, conforme dispõe o artigo 1.575 do Código Civil, o fim do regime de bens depende de uma decisão judicial. No entanto, a maior parte da jurisprudência atual não aplica este entendimento, identificando o fim do regime de bens no momento da separação de fato, desfazendo-se, assim, os deveres conjugais, conforme Recurso Especial 1.065.209, sendo, portanto, a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil (2010).

Neste mesmo sentido é o Enunciado nº 02 do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM (2015), o qual refere que “a separação de fato põe fim ao regime de bens e importa extinção dos deveres entre cônjuges e entre companheiros.”

Corroborando tal reflexão, Tartuce (2021, p. 258) menciona que, apesar de a lei não referir que a separação de fato põe fim à sociedade conjugal, quando aquela ocorre, considera-se como finda a comunhão, razão pela qual devem ser considerados seus efeitos. Portanto, em que

pese não tenha sido elencado no ordenamento jurídico, é o que vem sendo adotado pelo Tribunal Superior.

Neste cenário, a separação de fato, conforme refere Teixeira e Tepedino (2021, p. 165), nada mais é do que uma situação que gera eficácia jurídica, ao passo que resta demonstrada a vontade dos cônjuges em não mais viver juntos, expressando, portanto, a liberdade de desconstituição da comunhão plena de vida, gerando efeitos em relação ao fim dos deveres do casamento, sendo, ainda, um marco final do regime de bens. Assim, é uma separação de corpos, sem que haja a formalização da separação, isto é, o casal deixa de compartilhar a vida em comum, antes de haver a dissolução da união estável ou o divórcio. Para caracterizar a separação de fato, deve ser observado um elemento objetivo, qual seja, a falta de coabitação entre os cônjuges; além do elemento subjetivo, sendo ele a necessidade de demonstração pelos cônjuges de dar como encerrada a vida em comunhão (LIMA, 2002, p. 2-3).

Percebe-se, dessa forma que, com a separação de fato, diversos são os efeitos jurídicos - amparados, principalmente, no princípio da primazia da realidade. É posto fim aos deveres de fidelidade, de vida comum no domicílio conjugal, bem como ao regime de bens (TARTUCE, 2021, p. 258), nos termos do artigo 1.576 do Código Civil. Sendo assim, uma vez ocorrida a separação de fato, cessa o regime de bens, tendo em vista que “onde não há casamento ou união estável não pode haver regime de bens” (MADALENO, 2021, p. 187).

Ainda que a ruptura oficial do vínculo conjugal ocorra somente com a interferência judicial, não seria plausível condicionar os efeitos pessoais do casamento – como a cessação do dever de coabitação e de fidelidade recíprocos – ao procedimento formal de dissolução do vínculo, sob pena de causar diversas injustiças (MADALENO, 2021, p. 201). Nesse sentido, é possível o estabelecimento de união estável após a separação de fato, conforme o artigo 1.723, §1º do Código Civil. Tal possibilidade revela a razoabilidade do ordenamento jurídico, tendo em vista que não seria lógico reconhecer a separação de fato, sem que os ex-cônjuges estivessem desobrigados dos efeitos pessoais e patrimoniais deste instituto, uma vez que a separação perfaz a base afetiva da relação, cessando os efeitos jurídicos desta. Assim, os efeitos se deslocam do casamento para a união estável.

Outro efeito jurídico possível é a sub-rogação locatícia – prevista no artigo 12 da Lei de Locações de Imóveis Urbanos, Lei 8.245 de 1991 (BRASIL, 1991) - que consiste no direito que o cônjuge ou companheiro tem de manter a relação locatícia quando aquele que celebrou o contrato

se separou de fato e deixou imóvel. Nesse sentido, quem permanece na residência sub-roga-se no contrato, mantendo a relação locatícia.

Ainda, é reconhecida a permissão para contagem do prazo para usucapião conjugal, prevista no artigo 1.240-A do Código Civil, isto é, é reconhecida a possibilidade de o cônjuge ou companheiro permanecer morando no imóvel - após a separação de fato - usucapir, no prazo de 2 anos, a meação do outro sobre o imóvel único do casal. Aplica-se esse efeito apenas nos casos em que aquele que abandonou o lar não segue partilhando as despesas do imóvel e desde que a residência seja de propriedade do casal.

Por fim, a eficácia da separação de fato tem sido delimitada às hipóteses de configuração de união estável; definição de bens partilháveis quando ainda não realizado o divórcio ou separação, uma vez que atua como marco final do regime de bens; delimitação da extensão do bem de família após o rompimento fático da convivência conjugal; cessação da causa impeditiva da fluência do prazo prescricional prevista do artigo 197, I do Código Civil para iniciar o cômputo do prazo para prescrição aquisitiva do imóvel - artigo 1.240 do Código Civil (TEIXEIRA; TEPEDINO, 2021, p. 165).

Sendo assim, resta evidenciado que a separação de fato não constitui um estado civil - com efeito, muitas vezes pode haver uma confusão diante da situação tratada -, mas é uma separação fática e com efeitos próprios, sendo eles tanto pessoais, quanto patrimoniais.

3. LINHAS GERAIS SOBRE MANCOMUNHÃO E CONDOMÍNIO

Ao estabelecer matrimônio ou união estável, há uma série de efeitos, inclusive patrimoniais em relação aos nubentes e muitas vezes em relação a terceiros. Assim, “o aspecto patrimonial das relações matrimoniais nada mais é do que a natural consequência das múltiplas relações travadas pelos consortes entre si e com terceiros.” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 282). A preocupação com o patrimônio, tanto anterior quanto posterior ao casamento, portanto, é uma implicação automática deste.

Em síntese, a comunhão de vida entre marido e mulher⁴ é, também, a comunhão de interesses econômicos, razão pela qual o Código

4 Importante salientar que houve modificação na concepção de casamento através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o casamento civil homoafetivo, sendo aplicado o mesmo entendimento à união estável.

Civil regula o regime de bens (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 295), de modo a zelar pelas suas especificidades, tão necessárias e inerentes a qualquer relação conjugal. Todavia, para explorar este tema, devem ser examinados somente os regimes que possuem a copropriedade, quais sejam, a comunhão universal, comunhão parcial de bens e a participação final nos aquestos. Os bens estarão submetidos a diferentes estados, a depender da situação.

Diante da exposição feita até o momento, a conceituação do instituto da mancomunhão e condomínio se faz imperiosa, haja vista a controvérsia existente sobre o momento em que se dá por encerrado o estado mancomunial, para que passe a vigorar o condomínio.

A mancomunhão se revela como uma consequência especificamente dos regimes de bens (CUNHA, 2021, p. 52-64). É caracterizada, em linhas gerais, como a "mão comum", isto é, há uma única massa patrimonial. O estado mancomunial é aquele em que os bens se encontram durante a constância do casamento ou união estável, tendo seus efeitos cessados com o fim da comunhão. Ele é caracterizado, por Teixeira e Tepedino (2021, p.137) como bens não divisíveis, ou seja, não há uma divisão de fração ideal específica em relação a cada um dos consortes.

Nesse sentido, o instituto da mancomunhão resta identificado quando os bens são considerados como um todo, assim como a posse e propriedade (CARVALHO, 2020, p. 441), não sendo possível determinar, em percentual, o patrimônio de cada consorte.

De outro lado, no condomínio há uma fração ideal já estabelecida para cada cônjuge, ou seja, diante da cotitularidade, existe a possibilidade de alienação da parte ideal, diferente do que ocorre na mancomunhão. Quando o condomínio advém do estado mancomunial, ele é considerado condomínio eventual ou incidente, uma vez que sua natureza não decorre da convenção e vontade dos condôminos de serem coproprietários, decorre da dissolução do vínculo matrimonial ou da união estável (BEZERRA, 2020).

Ainda, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 1.315 do Código Civil, presumem-se iguais as partes dos condôminos. Ou seja, não há necessidade de haver sido partilhado o bem para saber, ao certo, a fração de cada um, tendo em vista a presunção suprarreferida.

Portanto, a principal diferença entre o estado mancomunial e o condomínio é que, durante o primeiro, os bens não podem ser alienados, uma vez que constituem uma única massa patrimonial, configurando a chamada "mão comum", isto é, os bens pertencem igualmente a cada um dos consortes, havendo o *direito* à parte ideal de cada um deles. Já no

segundo, há não só o direito, como também a fração da parte ideal já destinada aos ex-cônjuges – ainda que presumida -, razão pela qual é possível a alienação da quota parte pertencente ao consorte, haja vista serem coproprietários do bem.

Compreende-se, à vista disso, quando há mancomunhão e quando resta reconhecido o condomínio. Além disso, sabe-se, uma vez encerrada a comunhão, quando há a conversão dos bens - que se encontram no estado mancomunial - para condomínio. Nada obstante, a dúvida que surge é: em que momento é considerado que já não há mais a comunhão?

A fim de responder tal questionamento, necessário o exame dos institutos supradefinidos, de modo a entender seu papel quanto ao fim da comunhão.

Conforme se extrai do artigo 1.683 do Código Civil “na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência”, isto é, o regime de bens irá vigorar até o momento em que cessar a comunhão. Nessa perspectiva, tem-se que a mancomunhão é um estado em que o patrimônio dos cônjuges permanece em comum pela imposição das regras dos regimes de bens, portanto a mancomunhão deve permanecer tão somente enquanto o regime estiver vigente (RABELO; RANGEL, 2014, p. 281-292). Após, deve ser considerado que os bens estão em condomínio.

Posto isso, tendo em vista que a mancomunhão ocorre em razão dos bens partilhados adquiridos em virtude do regime de bens – comunhão universal, comunhão parcial ou participação final nos aquestos (ROSA, 2020, p. 314) –, diante da cessação do regime de bens, naturalmente o estado mancomunial cessa, passando ao estado de condomínio entre os bens dos ex-cônjuges, uma vez que neste há a fração (TEIXEIRA; TEPEDINO, 2021, p. 137) individualizada de cada condômino – ex-cônjuges -, permanecendo, ainda, sobre os bens, a propriedade comum, mas com aplicação das regras inerentes ao condomínio.

4. APLICAÇÃO DO ALUGUEL À LUZ DO ARTIGO 884 DO CÓDIGO CIVIL DIANTE DA UTILIZAÇÃO EXCLUSIVA DO BEM COMUM POR UM DOS CÔNJUGES

A separação faz parte de um cenário atual e recorrente dentre os casais. Diante deste contexto, assim como já tratado alhures, acaba por ser mais comum o divórcio, a dissolução da união estável, assim como a

separação de fato. Não obstante, consoante o diploma civil, o fim do casamento e a dissolução da união estável ocorra com a lavratura da escritura ou com a sentença judicial, sabe-se que, não raras as vezes, o fim do casamento, de forma prática, ocorre antes mesmo de qualquer iniciativa processual, mas com a separação de fato.

Uma vez impraticável a convivência e, diante da viabilidade de uma separação de fato, surge a ânsia de um dos cônjuges deixar o lar, ao passo que o outro permanece no domicílio. Quando há a ocorrência deste fato, tem-se o uso do bem comum do casal de forma exclusiva por um dos ex-consortes, posto que, com a ruptura do desejo em manter a comunhão, também já não se tem mais o desejo de coabitação.

Nessa toada, uma vez que o cônjuge deixa o lar, experimenta despesas com o aluguel, ou até mesmo a compra de uma nova propriedade onde passará a residir. Sendo assim, à medida que um dos consortes permanece no imóvel antes compartilhado - com as despesas hodiernas -, o outro, além dos custos que a mudança acarreta, também passa a arcar com despesas que não estavam em seu orçamento previamente.

Em que pese haja a utilização exclusiva do bem comum por um dos cônjuges, tal fato deve ser precedido da separação de fato do casal; ou da separação judicial sem que tenha havido o divórcio/dissolução da união estável; ou da existência do divórcio/dissolução da união, mas sem ter ocorrido a partilha; ou da existência do divórcio/dissolução da união, sendo determinada a partilha, mas sem sua ocorrência; ou da existência de pedido judicial para a dissolução do condomínio sem que tenha sido efetivado até o momento (CUNHA, 2021, p. 52-64).

Uma vez caracterizada uma das hipóteses supra, passa a vigor o estado de condomínio, em que, conforme o já mencionado artigo 1.315 do Código Civil, a presunção é de que os condôminos dispõem de partes iguais. Sendo assim, não seria plausível que um dos consortes usufruísse de 100% do bem, ao passo que o outro estaria sendo tolhido de seu direito, sendo, ainda, submetido a novas e altas despesas.

Logo, analisada a utilização exclusiva do bem comum por um dos consortes, compreende-se a necessidade de explorar a possibilidade ou não de fixação de locativos em face deste, a título de indenização.

A temática se assevera na medida em que nem a jurisprudência, tampouco a doutrina possui um posicionamento único, uma vez que não há um consenso se o imóvel, após a separação de fato e enquanto não ocorrida a partilha, se encontra em mancomunhão ou em condomínio.

A situação fática é, com efeito, a de que o coproprietário que se retirou do domicílio exige seja fixado aluguel mensal pelo uso exclusivo do imóvel pelo ex-parceiro, alegando a incidência do enriquecimento sem causa. De outro lado, o cônjuge que detém a posse exclusiva do bem defende que, enquanto não efetuada a partilha, os bens permanecem em estado de mão comum, razão pela qual inexistente condomínio e, conseqüentemente, a possibilidade de fixação de aluguel (MADALENO, 2021, p. 363).

Diante de tal situação, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul vem aplicando o entendimento já consolidado no sentido de que não subsiste direito à fixação de locativos em benefício do consorte que deixou o imóvel comum, uma vez que, antes de realizada a partilha, os bens estão em estado de mancomunhão, o que não gera direito à contraprestação, tendo em vista que o bem pertence a ambos os cônjuges ou companheiros.

Nesta perspectiva é o julgamento da Apelação Cível nº 70085144905 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2021), assim como muitas outras, a qual foi julgada na forma monocrática pelo Desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro, referindo, sobretudo, que o uso exclusivo do bem não gera direito à contraprestação pecuniária, haja vista não possuir definição quanto à parte que toca cada um dos consortes, havendo a mancomunhão sobre os bens. Ainda, colaciona outras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, as quais referem, da mesma forma, que a fixação de aluguel pelo uso exclusivo de imóvel comum é descabida, haja vista os bens estarem no estado de mão comum, pois não foi realizada a partilha, razão pela qual o uso exclusivo não gera o direito aos locativos, muito menos a ocorrência de enriquecimento sem causa.

Em contrapartida, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça foi instada a tratar do tema no Recurso Especial 1.250.362/RS (BRASIL, 2017), de Relatoria do Ministro Raul Araújo, no qual foi suscitada a divergência das decisões desta Corte, tendo em vista que, ao passo que havia muitas decisões no sentido de assentar a possibilidade de fixação de indenização pelo uso exclusivo de imóvel comum por um dos ex-consortes, também existiam muitas consignando a indenização à realização da partilha.

No julgamento do Recurso especial 1.250.362, o Ministro Raul Araújo (BRASIL, 2017), Relator, defende que, ainda que o bem pertença ao casal, o fato de não ter sido realizada a partilha não representa empecilho automático ao pagamento de indenização pelo uso exclusivo do bem, sob pena de gerar enriquecimento ilícito.

Outrossim, ainda menciona que admitir indenização antes de realizada a partilha possui o cunho de evitar que a efetivação desta seja prorrogada por anos, relegando para um futuro incerto o fim do estado de litígio que pode haver entre o ex-casal. Portanto, também existe preocupação com o *periculum in mora* e o dano que essa situação pode causar aos consortes. Ou seja, não permitir o arbitramento de locativos sob a justificativa de que a partilha ainda não ocorreu, se estaria indo ao encontro do que é vedado pelo artigo 884 do Código Civil, uma vez que o cônjuge que está no uso exclusivo do bem viola o princípio da proibição do enriquecimento sem causa.

Ainda, importante destacar que se trata também de um debate acerca da posse do bem, ou seja, a controvérsia reside no discernimento entre quem está na posse exclusiva do bem comum, não se tratando, tão somente, da propriedade comum ou exclusiva – mancomunhão ou condomínio -. Nessa perspectiva, o fato gerador da indenização não é a propriedade, mas sim a posse exclusiva do bem no caso concreto.

Nesse mesmo sentido refere a Ministra Nancy Andrichi (BRASIL, 2017) quando menciona, em seu voto, que a discussão vai além, ou seja, ela trata também da relação de posse no que tange ao patrimônio comum, apontando a necessidade de indenizar, de forma proporcional, o cônjuge que não usufrui do bem. Em outras palavras, a questão da posse/propriedade é de suma importância, sendo que essa distinção colabora para a determinação quanto à obrigação em arcar com locativos.

Em seu voto, a Ministra Maria Isabel Gallotti (BRASIL, 2017) traz que a comunhão de bens pressupõe que ambos os cônjuges possam usufruir do patrimônio, de modo que um deles não pode pretender exclusividade em sua utilização. Isto é, caso um dos consortes pretenda gozar de maneira exclusiva de bem comum, é necessário que haja uma contraprestação em benefício do outro que está tendo seu direito tolhido, caso contrário, restaria configurado o enriquecimento sem causa. Ainda, menciona que se após a separação o imóvel comum é utilizado somente por um dos ex-parceiros – tratando neste ponto somente em relação à separação de fato -, o prejuízo passível de indenização é a impossibilidade de um dos consortes utilizar o bem em decorrência de impedimento causado pelo outro.

De forma contrária, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (BRASIL, 2017) menciona que a escolha pessoal de um dos cônjuges de deixar o imóvel comum não caracteriza fato gerador para indenização, sob pena de onerar excessivamente aquele que permanece de boa-fé no imóvel.

Assim, não enseja conduta apta a configurar uma ilicitude por parte do consorte que usufrui do bem de forma exclusiva. Portanto, demonstra que “não há que se falar em prejuízo causado ao cônjuge que abdica gratuita e provisoriamente do direito de habitar no bem comum.”

À vista da divergência existente, ainda que não seja qualificado como precedente, foi dado provimento ao recurso, por maioria, vencidos os Ministros Villas Bôas Cuevas, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro, para reconhecer a possibilidade de fixação de indenização, a ser paga a partir da citação, sendo tal entendimento firmado e adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sendo assim, como consequência da análise do posicionamento de ambos os Tribunais, não obstante o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul seja embasado na imprescindibilidade de partilha para o reconhecimento do estado de condomínio, compreende-se que a inexistência de partilha não configura óbice para a fixação de locativos, desde que seja estabelecida a fração que toca cada um dos consortes – havendo a possibilidade de, quando da ausência de partilha, ser definida mediante análise do parágrafo único do artigo 1.315 do Código Civil -, na proporção de 50%.

Nessa mesma perspectiva, infere-se que o estado mancomunal se encerra com a separação de fato, ou seja, o fim da entidade familiar suprime a mancomunhão, uma vez que não seria plausível, segundo os parâmetros atualmente vigentes, admitir a concepção de prevalência da mancomunhão quando já não mais existe qualquer comunhão entre aqueles cônjuges/companheiros ante a separação de fato ocorrida (CUNHA, 2021, p. 52-64).

De maneira diversa, sendo o consorte retirante impedido de receber locativos, estaria configurado o enriquecimento sem causa, que nada mais é do que, conforme Miragem (2021, p. 72), o acréscimo ao patrimônio de alguém, sem que haja causa jurídica para esta aquisição. Em outras palavras e, aplicando à situação *in tela*, o enriquecimento sem causa estaria configurado quando da saída de um dos consortes da residência, concomitantemente à permanência do outro, de forma exclusiva, sem qualquer contraprestação em benefício daquele.

É, à vista disso, uma pretensão restitutória (MIRAGEM, 2021, p. 72), tendo em vista que o cônjuge que permanece na posse exclusiva do imóvel comum não teria direito a gozar de 100% dele. Nesse sentido, cabe a quem está na posse, restituir, a título de indenização, seu ex-parceiro, sob pena de caracterizar o enriquecimento sem causa, instituto vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Assim, uma vez

constatada a obrigação em indenizar *após* a separação de fato - ainda que não realizada a partilha -, infere-se a necessidade de fixação de um valor para tanto, caso contrário, estará caracterizado o enriquecimento sem causa, nos termos do suprarreferido.

Depreende-se, portanto, que, uma vez caracterizada a separação de fato, há o estado de condomínio e, eventual utilização exclusiva do bem comum, pendente de partilha, deverá ser indenizada por meio de pagamento de aluguel, sob pena de enriquecimento sem causa do possuidor (ROSA, 2020, p. 313), nos termos do artigo 884 do Código Civil (BRASIL, 2003)⁵, tendo em vista que o estado mancomunal já não vigora mais, o que impede a continuação de seus efeitos, razão pela qual, constatada a separação de fato, cessam os deveres conjugais e os efeitos do regime de bens, em respeito à vedação do enriquecimento sem causa (TEIXEIRA; TEPEDINO, 2021, p. 165).

6. CONCLUSÃO

Realizada, portanto, uma análise do tema abordado, compreende-se que, hodiernamente, o debate não se limita à possibilidade ou não de fixar locativos, ele trata do momento em que é possível tal fixação, se antes ou após a partilha do casal separado de fato.

Considerando que a separação de fato é uma situação que demonstra a vontade dos cônjuges em não mais viver juntos, expressando, dessa forma, a liberdade de desconstituição da comunhão plena de vida, gerando efeitos jurídicos em relação ao fim dos deveres do casamento, cessam, mormente, os reflexos dos regimes de bens, como vem sendo entendido desde há muito. Por consequência, a mancomunhão cessa de forma conjunta. Significa dizer que se já não há mais o intuito em dar continuidade ao matrimônio ou à união, uma vez separados, findos são os efeitos pessoais e patrimoniais. Diante disso, o estado mancomunal deixa de existir, alterando-se para o estado de condomínio, no qual os consortes serão proprietários na sua proporção, isto é, são coproprietários, cada um na sua fração ideal.

Uma vez compreendido que após a separação de fato está caracterizado o condomínio, entende-se que não é possível, tampouco razoá-

5 Art. 884: Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. (BRASIL, 2002)

vel que um dos consortes permaneça na posse do imóvel comum, em detrimento do outro. Não é plausível tolerar que o cônjuge ou companheiro, ao deixar o lar, arque com novas despesas de forma unilateral - como aluguel ou até mesmo a compra de uma nova residência -, enquanto o outro permanece usufruindo do bem comum sem qualquer contraprestação.

Nesse sentido é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, entendendo que, caso a utilização do bem comum dos ex-cônjuges seja realizada de forma exclusiva por um deles, é devida a contraprestação, a título de indenização, de modo a evitar o enriquecimento sem causa, uma vez que o consorte retirante estaria tendo seu direito tolhido.

Ao permitir a posse exclusiva do bem sem qualquer contraprestação, restaria caracterizado o enriquecimento sem causa, nos termos do artigo 884 do Código Civil, o que é vedado pelo ordenamento jurídico. O enriquecimento sem causa está definido quando há um acréscimo ao patrimônio de alguém, sem que haja causa jurídica tanto, ou seja, um dos cônjuges está sendo beneficiado, tendo em vista que não necessita arcar com as despesas que o cônjuge retirante é compelido a arcar.

Nesse sentido, ainda que haja múltiplos posicionamentos dentre os Tribunais, entende-se que o embasamento do Superior Tribunal de Justiça deve ser aplicado, com fundamento, precipuamente, no momento de encerramento do estado mancomunal, qual seja, o momento da separação de fato. Deve, portanto, diante da existência de condomínio, ser fixado aluguel em benefício do cônjuge retirante, de modo a evitar o enriquecimento sem causa daquele que permanece na posse exclusiva do bem comum.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Heitor Gonçalves de Moura Viera. **Da Conversão do Regime Mancomunal para o Condominial com o Término da Sociedade Conjugal ou União Estável**. Conteúdo Jurídico, 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55083/da-converso-do-regime-mancomunal-para-o-condominial-com-o-trmino-da-sociedade-conjugal-ou-unio-estvel>. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 ago. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional, Nº 66, de 13 de Julho de 2010.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em: 24 ago. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 30 ago. 2021

BRASIL. **Lei n. 8.245, de 18 de Outubro de 1991.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm. Acesso em: 6 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.065.209.** Recorrente: Virgínia Puglisi. Recorrido: Wilma Amaral Bernardinelli Puglisi - Espólio e Outro. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 08 jun. 2010. DJe 16 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.250.362.** Recorrente: A S C K. Recorrido: A C K. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 08 fev. 2017. DJe 20 fev. 2017

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70085144905.** Apelante: J.L.K. Apelado: L.W.K. Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro. Porto Alegre, 23 de jun. 2021, DJe 25 jun. 2021.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Lucro da intervenção e o uso exclusivo do imóvel do casal após a separação de fato. **Revista IBERC**, v. 4, n. 1, p. 52-64, 2021. Disponível em: <https://revistaiberc.emnuvens.com.br/iberc/article/view/153>. Acesso em: 22 ago. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias.** 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v.6.

GALLUCI, Fernanda Fernandes. Regimes de Bens do Casamento e Possibilidade de Arbitramento de Aluguel Entre os Cônjuges. **Revista de Direito de Família e Sucessões**, v. 3/2015, p 113-124, 2015.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** 22. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Enunciado 02 do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM**. S.d. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 24 ago. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil**. 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2019_v46_informativo.pdf. Acesso em: 24 ago. 2021.

LIMA, Maria Aparecida Singh Bezerra. A Separação de Fato Entre os Cônjuges e Seus Efeitos. **Revista Jurídica Cesumar**, Paranavaí, v. 2, n. 1, ago. 2007. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/430/349>. Acesso em: 30 ago. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil – Direito das Obrigações**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 5.

RABELO, Manoel Alves; RANGEL, Rafael Calmon. Do Arbitramento de Aluguéis Pelo Uso Exclusivo da Coisa Comum Pelos Cônjuges e Companheiros. **Revista e Direito Privado**, v. 58/2014, p. 281-292, 2014.

RAMOS, André Luiz Arnt. Uso Exclusivo de Coisa Comum Não Partilhada: A Relevância Decisiva da Posse Segundo o Acórdão que Julgou o REsp 1.250.362/RS. **Revista Eletrônica OAB/RJ**, Rio de Janeiro. Edição Especial, Direito Civil. S.d. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2018/05/OAB-RJ-ARNT-RAMOS-Uso-exclusivo-de-coisa-comum-nao-partilhada-a-relevancia-da-posse-segundo-o-REsp-1250362-RS.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2021.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021, v.5.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, v.6.

A REPARAÇÃO INTEGRAL NOS CASOS DE RACISMO: UMA ANÁLISE DO CASO CARREFOUR¹

EDUARDO GONÇALVES SPITALIERE²

LAURA VOGADO LIMA³

1. INTRODUÇÃO

O chamado “caso Carrefour”, objeto deste artigo, diz respeito à morte de João Alberto Freitas nas dependências do Supermercado Carrefour Passo d’Areia. O caso, que causou grande repercussão e revolta nacional e internacional, serviu de fundamento para diversos protestos em prol das vidas negras. Jornais internacionais (como *Washington Post*, *Le Monde* e *El País*) publicaram também matérias sobre o caso e sobre os protestos ocorridos em diversas cidades brasileiras.

O presente estudo busca analisar os critérios de reparação integral nos casos de racismo, a partir especialmente de estudo do caso Carrefour, ocorrido dia 19 de novembro de 2020, nas dependências de um dos supermercados da rede Carrefour em Porto Alegre, especialmente no que toca a adequação da reparação estabelecida. A relevância da pesquisa se caracteriza não apenas pela notoriedade do ocorrido, que repercutiu

1 Resultado de investigação desenvolvida no âmbito do Grupo de Pesquisa Processo e Constituição da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, sob a orientação do Prof. Dr. Handel Martins Dias.

2 Bacharelado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Bolsista do Grupo de Pesquisa Processo e Constituição da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Endereço eletrônico: eduardospitaliere@live.com.

3 Bacharelada em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Pesquisa Processo e Constituição da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Endereço eletrônico: laura.vogadolima@gmail.com.

inclusive internacionalmente, mas, em particular, pela análise da aplicabilidade dos parâmetros legislativos e jurisprudenciais de reparação integral nos casos de racismo.

O problema da pesquisa consiste em analisar a adequação do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado entre os órgãos públicos compromitentes e as empresas compromissárias, com a análise do que foi pactuado, dos valores e das obrigações de fazer estabelecidas a título de indenização, assim como se no caso houve efetiva reparação integral. O estudo adotará método lógico-dedutivo, abordado qualitativamente, com caráter exploratório, através de pesquisa bibliográfica prioritariamente, por meio de doutrina nacional e estrangeira, análise da legislação e jurisprudência pertinente ao delineamento das questões debatidas.

Para tanto, a pesquisa trata, em primeiro momento, dos protocolos nacionais e internacionais de combate ao racismo. No segundo tópico, abordar-se-á o princípio da reparação integral e o seu desenvolvimento pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Em terceiro lugar, os fatos ocorridos em novembro de 2020, que ocasionaram a morte do Sr. João Alberto Silveira Freitas. Por fim, no quarto ponto, serão abordadas as cláusulas de reparação estabelecidas no Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta entre as autoridades brasileiras e as empresas responsabilizadas.

2. NORMAS E DIRETRIZES SOBRE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO, AO RACISMO E À PROMOÇÃO DA DIVERSIDADE

Ao longo do último século, diversos avanços foram conquistados no que tange à proteção e valorização dos direitos humanos e formas de diminuição de práticas discriminatórias. Entretanto, sabe-se que o racismo⁴ está longe de ser erradicado, de modo que ressurge no decorrer do tempo e se apresenta sob novos aspectos e formas. O racismo atua como uma forma de desumanização do outro, de modo a desindividualizar, deslegitimar, objetificar e excluir as vítimas; tal prática ocorre em todos

4 Para Silvio Almeida, o racismo consubstancia-se em forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial a que pertençam. Articula-se com a segregação racial, ou seja, a divisão espacial de raças em localidades específicas. (ALMEIDA, 2018, p. 126-128).

os setores sociais, sejam mais ou menos escolarizados, e trata-se de um problema tanto antigo quanto atual.

No âmbito internacional, a Organização das Nações Unidas (ONU) desempenha papel fundamental no combate ao racismo, tendo editado os tratados mais relevantes sobre o assunto⁵. Os tratados sobre a questão, a seguir analisados, convergem para que haja um reconhecimento internacional do racismo e suas consequências, ao passo que são adotadas vertentes não somente repressivas (como modos de combate às práticas de racismo), mas, também, vertentes preventivas visando à promoção da igualdade (GOES, 1990).

Na avaliação de Silva, até 1959 a ONU atuou de modo meramente político e retórico no que tange ao combate ao racismo, visto que ausentes instrumentos normativos efetivos de combate às condutas discriminatórias. Passando a assumir outro papel em 1960, quando a luta contra discriminação ganha força, por vários fatores, como entrada de novos atores na ONU e o reaparecimento de atividades nazifascistas na Europa, promovendo um maior debate sobre o racismo (SILVIA, 2008).

Desde então, o combate ao racismo e ganhou especial enfoque, sendo fomentado por alguns movimentos, tais quais a luta pelos direitos civis dos negros norte-americanos, oposição ao colonialismo e fim do *apartheid* na África do Sul. Nesse ínterim, a Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) editou a Resolução n. 1.904/XVIII, sendo seguida pela promulgação da Lei dos Direitos Civis nos Estados Unidos. Por isso, a década de 1960 é considerada um marco no enfrentamento ao problema racial, na medida em que os instrumentos normativos que baseiam a proteção internacional da questão foram promulgados nesse período. Esta influência culminou na publicação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (GOES, 1990).

A citada convenção (adotada pela ONU em 1965) é integrante do núcleo do sistema especial de proteção aos direitos humanos. Tal sistema objetiva concretamente à proteção de sujeitos de direito específicos, historicamente situados, com suas especificidades e particularidades, ao

5 Encerrada a Segunda Guerra Mundial, a internacionalização da proteção aos direitos humanos e garantias individuais passou a ser tema recorrentemente posto em voga, diante das barbáries ocorridas. Nesse contexto surge o Sistema das Nações Unidas, para defender os direitos humanos sem distinguir raça, sexo, língua ou religião. Deste modo, pode-se falar na criação da ONU como marco fundamental à proteção contra discriminação e valorização dos direitos humanos, ocasionando, por conseguinte, a edição de instrumentos voltados à luta contra o racismo em diversos países.

contrário da proteção genérica, destinada a todos de forma abstrata. Desse modo, é construído um núcleo personalizado de proteção e direcionado a um grupo de pessoas vulneráveis, merecedoras de amparo especial (GUIMARÃES, 2021). Tal Convenção foi ratificada pelo Brasil em 1968, por meio do Decreto n. 65.810/1965, a fim de repelir quaisquer formas de racismo, e, inclusive, atribuindo ao Estado a responsabilidade de efetivar uma política de eliminação do racismo.

Com a mesma finalidade, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, preceituou que a discriminação racial se consubstancia em qualquer forma de “distinção, exclusão, restrição ou preferência [...] cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício [...] de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais”⁶. Trazendo ao Estado, de igual forma, o dever de “prevenir, eliminar, proibir e punir [...] todos os atos e manifestações de racismo, discriminação racial e formas correlatas de violência”⁷, de modo a desestimular e não financiar quaisquer atividades discriminatórias ou que promovam intolerância em qualquer medida.

A Declaração e Programa de Ação adotados na Terceira Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, realizou-se em 2001 em Durban, África do Sul, e representa um marco na luta contra o racismo em âmbito internacional. Na ocasião, afirmou-se a luta contra o racismo, discriminação racial e xenofobia, evidenciando a importância do respeito, tolerância e multiculturalismo. Reconheceu-se, ainda, a escravidão e o tráfico de escravos como tragédias horríveis, “não apenas por sua barbárie abominável, mas também em termos de sua magnitude, natureza de organização e, especialmente, pela negação de existência das vítimas”, constituindo crimes contra a humanidade. Por fim, estabeleceu-se formas de reparação, ressarcimento, indenização e outras medidas em níveis nacional, regional e internacional, bem como medidas de prevenção, educação e proteção a fim de erradicar o racismo e quaisquer formas discriminatórias.

De igual modo são as previsões dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos (Regras de Ruggie) que, embora genéricas (se comparadas às acima mencionadas) impõem

6 Artigo 1, 1. Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.

7 Artigo 4, caput. Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.

às Empresas a necessidade de respeito aos direitos humanos, inclusive os internacionalmente reconhecidos, abrangendo a proteção contra a discriminação racial.

No âmbito interno, o Brasil passou a estruturar de forma específica a proteção aos Direitos Humanos e, conseqüentemente, ao combate ao racismo. Essas modificações tiveram seu início na época pós regime militar. A Constituição Federal promulgada em 1988 trouxe consigo relevantes avanços, conferindo ao racismo a qualidade de crime inafiançável e imprescritível⁸. Ainda, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, as previsões internacionais sobre o tema assumiram patamar elevado no ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio do previsto no art. 5, § 3º, da Constituição Federal, segundo o qual: “os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional [...] serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A conjuntura brasileira de combate ao racismo, em linhas gerais, apresentou de modo mais evidente uma vertente repressiva, com foco na punição de práticas discriminatórias. Merece especial destaque a Lei Afonso Arinos (Lei n. 1.390/1951), precursora na luta contra o racismo no Brasil, aprovada em 1951, tornando contravenção penal a discriminação racial. Embora distante de uma previsão adequada, essa Lei trouxe à tona a discussão da questão. Em 1985, sob nova redação, estendeu-se aos atos resultantes de preconceito de raça, cor, sexo ou estado civil a característica de contravenção penal, a partir desta data, entra em vigor a Lei n. 7.437/1985, apelidada de Lei Caó⁹. Em 1989, diante de nova alteração, sobrevém a Lei n. 7.716/1989, determinando a pena de reclusão aos que cometessem atos de discriminação ou preconceito contra raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. A lei regulamentou o trecho que versa sobre a imprescritibilidade e inafiançabilidade do crime de racismo (GRIN; MAIO, 2013).

Em 2010, sobreveio a Lei n. 12.888/2010 instituindo o Estatuto da Igualdade Racial que, conforme disposto em seu art. 1º objetiva a “efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica”. Tal lei conceitua termos como “discriminação racial/étnico-racial”, “desigualdade racial”, “população negra”, “po-

8 Nos termos do art. 5º, inciso XLII da Constituição Federal brasileira, “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

9 Em referência ao Deputado Carlos Alberto Caó de Oliveira, autor da nova redação e que lutava pelo movimento negro.

líticas públicas”, necessários para construção de um sistema que não se limite a previsões genéricas e ineficazes, mas, sim, que possua um efetivo núcleo de proteção e enfrentamento a quaisquer tipos de discriminação.

A estruturação de um sistema que esteja à altura da enorme dimensão da problemática racial é muito complexa e permeada por desafios. Certo é que os Estados devem visar, cada vez mais, à erradicação do racismo, coibindo e punindo quaisquer práticas discriminatórias, bem como devem promover políticas públicas para efetivar os direitos humanos garantidos tanto pelo ordenamento jurídico nacional quanto pelas normas internacionais. A construção de mecanismos aptos a combater práticas discriminatórias, no entanto, não se resume a instrumentos penais, sendo a reparação integral do prejuízo sofrido pelas vítimas fundamental instrumento no processo de combate ao racismo, especialmente com a instituição e custeio pelos infratores de políticas de reeducação e combate às práticas ilícitas.

Desse modo, embora imprescindível a tutela dos direitos à não discriminação pela via penal, de igual modo é fundamental a tutela pela via cível, especialmente com a busca de mecanismos de erradicação do racismo.

3. A ESTRUTURA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL

A reparação integral, enquanto princípio estruturante da noção de responsabilização e correção de violações a direitos e liberdades, consiste na tentativa de, na medida do possível, restaurar a situação vigente antes do evento causador do dano ilícito (SANSEVERINO, 2010).

No plano internacional, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em seu artigo 41, estabelece que se o Tribunal Europeu entender ocorrida determinada violação a Convenção ou aos seus protocolos e se o direito interno da nação pactuante não garantir adequada reparação, poderá ser estabelecida satisfação equitativa à parte lesada. O conceito de satisfação equitativa, segundo Gamboa (2013), é interpretado pelo Tribunal de forma restritiva, gerando na maioria dos casos mera decisão no sentido de determinar justa indenização no foro interno do país, sofrendo diversas críticas por não garantir reparação mais ampla a violação de direitos.

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), a jurisprudência da Corte Interamericana adota interpretação substancialmente mais abrangente do artigo 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o qual determina que a ocorrência de violação a di-

reito ou liberdade protegido pela Convenção será restaurado por ordem que assegure o gozo integral do bem jurídico, bem como sejam reparados os prejuízos decorrentes do fato violador, com o pagamento de justa indenização ao lesado.

A Corte Interamericana se destaca entre os tribunais internacionais no tema da reparação integral, influenciando efetivamente nos processos de direitos humanos no continente (GAMBOA, 2013). Segundo a interpretação conferida pela Corte ao citado artigo 63.1, a reparação integral pode decorrer de danos materiais ou extrapatrimoniais por meio de: (i) investigação dos ocorridos; (ii) restituição dos direitos, bens e liberdades; (iii) reabilitação física, psicológica ou social; (iv) satisfação através de atos em benefícios das vítimas; (v) garantias de não repetição dos ocorridos violadores; (vi) indenização compensatória por dano material ou imaterial (GAMBOA, 2013).

Nessa dimensão, a reparação integral deve ser compreendida dentro do binômio dever-direito, isto é, como obrigação de reparação do agente causador do dano e direito fundamental da vítima em receber a adequada reparação em face do dano sofrido (GAMBOA, 2013). Como referem Carrá e Dantas Bisneto, precedentes assentados pela Corte, como o caso *Caracazo v. Venezuela*, foram essenciais ao desenvolvimento do conceito de reparação integral, não se restringindo à mera indenização patrimonial do dano, mas condenando o Estado a realização de obrigações de fazer, tais como apuração de notícias de desaparecimento, capacitação das forças armadas e publicação da sentença em jornais (CARRÁ; DANTAS BISNETO, 2020).

No plano brasileiro, destaca-se a doutrina de Sanseverino, para quem, na linha do exposto sobre a jurisprudência da Corte Interamericana, a reparação integral pelo dano pode ocorrer por meio de indenização pecuniária ou de medidas que busquem restaurar o *status quo ante* o evento danoso (SANSEVERINO, 2013). No direito brasileiro vigora, na linha do direito francês, o princípio *tout le dommage, mais rien que le dommage*, ou seja, que devem ser reparados todos os danos, mas nada além disso. Assim, a reparação deve respeitar os estritos limites do dano causado, não podendo gerar indenização desproporcional, sob pena de configurar enriquecimento ilícito (GARRIDO, 2013)¹⁰.

Ainda, Sanseverino entende que subsistem restrições ao princípio da reparação integral, tais como a cláusula geral de redução de indenização

10 O enriquecimento ilícito, segundo a legislação brasileira, constitui no enriquecimento às custas de outrem sem a caracterização de causa jurídica adequada (art. 884 do Código Civil).

por excessiva desproporção entre a culpa e o dano, prevista no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil brasileiro (SANSEVERINO, 2010). No ponto, afirma que, se de um lado a reparação integral constitui garantia da vítima do dano sofrido, de outro lado eventualmente pode penalizar excessivamente o causador da violação, desrespeitando o dever de proporcionalidade entre a culpa do agente e a reparação necessária (SANSEVERINO, 2010).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao longo das últimas décadas vem paulatinamente incorporando e harmonizando método com a finalidade de precisar o modo de reparação dos danos, especialmente aqueles de caráter extrapatrimonial. O chamado método bifásico foi mais bem delimitado no Recurso Especial n. 1.152.541/RS, em que se buscou sistematizar o arbitramento da indenização. A metodologia, firmada no precedente, estabelece que a indenização deve se pautar no interesse jurídico lesado (primeira fase) e nas circunstâncias do evento danoso (segunda fase).

No primeiro momento, fixa-se o valor base da indenização a partir da análise dos precedentes relativos ao tema do bem jurídico ofendido no caso, garantindo o tratamento semelhante em casos análogos e cumprindo uma exigência de justiça comutativa. No segundo momento, procede-se com o arbitramento definitivo da indenização, com base na análise das circunstâncias do caso, devendo as cortes observarem como parâmetros: (i) a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano); (ii) a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente); (iii) a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima); (iv) a condição econômica do ofensor; e (v) as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica).

Desse modo, o Tribunal Superior busca atingir meio termo entre os métodos do arbitramento, que pode gerar inseguras e arbitrariedades judiciais, e do tarifamento legal, que pode causar injustiças ao não considerar as particularidades do caso concreto¹¹. Com o método bifásico, a indenização é balizada pelos precedentes sobre o tema, mas ajustável ao caso concreto, equalizando a exigência de justiça do caso concreto com o dever de isonomia entre casos similares.

11 O método do arbitramento, comumente utilizado no Brasil, consiste em deixar na discricionariedade judicial a decisão sobre valor da indenização, permitindo que esta adeque-se as especificidades do caso concreto, mas gerando insegurança jurídica. Por outro lado, o tarifamento legal, consiste em a lei estabelecer previamente a indenização a ser concedida em cada evento danoso, garantindo que se saiba com certeza o valor da indenização, mas podendo gerar injustiças em determinadas situações.

No campo da doutrina, Carrá e Dantas Bisneto destacam a importância de que a reparação de violações a direitos não ocorra unicamente no campo pecuniário, mas integre da mesma forma reparações não financeiras. Embora reconheçam que no campo do dano extrapatrimonial a recomposição do bem violado jamais ocorrerá de forma plena, isto é, jamais se restituirá a situação anterior, ressaltam a importância de combinar ambos os tipos de indenização para garantir a adequada reparação do dano (CARRÁ; DANTAS BISNETO, 2020).

Ademais, em alguns casos, o arbitramento de mera indenização patrimonial, diversas vezes fixada em valor aquém do adequado para reparar a violação de direitos, pode estimular o cometimento de violações sistemáticas, porquanto pode ser mais vantajoso financeiramente ao agente violador cometer o ilícito e, em seguida, realizar o pagamento pecuniário do que adotar mecanismos que impeçam a violação de direitos. Desse modo, a combinação das modalidades de indenização *in natura* e financeira constituir o mais efetivo meio de reparação integral do dano causado (CARRÁ; DANTAS BISNETO, 2020).

Por isso, mostra-se fundamental que, para além de critérios legais ou jurisprudenciais, a reparação integral deve se pautar sempre pelo adequado exame do dano patrimonial ou extrapatrimonial causado, incumbindo ao juiz do caso verificar e delimitar adequadamente as circunstâncias ensejadoras do dano e a sua extensão. Somente com base na real compreensão do dano causado e da culpa ou dolo do agente causador, poderão ser estabelecidas as condições apropriadas para que a reparação do dano seja integral. Em delimitado o dano, é fundamental que a indenização igualmente seja pautada pelas circunstâncias concretas do caso.

Por isso, é essencial que o juiz do caso concreto atente e delimite adequadamente as particularidades do caso e as suas semelhanças com os casos anteriores decididos sobre o tema, permitindo que a decisão não seja incompatível com o sistema de justiça, mas também não seja inadequada às particularidades da situação. Somente com base nisso, se pode garantir a efetiva reparação do dano,

4. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DE FATO DO CASO CARREFOUR

Em 19 de novembro de 2020, os seguranças do Supermercado Carrefour Hipermercado Passo d'Areia, em Porto Alegre, no Sul do Brasil o Sr. João Alberto Silveira Freitas, foi espancando até a morte. João Alber-

to estava sendo vigiado pelos seguranças desde o momento que entrou no supermercado. A vigilância se deu através de acompanhamento físico, ficando a equipe de seguranças extremamente próxima à vítima. Quando foi, juntamente a sua esposa Milene, pagar pelas mercadorias que escolhera, os fiscais do estabelecimento o cercaram ostensivamente.

Após a compra das mercadorias desejadas, sem motivos que enejassem tal comportamento, os seguranças acompanharam com extrema proximidade a trajetória da vítima rumo à saída. Conforme registrado pelas câmeras de vídeo do supermercado, quando João Alberto iniciou a descida pela escada rolante que leva ao estacionamento, nitidamente desconfortável com o comportamento ostensivo e desproporcional do grupo de fiscais, a vítima adiantou-se, numa clara tentativa de afastamento da situação imotivadamente constrangedora à qual estava sendo submetido. Não obstante, os seguranças acusados apressaram seu passo para que não se afastassem de João Alberto enquanto ele se dirigia à saída.

Quando João Alberto estava saindo do supermercado através da porta que levava ao estacionamento, um dos seguranças, em nova atitude de constrangimento, aproximou-se mais ainda da vítima, dirigindo a ela admoestação em tom provocativo. Diante dessa provocação imotivada a João Alberto inicia-se um embate físico entre os dois. Ato contínuo, outro segurança começou a agredir a vítima, e passaram a atuar de modo extremamente violento e desproporcional. Os atos de violência abusiva praticados, desde o início se demonstraram passíveis de ferir não somente a integridade física da vítima, mas de pôr também em risco sua vida. Em virtude da agressão intensa à qual foi submetido, João Alberto faleceu¹².

Os seguranças foram denunciados pelo crime de homicídio doloso, qualificado por se tratar de motivo torpe, por meio cruel e com recurso que dificultou a defesa da vítima, sanções previstas no artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV do Código Penal.

Em resposta ao caso, havia quatro inquéritos civis, um processo de Assistência Judiciária da Defensoria Pública da União e, ainda, uma Ação Civil Pública. Após a abertura dos mencionados inquéritos e processos judiciais, chegou-se ao consenso de que os acontecimentos decorrem de atos racistas, e que, para além dos seguranças terceirizados, as empresas Carrefour Comércio e Indústria LTDA., Comercial de Alimentos Carrefour LTDA. e Atacadão S.A. eram responsáveis pelos fatos, devendo ser responsabilizadas na esfera cível a reparar os danos causados.

12 Descrição do fato retirada do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), Denúncia oferecida pelo Ministério Público e Ação Civil Pública proposta pela Defensoria Pública.

Com base nisso, ao invés de se proceder com a tramitação dos inquéritos e ações judiciais em separado (o que poderia acarretar decisões eventualmente conflitantes sobre a natureza e o enquadramento jurídico dos fatos, bem como reparações desconexas e incompatíveis entre si) os envolvidos¹³ lograram pactuar Termo de Ajustamento de Conduta¹⁴. Assim, com a sua celebração, foram arquivados e encerrados definitivamente todos os inquéritos e ações judiciais existentes, liberando os compromissários com relação a qualquer obrigação, responsabilidade ou valores pelos quais pudesse ser responsabilizado em virtude do ocorrido.

Ao ser abordado no TAC, o fato é caracterizado como racismo estrutural, conceituado no documento como um conjunto ordenado e sistematizado que objetiva a perpetrar uma hierarquia social, mediante dominação, privilégios exclusivos, relações de poder e submissão, que independem de manifestações individuais de racismo, porque se encontra na base da vida, seja política, econômica, social ou jurídica. Inicialmente, são descritas as funções do Estado enquanto garantidor e protetor dos direitos humanos, tais como a prevenção e erradicação do racismo estrutural, bem como do racismo direto e indireto. De igual forma, reforça a necessidade de serem coibidas práticas e abordagens desproporcionais, sendo este um dever tanto do Estado quanto das empresas. Fica evidenciada, também, a necessidade de que haja um engajamento maior das empresas privadas (tanto brasileiras quanto transnacionais) no combate ao racismo estrutural, não apenas em demonstrações públicas e campanhas de marketing, mas com a diversidade em seus quadros de funcionários e com o incessante combate ao racismo no ambiente corporativo e empresarial.

13 O Termo de Ajustamento de Conduta foi firmado entre Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Ministério Público do Trabalho, Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, como Compromitentes e Carrefour Comércio e Indústria LTDA., Comercial de Alimentos Carrefour LTDA. e Atacadão S.A., como compromissários. Figuraram como terceiros interessados o EDUCAFRO – Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (organização não governamental) e Centro Santo Dias de Direitos Humanos (associação civil sem fins lucrativos).

14 O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) é um meio extrajudicial de solução de conflitos. Trata-se de documento utilizado (predominantemente) pelo Ministério Público a fim de que o compromissário assuma o dever de reparar, de alguma forma, o direito violado. Configura meio diferenciado de transação, cabível excepcionalmente - apenas nos casos expressamente autorizados em lei, no intuito de permitir que o violador de direitos adequue sua conduta ao previsto pelo órgão público. (SADDY; GRECO, 2015).

Diante disso, as premissas que embasam a celebração do TAC são as de que foi caracterizado abuso e descaso com a integridade física e moral de vítima, o que explica pelo sentimento de desconsideração, desumanização e desprezo demonstrado por ela, decorrente de uma visão preconceituosa, em muito relacionada a sua cor e situação socioeconômica. Considerando que a conduta dos seguradoras foi motivada pelo racismo estrutural, a lesão não é somente da vítima, mas da sociedade como um todo, de modo que a adequação dos compromissários às medidas acima enunciadas se mostra como uma tentativa de minimizar e reparar o dano sofrido.

5. ANÁLISE DAS CLÁUSULAS REPARATÓRIAS E DE SUA ADEQUAÇÃO PARA GARANTIR A REPARAÇÃO INTEGRAL DOS DANOS

Conforme apontado no tópico anterior, foram abertos diversos inquéritos, de natureza cível e penal¹⁵, e processos judiciais, para apurar os fatos que levaram à morte do Sr. João Alberto Silveira Freitas. Os procedimentos instaurados por diversas instituições de estado, possuíam como finalidade averiguar o cometimento de ilícitos cíveis e penais, assim como a motivação dos ocorridos.

No Termo, ajustou-se diversos protocolos a serem adotados pelas empresas e seus terceirizados para combater práticas de cunho racista ou discriminatório dentre seus quadros, assim como diversas cláusulas de indenização para custeio de bolsas de estudo, desenvolvimento e capacitação de funcionários negros das empresas, entre outros. O plano de combate à discriminação foi dividido em 5 (cinco) eixos: (i) condições gerais; (ii) medidas atinentes aos protocolos de segurança; (iii) medidas gerais de prevenção e tratamento de denúncias; (iv) medidas no âmbito das relações de trabalho; (v) medidas no eixo sociedade.

Na primeira parte, estabeleceu-se que o plano será voltado a reforçar medidas de cunho protetivo, de prevenção e de combate ao racismo e à discriminação na esfera das empresas. Em seguida, parametrizou-se diversas diretrizes, tais como a capacitação e treinamento para os funcionários e terceirizados das empresas, regras de acolhimento aos

15 No direito brasileiro, os inquéritos de natureza penal buscam averiguar fatos que possam ser tipificados como crime, enquanto que os inquéritos de natureza cível investigam ocorridos que possam configurar ilícitos de natureza não penal, como ilícitos civis, administrativos, ambientais, entre outros.

clientes, de respeito aos direitos humanos, de promoção da diversidade e combate à discriminação.

Ainda, pactuou-se que as empresas deverão revisar e publicar sua política #eupraticorespeito, devendo seguir como parâmetro (i) o Decreto n. 9.571, de 21 de novembro de 2018, o qual estabelece normas gerais sobre respeito aos direitos humanos em âmbito empresarial; (ii) a adoção de protocolos objetivos e públicos de segurança, os quais não podem extrapolar o poder conferido a gestão privada e devem possuir fundamento legal, devendo respeitar, ainda, as atribuições das forças policiais do Estado em casos extremos, assim como garantir o atendimento do serviço de saúde de emergência (SAMU) para os eventuais lesados; (iii) divulgar as medidas adotadas pelas empresas; e (iv) proibir expressamente a prática de qualquer atitude que despreze direitos humanos.

No terceiro ponto do plano, previu-se a atualização do Código de Ética e Conduta das empresas, visando a reforçar de modo objetivo o combate a práticas discriminatórias, além da adoção de práticas não discriminatórias em contratos celebrados pelas empresas; e o reforço aos canais de denúncia a práticas racistas.

Na quarta parte, tratou-se das medidas relacionadas ao ambiente de trabalho, estabelecendo que a empresa se absterá e adotará no plano de trabalho medidas de combate ao racismo e visando à eliminação de condutas discriminatórias entre seus empregados e/ou prestadores de serviço terceirizados, inclusive proibindo procedimentos que possam humilhar os empregados, ou expô-los ao ridículo, garantindo-lhes tratamento digno.

Por fim, no quinto tópico do plano, detalhou-se as indenizações pecuniárias que serão arcadas pelas empresas, que totalizarão cento e quinze milhões de reais, sendo (i) sessenta e oito milhões de reais destinados a concessão de bolsas de estudos para pessoas negras em cursos de graduação e pós-graduação; (ii) seis milhões de reais em bolsas de estudo para cursos de idiomas, inovação e tecnologia, para fins de profissionalização de pessoas negras; (iii) oito milhões de reais para suporte de empreendedores negros; dois milhões de reais para projetos museológicos e centro de interpretação sobre o tráfico de escravos e escravidão; (iii) sete milhões e meio de reais disponibilizados as instituições que firmaram o TAC para utilizarem a seu critério em programas de combate ao racismo e à discriminação; (iv) seis milhões e meio de reais para as empresas utilizarem a seu critério em programas de combate ao racismo; (v) quatro milhões para programas de estágio e trainee destinados a pessoas negras; (vi) cinco milhões para o desenvolvimento de empregados das empresas

negros; (vii) dois milhões em favor de comunidades quilombolas; (viii) quatro milhões em consultoria e suporte para o cumprimento das cláusulas do TAC; e (ix) dois milhões para auditoria externa.

Como desfecho do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, os processos e inquéritos de natureza cível direcionados às empresas foram encerrados. O TAC goza do status de título executivo extrajudicial, de modo que pode ser forçada a execução de suas cláusulas diretamente em juízo em caso de descumprimento, não necessitando de processo de conhecimento para discutir os fatos assentados no Termo¹⁶. No caso, ainda foi ajustado que o descumprimento das obrigações ensejaria o pagamento de multa, o que reforça a efetividade do instrumento. Para além do relevante valor da indenização e das diversas obrigações de fazer impostas às empresas, destaca-se que o acordo formalizado garantiu agilidade ao desfecho das apurações, que poderiam acarretar anos de processos judiciais, mas acabaram resolvidas em questão de dias.

Ainda, embora sempre se possa questionar o valor fixado a título de indenização, como diversas entidades de defesa dos direitos dos negros fizeram¹⁷, alegando que as práticas racistas não foram suficientemente punidas e indenizadas, é certo que o acordo formalizado como o foi garante segurança jurídica no cumprimento das obrigações por parte das empresas, através do estabelecimento de critérios objetivos e auditáveis de cumprimento da indenização em suas mais diversas modalidades. A definição de cláusula prevendo multa pelo descumprimento dos termos do TAC, sem prejuízo da execução forçada das obrigações, constitui estímulo para que as empresas cumpram o acordo firmado, bem como mudem a suas culturas empresariais.

Diante disso, conclui-se que o instrumento de conciliação extrajudicial foi adequadamente utilizado no caso concreto, porquanto, baseado nas normas nacionais e internacionais de combate ao racismo e à discriminação, estabeleceu, para além da indenização pecuniária, diversos protocolos que buscam alterar a cultura das empresas, seja no âmbito interno das suas diretrizes para com seus funcionários, seja no âmbito das relações com seus clientes.

16 Extrai-se essa conclusão do art. 784, inciso IV, do Código de Processo Civil brasileiro que inclui no rol de títulos executivos extrajudiciais “o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal”.

17 A Coalizção Negra por Direitos, por exemplo, publicou nota posicionando-se contra a celebração do acordo, por entender que constituiria em precificação da vida negra.

Assim, a reparação integral do dano não ficou restrita ao pagamento de indenização pecuniária, que embora em quantia relevante não necessariamente seria motivação para mudanças de comportamento por parte das empresas. O estabelecimento de protocolos de combate ao racismo e de incentivo ao desenvolvimento acadêmico e profissional de pessoas negras possui o condão de iniciar transformações na cultura das empresas, contando ainda com a força de estarem pactuados em detalhadas cláusulas do TAC que poderão ser impostas judicialmente as empresas caso não efetivadas espontaneamente.

O Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, com efeito, buscou na medida do possível utilizar mecanismos de reparação *in natura* dos danos, o que, diante da impossibilidade de restaurar a morte da vítima, se traduz em ações visando evitar que o ocorrido não se repita, bem como mitigar os efeitos do racismo e da herança da escravidão, através do estabelecimento de obrigações de dar e de fazer que impulsionem a ascensão de pessoas negras na comunidade em geral e no âmbito das empresas.

6. CONCLUSÃO

(i) Ao analisar a conjuntura normativa internacional, percebe-se o papel fundamental desenvolvido pela ONU, inicialmente por meio da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, que em 1965 trilha os primeiros passos em direção ao desenvolvimento de um sistema de proteção contra o racismo. Posteriormente, esse sistema ganha novos contornos com a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância e com a Declaração e Programa de Ação adotados na Terceira Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata de Durban, na África do Sul.

Diante disso, o Brasil desenvolveu seu próprio sistema de proteção, tendo como marcos a Constituição Federal de 1988, posteriormente emendada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, mas, também, com a promulgação da Lei Afonso Arinos, Lei conhecida por seu pioneirismo em discutir pautas raciais, trazendo consigo a previsão de punições para os que cometessem quaisquer atos discriminatórios. Há, ainda, a previsão do Estatuto da Igualdade Racial, que contribuiu para a materialização de um núcleo de proteção contra o racismo e à discriminação racial.

Verifica-se que, não obstante todo o aparato normativo analisado, a estruturação de um sistema de proteção ainda é recente e por muitas vezes ineficaz, dada a complexidade dos direitos tutelados. Mostra-se evidente a necessidade de que, cada vez mais, os Estados visem e promovam o combate ao racismo, tendo em vista que é mazela que atinge não somente a vítima, mas a sociedade como um todo.

(ii) A estrutura normativa do princípio da reparação integral, por sua vez, estabelece a diretriz central no âmbito da responsabilidade civil, formando a noção de que o dano causado deve ser reparado do modo mais fidedigno possível, sempre buscando recompor o *status quo ante*, seja por meio de indenização pecuniária ou *in natura*. No ordenamento jurídico brasileiro vigora a máxima segundo a qual o dano causado deve ser indenizado de acordo com a sua extensão, sendo direito da vítima receber reparação integral, mas não cabendo exceder o dano, sob pena de enriquecimento ilícito.

No âmbito do dano extrapatrimonial, diante da impossibilidade de recomposição da situação original, as obrigações de fazer indenizatórias, tais como o estabelecimento de protocolos para não repetição do evento danoso, assumem papel essencial.

No direito brasileiro, o método bifásico de cálculo, usualmente utilizado para cálculo de indenizações pecuniárias, foi construído pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a fim de garantir que casos semelhantes não tenham decisões absolutamente discrepantes, mas garantindo a adequação as particularidades do caso concreto. No entanto, nada impede que a metodologia venha a ser utilizada igualmente para parametrizar obrigações de fazer, garantindo que casos de grande repercussão adotam protocolos semelhantes para evitar a repetição de eventos danosos.

(iii) Da análise do caso, conforme exposto no Termo de Ajustamento de Conduta, verifica-se que o fato ocorrido advém de uma cultura racista incutida na sociedade brasileira, oriundo do racismo estrutural, este considerado como uma conjuntura preordenada e sistematizada com a finalidade de concretizar uma hierarquia social. Para além do brutal assassinato, que será devidamente apurado na justiça criminal, mostra-se caracterizado notório dano extrapatrimonial, de cunho social, que da mesma forma merece reparação na justiça civil.

(iv) Em face disso, os termos do TAC firmado entre as instituições públicas envolvidas na investigação dos ocorridos e as empresas responsáveis combinam diversas cláusulas indenizatórias de natureza pecuniária e contendo obrigações de fazer. Embora o expressivo valor da indenização, se considerando de forma descontextualizada, pode-se concluir que não está configurado no caso nenhum tipo de enriquecimento ilícito, porquanto o montante será destinado a construção de políticas de combate ao racismo e à discriminação que o episódio analisado é fruto.

Para além disso, as diversas obrigações de fazer, que passam por protocolos de segurança, planos de trabalhos inclusivos e que permitem a ascensão de funcionários negros, normas de combate ao racismo e promoção da diversidade, entre outros, buscam desfazer e garantir a diversidade dentro das empresas responsabilizadas, procurando evitar que tristes e fatais acontecimentos se repitam.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Jandaíra, 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 65.810 de 8 de dezembro de 1969**. Brasília, 1969.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 9.571, de 21 de novembro de 2018**. Brasília, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.152.541/RS**. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DF: STJ, julgado em 21 de nov. 2011.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; DANTAS BISNETO, Cícero. A reparação in natura e os danos extrapatrimoniais: ou de como transformar uma ideia romântica em realidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 24, jul./set., 2020.

Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/basicos/discriminacioneintolerancia.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 19 jul. 2021.

Declaração e Programa de Ação adotados na Terceira Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/2001%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20adotado%20pela%20Terceira%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20contra%20o%20Racismo,%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial,%20Xenofobia%20e%20Formas%20Conexas%20de%20Intoler%C3%A2ncia.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

GAMBOA, Jorge Calderón. La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano, em *Derechos Humanos*. In: POISOT, Eduardo Ferrer Mac-Gregor; OCHOA, José Luis Caballero; STEINER, Christian. (coords). **La Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana**. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.

GARRIDO, Diego Alejandro Sandoval. Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. **Revista de Derecho Privado**, Universidade Externado de Colombia, n. 25, p. 235 – 271, jul./dez. 2013.

GOES, Fernanda Lira; SILVA, Tatiana Dias. **O Regime Internacional de Combate ao Racismo e à Discriminação Racial**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada -Ipea, 1990.

GRIN, Monica; MAIO, Marcos Chor. O antirracismo da ordem no pensamento de Afonso Arinos de Melo Franco, **Topoi**, v. 14, n. 26, pp. 33-45, jan./jul., 2013

GUIMARÃES, Luis Carlos Rocha; PIOVESAN, Flávia. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial**. Disponível em: www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado8.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.

Organização Das Nações Unidas. **Carta nas Nações Unidas**. 1945. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter>. Acesso em: 14 jul. 2021.

Organização Das Nações Unidas. **Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial**. 1965. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acesso em: 14 jul. 2021.

Organização Das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acesso em: 14 jul. 2021.

Organização Dos Estados Americanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 19 jul. 2021.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. **Revista de Informação Legislativa**, n. 206, abr./jun., 2015.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Silvio José Albuquerque. **Combate ao racismo**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.

THEODORO, Mário. Relações Raciais, Racismo e Políticas Públicas no Brasil Contemporâneo. **Revista de Estudos & Pesquisas sobre as Américas**, v. 8, n. 1, 2014.

MERCADO, ESTADO, SOCIEDADE E ATIVISMO JUDICIAL: AS TENSÕES ENTRE INCLUSÃO SOCIAL E LIVRE-INICIATIVA NO CASO DA PETIÇÃO 3388 JUNTO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ANTONIO CELSO BAETA MINHOTO¹
NILSON TADEU REIS CAMPOS SILVA²

1. INTRODUÇÃO

O ativismo judicial vem sendo objeto de discussões não somente no campo jurídico, seu campo de manifestação evidente, mas do mesmo modo em outras áreas, especialmente na política, na sociologia e também na economia, que, neste estudo, será objeto de uma atenção mais detida.

Parece evidente, conquanto se revele útil frisar, que a abordagem econômica aqui pretendida é aquela voltada especificamente ao desenvol-

-
- 1 Doutor em Direitos Fundamentais e Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino – ITE, Bauru, SP; Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP; Coordenador da Pós-Graduação em Direito, Sistema EaD, da Universidade Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP; Professor permanente do programa de mestrado em Direito da Universidad Libre de Bogotá, Colômbia; Professor convidado das Universidades de Liège e Leuven, Bélgica e Anahuac, Cidade do México, México; Pesquisador do CNPq; Professor Titular de Direito Público da Universidade Municipal de São Caetano do Sul, SP – USCS; advogado atuante em São Paulo. Autor de obras jurídicas. antonio@baetaminhoto.com.br.
 - 2 Pós-doutorado em História do Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa; Doutor em Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, SP; Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL, PR; Professor Adjunto do Departamento de Direito Público do Curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá - UEM, PR; Professor Titular do Curso de Direito e do Curso de Mestrado em Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR, PR. Advogado.nilson8951@gmail.com.

vimento econômico, tal como estampado e tratado no artigo 170 e seguintes da Constituição Federal, e não algo mais afeto a uma teoria econômica.

Esse olhar para o desenvolvimento econômico em intercruzamento com o ativismo judicial recebe, ainda mais, a questão das minorias como um tema-base do estudo presente, afinal, o julgamento ocorrido no STF para delimitar a Reserva Raposa Serra do Sol – adotada aqui como base analítica concreta – envolveu de modo direto uma minoria, no caso os indígenas.

Referido julgamento, conquanto aplaudido por muitos como uma suposta demonstração do que se poderia nominar de “bom ativismo”, teve forte impacto sobre a economia local, especialmente com relação a atividade agrícola, cuja localização completa se dava justamente na área demarcada pelo Supremo Tribunal Federal, passando a ser, de tal julgamento em diante, terra indígena, e local de onde os produtores rurais tiveram que se retirar.

Saber até que ponto o julgamento em foco atingiu os objetivos esperados de uma decisão tão ampla e com consequências tão profundas para a realidade local em que se encontra a reserva, descortinar as características do ativismo judicial e como sua manifestação está se dando em solo brasileiro e, por fim, projetar que tipo de consequências podem ser intuídas do inter-relacionamento de todos esses elementos, é o objetivo central deste estudo.

2. ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DOS PODERES ESTATAIS

Pela expressão ativismo judicial se buscou e ainda se busca caracterizar aquela conduta de protagonismo adotada pelo Poder Judiciário quanto à consecução, implementação e concreção de políticas públicas ou mesmo princípios e/ou valores estampados, via de regra, na constituição.

Essa ideia, no entanto, deve ser melhor entendida e, inclusive, ver-se inserida na questão da teoria da separação dos poderes estatais, a fim de se evitar juízos superficiais ou apressados quanto aos seus caracteres mais destacados.

Como é de conhecimento comum, a separação dos poderes não é um instituto exatamente de criação de Montesquieu, tal como exposto em sua conhecida obra o “Espírito das Leis”, mas foi ali que a simples noção de repartição do poder estatal ganhou um tratamento mais detido, mais efetivo e até mais dedicado.

O móvel fundamental da separação ou repartição dos poderes estatais é a limitação do poder. Sob a fórmula dos “freios e contra-pesos” (*checks and balances*), ou seja, da mútua fiscalização exercida por um poder em relação ao outro, repousa o que parece ser o real motivo de tal concepção: gerar ou obter uma real limitação do poder estatal.

A obra acima destacada é de 1748 e se voltava, como não poderia ser de outro modo, às condições sócio-políticas dadas àquela altura, fundamentalmente ligadas a uma estrutura de um poder absolutista, no que se refere ao campo político, e ainda buscando um rumo em busca da modernidade, relativamente ao campo social.

Montesquieu sabia – ecoando um sentimento que ia se sedimentando naquele momento – que o poder praticamente ilimitado do rei era conclusivamente um incômodo para uma sociedade que aspirava desenvolvimento e principalmente liberdade e, nesta linha conceitual, projetou a repartição desse poder político como forma de se conceber uma nova estrutura política, bem como social. Separar os poderes estatais, assim, surgiu fundamentalmente como forma de se evitar o arbítrio e limitar esses poderes.

Com o advento da Revolução Industrial (1756-1850, *circa*), mas especialmente com as mudanças sociais, econômicas e políticas consolidadas notadamente do início até meados do século XX, o Estado foi chamado a cumprir funções muito mais diversificadas e complexas em relação àquelas observadas no século XVIII, quando surge a teorização da separação dos poderes.

E neste ponto podemos agregar à limitação do poder também o conceito de um ganho administrativo, de um ganho em termos de eficiência para as ações estatais com a adoção da separação dos poderes.

De fato, parece claro que a segmentação de atividades, em qualquer estrutura administrativa, tem por consequência a especialização de cada setor ou área em relação às atividades típicas ali desenvolvidas, o que redundava num aprofundamento da *expertise* típica de tais funções, seja em relação ao desenvolvimento de métodos e procedimentos próprios, seja no incremento técnico em si, no avanço tecnológico e de conhecimentos relativamente a tais atividades.

Esse ganho administrativo ganhou especial relevo com a mudança da configuração estatal observada especialmente na primeira metade do século XX. De um Estado absentéista e imerso em um liberalismo de feição ainda bastante ortodoxa, com, ainda mais, poucas ou limitadas funções a desempenhar, o começo do século passado vê surgir um Estado

de feição mais social, gradativamente voltado à implementação e proteção de direitos coletivos.

Além desses direitos, o Estado que surge dessa inflexão de forças e de eventos históricos – 1ª Guerra Mundial, Revolução Russa, Constituição Mexicana, Constituição de Weimar – também assume um papel muito mais protagonista na atividade econômica, algo que encontrará uma espécie de síntese na política do *New Deal* de Roosevelt, nos EUA.

Esse “novo” Estado, tal como acima exposto, se vê assim às voltas com muitas outras atividades inexistentes ao tempo da teorização primitiva da separação dos poderes. A limitação do poder segue sendo importante neste contexto, mas o ganho de eficiência em termos administrativos, a obtenção de uma burocracia estatal mais eficiente, é um ponto a ser levado em conta, especialmente quando buscamos uma análise mais contemporânea da repartição do poder estatal.

Outro aspecto de relevo, ainda neste contexto de contemporaneidade, é que os elementos acima destacados, limitação do poder e ganho em eficiência administrativa, são como que inspirados por uma ideia que passa a ser um verdadeiro princípio informativo: equilíbrio entre os poderes estatais. Equilíbrio e harmonia.

Sai de cena a separação estanque, a noção de compartimentos rigorosamente independentes que, por vezes, lutam para demarcar com a máxima rigidez seus próprios limites, e os limites dos outros poderes, para se adotar uma visão de convívio entre independência e equilíbrio como elementos inerentes a esta segmentação de poderes estatais.

Esta visão, a bem da verdade, nem é exatamente tão contemporânea assim, eis que Carl Schmitt, por exemplo, já a indicava como sendo um elemento vital, anotando que “a constituição inglesa representada por Montesquieu garante a liberdade dos cidadãos não através da separação dos poderes, mas através do equilíbrio dos poderes” (SCHMITT, 1992, p. 85). E na mesma linha segue Madame de Staël-Holstein (apud SCHMITT, 1992, p. 86):

O equilíbrio dos poderes não significa o jogo dos contrapesos, que nada mais seria do que um equilíbrio de forças que originaria um conflito ininterrupto entre os poderes para obter a supremacia. Equilibrar os poderes significa a série de combinações que os leva a encontrar um acordo.

O equilíbrio harmônico defendido pelos doutrinadores destacados, bem de se ver, se encontra previsto em nossa Constituição Federal que

não apenas contempla a repartição de poderes do Estado, mas expressamente defende que esta seja harmoniosa entre os elementos componentes dessa separação (Executivo, Legislativo e Judiciário), sem prejuízo da independência de cada um deles no desempenho de suas funções (art. 2º, CF).

Não é, portanto, exatamente na avaliação estrita e rigorosa do desempenho das funções tidas como típicas de cada poder estatal que se encontra o âmago ou mesmo a necessidade de tal separação. Nem mesmo na observação detida dos limites de cada poder na articulação das ações que lhe são próprias ou peculiares, mas, ao menos com muito mais força, é no equilíbrio e no convívio harmônico entre tais poderes que está o real foco de interesse de suas repartições.

O contraponto acima se afigura relevante, pois, se aos juízes e magistrados de um modo geral recomenda-se cautela na condução da prestação jurisdicional, justamente para se evitar “invasões” sobre procedimentos próprios de outros poderes estatais, não menos certo é se observar que estes chamados – frequentemente de modo desproporcional e bastante adjetivado – “excessos” ou “abusos” do ativismo judicial, nada mais são que atos perfeitamente normais ou pelo menos aceitáveis no contexto contemporâneo de um Estado de Direito, mais ainda quando à sua natureza jurídica (de direito) se agrega o elemento da democracia (democrático de direito).

Contemporaneamente, às muitas atividades que o Estado passa a desempenhar ou aos muitos atos e procedimentos que lhe são titularizados, ainda devemos agregar o exercício de um papel ativo na concreção de direitos fundamentais, de elementos integrantes da democracia, ou a própria democracia como um todo, mas, de modo vital, na consecução de políticas públicas, especialmente aquelas dispostas ou contempladas em normas positivadas.

É precisamente neste último aspecto que se insere, no final, o âmago do que se poder nominar como sendo um verdadeiro ativismo judicial. Como já se disse acima, não é qualquer ato pretensamente heterônomo praticado pelo Poder Judiciário que poderá ser classificado, e no mais das vezes criticado, como sendo a prática do ativismo judicial, mas fundamentalmente aquele que, descolando-se do ato jurisdicional mais ortodoxo ou clássico, visa o atingimento de um alvo exclusivo ou precipuamente político por meio de um julgamento.

Neste contexto, a prestação jurisdicional – especialmente dos tribunais superiores e ainda mais especialmente do Supremo Tribunal Federal – cumpre o papel de dar uma solução definitiva para a lide ali con-

tida, mas, também, e até principalmente em alguns casos, se posiciona como um ator ativo, relevante e eficaz na tarefa de tornar realidade certos valores e princípios públicos contemplados pelo Estado de um modo geral em suas normas.

Se isso é feito com excesso ou de modo desaconselhável, não apenas pelo excesso, mas por sua própria manifestação, é algo a ser analisado numa abordagem caso a caso, justamente o foco desse nosso estudo, com o estudo, mesmo limitado, de um julgamento referencial produzido pelo STF.

Antes, porém, se analisará o ativismo judicial no Brasil de um modo mais amplo, objeto de estudo de nosso próximo tópico.

3. ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL E SEUS REFLEXOS

O transporte de funções entre os poderes não é algo novo e nem deveria causar surpresa, como já se referenciou acima. A questão que parece relevante é observar a intensidade desse fenômeno, especialmente no Brasil.

Assim, e ilustrativamente, a figura da medida provisória, de tão larga utilização em solo brasileiro, teve clara inspiração no *decreto-legge* italiano onde, sob a égide da constituição de 1947, ainda vigente, segue sendo instituto posto à disposição do presidente da República. Contudo, como ali vigora, desde aquele momento, o regime parlamentarista, observa-se que a amplidão de tal instituto é ali, até de modo natural, muito mais contida.

No Brasil essa amplidão de atuação do executivo tampouco é algo tradicional e linear. Com efeito, somente as constituições de 1937, 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, considerada por alguns como uma nova constituição, traziam o instrumento da medida provisória, o que foi retomado pela Constituição Federal de 1988.

A exposição acima não é articulada no sentido de se justificar eventuais excessos do STF no exercício de suas funções, uma espécie de paralelo analógico com a atuação do executivo, mas tão-somente mostrar a realidade político-institucional em que o exercício das atividades típicas dos poderes estatais se desenvolve no Brasil. Há, inegavelmente, uma dinâmica toda própria ou peculiar no sentido ora exposto.

A Constituição Federal, como é de conhecimento comum, foi proposta, debatida e finalmente promulgada num ambiente pós-ditadura, num “clima” de recente democratização do país, processo que, muito embora infindável por natureza, no caso brasileiro ainda mostra claras lacunas a reclamar integração.

Em locução que acabou por se consagrar na doutrina, o professor Lenio Streck (2003) se refere ao Brasil como exemplo de nação “*de modernidade tardia*”, ou seja, integrante de um grupo de estados que ainda não completaram a tarefa já concluída por países desenvolvidos de garantir a concretização de direitos fundamentais – destacadamente os individuais de primeira e segunda geração – e implementação definitiva da democracia.

O pré-citado professor defende que, para lidar com essa realidade, devemos ter aqui uma postura ativista de nossos tribunais, com o escopo central de concretizar direitos e políticas públicas, especialmente aquelas dispostas na Constituição Federal, o que atrai naturalmente o STF para um papel de destaque neste sentido.

Como parece ser bastante evidente, a linha adotada acima não é livre de resistências, dentro e fora do Brasil. Talvez o mais destacado crítico dessa postura ativista (e também “substancialista”), seja o filósofo Jürgen Habermas, que, nesta discussão, ficou alinhado ao que se usou nominar de “procedimentalistas”.

Para os “procedimentalistas”, o verdadeiro espaço de construção da democracia é o parlamento, e isso não somente porque sua composição partiu de uma escolha popular, mas também porque se trata de um órgão de proporções muito maiores que uma corte constitucional, composta, normalmente, de alguns poucos juízes ou ministros, e também porque o parlamento, justamente por ser órgão de composição popular, está muito mais permeável às interferências críticas da população, o que não ocorre com uma corte constitucional ou mesmo com a atividade jurisdicional de um modo geral.

Habermas (1997, p. 245) critica duramente o papel desempenhado especialmente pelas cortes constitucionais na dinâmica político-social, chegando a afirmar que “ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária” e mais adiante ainda completa sua crítica vendo na atuação do Judiciário relativamente às grandes questões da cidadania uma “colonização do mundo da vida”.

De modo bastante direto, Habermas (1997, p. 247) defende que o tribunal constitucional “deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição [...] limitando-se a proteger um processo de criação democrática do direito”.

Em contrapartida, os “procedimentalistas” são criticados por se isolarem demasiadamente numa realidade de nações já desenvolvidas, incluindo aí o campo político e social. Habermas, assim, estaria fazendo

uma abordagem excessivamente centrada na realidade europeia, notadamente alemã, ignorando outras realidades em que o papel do Judiciário pode ser relevante na construção de uma sociedade mais desenvolvida e avançada em termos humanísticos.

Com relação ao Brasil, já se registrou algumas manifestações importantes de ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, seja em votos de ações ou recursos, seja em manifestações extra-autos. Vejamos:

Justificar-se-á, como procedimento já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico – a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (ADPF 45/DF, Relator Min. Celso de Mello) Enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do legislativo (MI 712-8, Rel. Min. Eros Grau, voto de Gilmar Mendes)

Existem três situações em que cabe a intervenção do Judiciário nas políticas públicas: quando a omissão ou a política já implementada não oferecer condições mínimas de existência humana; se o pedido de intervenção for razoável; e, do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política seja desarrozoada. Em todos os casos, é preciso que haja verba para a implementação das medidas (Limites ditados pelo voto do Ministro Celso de Mello na ADPF 45)

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pelo própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatórios, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais empregados na estrutura constitucional (AI 677.274-8/SP, Rel. Min. Celso de Mello)

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento

de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (Min. Celso de Mello, discurso de posse do Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, abril de 2008)

Mas, ainda que o ativismo possa ser visto como uma espécie de necessidade para países como o Brasil, o fato é que a fixação de limites para tal atividade – e o próprio questionamento sobre sua relevância como elemento edificador da democracia brasileira – segue sendo tema candente, imerso em polêmica ainda bastante viva e cujo equacionamento não parece ser nem simples e nem de alcance fácil num horizonte mediano de tempo.

Bem por isso, iremos destacar, logo adiante, caso submetido ao crivo do Supremo Tribunal Federal em que o ativismo judicial se mostrou bastante presente. Trata-se do caso que ficou conhecido como “Reserva Raposa Serra do Sol” em que a corte maior do país determinou a demarcação contínua de reserva indígena já existente e o fez colocando de lado certos direitos para prestigiar outros.

4. O CASO DA RESERVA INDÍGENA “RAPOSA SERRA DO SOL”

Raposa Serra do Sol (Raposa) é uma área de terra indígena situada no nordeste do estado brasileiro de Roraima, nos municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, entre os rios Tacutu, Maú, Surumu, Miang e a fronteira com a Venezuela, foi criada destinada à posse permanente dos grupos indígenas ingaricós, macuxis, patamonas, taurepangues e uapixanas³.

A Raposa foi demarcada pelo Ministério da Justiça, através da Portaria Nº 820/98, posteriormente modificada pela Portaria 534/2005. A demarcação foi homologada por decreto de 15 de abril de 2005, da Presidência da República⁴.

A reserva destacada é uma das maiores porções de terra indígena do país, com 1.743.089 hectares e 1000 quilômetros de perímetro. Quase

3 Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Raposa_Serra_do_Sol, Acesso em: 19 nov. 2020.

4 Disponível em http://www.justica.gov.br/Acesso/auditorias/arquivos_auditoria/pf/parana/relatorio_gestao_2008_dpf_pr.pdf/view, Acesso em: 19 nov. 2020.

27% do território amazônico hoje é ocupado por terras indígenas, sendo que 46,37% de Roraima correspondem a estas áreas⁵.

Formada por imensas planícies, semelhantes às das regiões de cerrado, e por cadeias de montanhas, na fronteira entre Brasil, Venezuela e Guiana, a Raposa acabou atraindo produtores rurais que passaram a se dedicar ao cultivo de arroz, eis que as terras eram de boa qualidade.

Esses produtores de arroz teriam chegado à região no início da década de 1970, quando compraram as terras de antigos fazendeiros. Até 2008/2009, eram produzidas ali 160.000 toneladas de grãos por ano, em uma área de aproximadamente 100 mil hectares, na borda sul da reserva Raposa Serra do Sol, às margens do Rio Surumu (ALBANO, 2012).

O impacto da produção agrícola na região era de tal magnitude que o governo estadual de Roraima incentivava a vinda de novos produtores e também lhes fornecia calcário – para utilização na lavoura – a preços subsidiados ou mesmo gratuitamente em certos casos.

Como resultado dos conflitos constantes entre produtores rurais e índios, foi determinada a desocupação de toda a área da reserva em 2007. Em 2008, contudo, o Estado de Roraima interpôs uma representação no STF (Pet 3388) reivindicando a suspensão da ordem de desocupação. A representação foi acatada por unanimidade no Supremo e a chamada Operação Upatakon III foi suspensa até o julgamento de todos os processos relativos à homologação das terras indígenas.

Em 20 de março de 2009, julgamento do STF, no bojo da já citada Pet 3388, confirmou a homologação contínua da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, determinando a retirada dos não indígenas (produtores rurais) da região. O Relator designado, Ministro Ayres Brito, liderou o entendimento acima destacado e suas considerações acabaram integrando a ementa do julgamento, valendo destacar alguns trechos relevantes:

Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa pré-existente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materia-

5 Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj031397.pdf>, Acesso em: 19 nov. 2020.

lizados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF).

O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em “bolsões”, “ilhas”, “blocos” ou “clusters”, a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio). Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma divisão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios.

Especificamente com relação aos aspectos de desenvolvimento econômico e impacto da demarcação na realidade produtiva local, o julgamento em foco posicionou-se no sentido de haver aí um “falso dilema” entre desenvolvimento e demarcação de reservas indígenas, ponderando que ao poder público

de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de “desenvolvimento nacional” tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.

Por outro lado, registre-se, especificamente quanto ao âmago do julgamento em comento, não existir consenso nem mesmo entre os índios quanto à desocupação dos não-índios, no caso produtores rurais. Aqueles organizados em torno do Conselho Indígena de Roraima apoiam, enquanto outros ligados à Sociedade de Defesa dos Indígenas Unidos do Norte de Roraima (Sodiur) são contrários à saída dos não índios da região⁶.

Estes últimos argumentam que vários índios trabalhavam nas lavouras de arroz e que a relação com os produtores rurais era ao menos estável. Mas, tudo leva a crer que esse grupo não foi ouvido ou não foram consideradas as suas colocações como razões de decidir por parte do Supremo Tribunal Federal.

O que se observa, num olhar crítico, é que o julgamento em foco parece não ter levado em conta alguns aspectos:

A. Não parece ter sido considerado no bojo do julgamento o fato de que muitos produtores rurais ali estavam instalados há muito tempo e o faziam de boa-fé e, ainda mais, apoiados em títulos regulares. Parece ser de pouca juridicidade, ainda mais, contrastar tais títulos com o direito dos índios que seria *meta-jurídico* ou *transcendental*, eis que, se assim fosse, estariam os índios, então, acima das próprias disposições de um Estado Democrático de Direito, configurando uma espécie de demiurgos reunidos em grupo;

B. A ocupação das terras pelos não-índios era com claro viés produtivo, algo que impactava positivamente não somente na atividade econômica do Estado de Roraima, mas na vida de muitos índios, ligados de algum modo a atividade rural desenvolvida naquela região. Tudo leva a crer que estes indivíduos, também índios, simplesmente não foram ouvidos;

C. Como bem observou o Ministro Marco Aurélio Mello em seu voto divergente, nenhum prejuízo experimentaríamos os índios com a demarcação descontínua de suas terras, eis que já há entre eles uma divisão natural em sub-grupos étnicos, compostos por povos com dialeto, hábitos, costumes e cultura diferenciadas entre si. A demarcação contínua não parece ter representado, pois, qualquer ganho neste sentido. E falar em marcação contínua para se evitar um “etnocídio” revela abordagem excessivamente subjetiva e até mesmo panfletária, algo inadequado no contexto de um julgamento como esse;

D. O julgamento não revela, como deveria, ter ocorrido aqui uma real ponderação de valores, buscando-se uma solução parcimoniosa que procurasse a harmonização dos interesses em jogo e não a simples ad-

6 Romero Jucá, senador por Roraima, se pronunciou sobre este aspecto: <http://www.senado.gov.br/atividade/pronunciamento/det/Texto.asp?t=369812>, Acesso em: 10 set. 2020.

judicação de um direito em prol de uma parte sem se considerar, com a profundidade devida, os interesses dispostos no entorno da questão. Desse modo, transparece que o direito à demarcação foi posto acima de quaisquer outras considerações, transmutando-se numa espécie de “superdireito” a ser tutelado a todo e qualquer custo, o que não é recomendável para a solução de um conflito complexo como esse.

E. A Reserva possui mais de 1,7 milhões de hectares, sendo que a área ocupada pelos produtores de arroz alcançava apenas 160.000 hectares, ou seja, menos de 10% da área da Reserva. A simples exposição desse dado parece ser suficiente para autorizar a conclusão que, de fato, faltou equilíbrio e ponderação no julgamento em foco.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo já traz em seu bojo as considerações e observações críticas cabíveis neste estudo. Restam algumas poucas observações finais que funcionarão como fecho dessa reflexão.

Pode-se dizer que o Ativismo Judicial foi bem exemplificado neste caso, quando, na busca de efetivar sua função de guardião da Constituição Federal, acabou o STF não “apenas” exercendo funções legislativas, mas verdadeiramente agindo como se agente político integrante do executivo fosse, como se formulador e implementador de políticas públicas fosse, o que está longe de ser atividade típica do Poder Judiciário e está distante até mesmo de ser atividade atípica, indireta ou imprópria.

Nota-se que o chamado ativismo judicial, ao menos no Brasil, vem atrelado fundamentalmente à ideia de uma participação ampla e intensa do Judiciário na consolidação dos valores constitucionais e isso quase sempre para garantir a fruição de direitos pelos grupos minoritários.

Há exemplos candentes relacionados a isso, como o julgamento da união homossexual e também o julgamento da política de cotas pelo viés étnico, o que também envolve os índios como beneficiários. Nestes dois casos, notadamente no segundo, houve intensa consulta prévia ao julgamento, com sessões públicas em que especialistas puderam expor suas posições subsidiando os julgamentos futuros.

No caso da Reserva Raposa Serra do Sol isso não ocorreu e nota-se, pelo teor dos votos e do conteúdo da ementa, que a fundamental ponderação de valores – afinal o direito fundamental dos índios a uma vida digna em sentido lato não está acima do direito de propriedade dos

produtores e nem do direito a uma vida digna dos não-índios ali existentes – não marcou presença no julgamento em foco como deveria.

Tributário do constitucionalismo, nossa organização política se dá pelo signo do poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, tudo emoldurado pelo Estado de Direito como expressão da razão e de um projeto amplo de sociedade, já então inspirada pela democracia.

Essa Democracia e esse Estado de Direito, contudo, devem ser exercitados do modo mais coletivo possível e nas instâncias mais ventiladas à participação popular, o que o Poder Judiciário não tem como abrigar na amplitude devida, eis que, por natureza, deve a atividade jurisdicional primar pela abordagem técnica, desenvolvida por indivíduos com capacitação específica e adequada para a busca do lícito e do correto dentro de um sistema jurídico-normativo posto, sendo tal atividade por natureza contramajoritária.

A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra o pensamento das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Vale ressaltar que os juízes devem agir dentro dos ditames constitucionais e das leis infraconstitucionais, deixando de lado a vontade política, e como ator social, o juiz atua em nome da sociedade devendo atuar com harmonia perante a ‘vontade’ social, dentro de limites plausíveis e justificáveis.

Portanto, e para tanto, a questão vital é: o ativismo judicial na intenção de proteger uma minoria, não acaba por criar outra? Com essa problemática levantada quem é a minoria a ser protegida e como ela deve ser protegida? Os produtores rurais ali envolvidos – e seus funcionários, familiares, empresas coligadas – não ficaram numa situação de ainda maior desamparo que os próprios índios?

Nada disso parece ter sido considerado no julgamento em destaque. Como já dito, o princípio a ser observado pelo STF no caso deveria ter sido o da razoabilidade. Os arrozeiros poderiam se encontrar protegidos pela Constituição, notadamente através de uma interpretação com viés econômico do art. 170, CF.

A preservação da área poderia ter preservado os conflitantes. A conservação do meio ambiente bem como a preservação indígena e dos arrozeiros, poderia ter sido feita de uma forma sustentável adequando para ambas às partes, a garantia da terra e do desenvolvimento social daquela região. Tal tese encontra amparo no art. 219 da Constituição Federal que aduz:

O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-eco-

nômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos de lei federal.

Ocorre que ao privilegiar uma parte, os índios, criou-se um desincentivo para todo um mercado. Por ser uma parte fértil onde o cultivo de arroz se implantou de forma bem sucedida, a decisão pela preservação total da área prejudicou a produção local.

A instabilidade gerada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal são alvos de críticas, pois ressalta a falta de legitimidade democrática da Justiça, mesmo sendo a decisão melhor que a estabelecida pelo legislador. E cria para a população uma perspectiva bastante preocupante: o eventual autoritarismo dos juízes. Uma minoria passaria a ditar os rumos de várias questões de relevo transcendental para a sociedade. Convém neste contexto lembrar o alerta de Jean-Jacques Rousseau (2007, p. 39):

Uma das maiores ameaças à soberania popular decorre da incessante ação dos magistrados e suas vontades particulares contra a vontade geral. Para se compreender o processo de consolidação da democracia é necessário, portanto, ir além do estudo da formação da vontade democrática e analisar de que forma os órgãos encarregados de aplicar essa vontade têm cumprido a sua missão.

Um dos mais respeitados pesquisadores da atualidade, Daniel Sarmiento, chama-nos a atenção para os riscos de um ativismo judicial sem limites. Elogiando a atividade jurisdicional que se propõe mais ampla, Sarmiento contra-argumenta que há a “outra face da moeda” e essa é a de que muitos juízes “deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça – passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos” (SARMENTO, 1992, p. 144). E prossegue dito pesquisador:

Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque

permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

E outro estudioso e doutrinador, Luis Flávio Gomes, seguindo a mesma linha de Sarmento, ou seja, valorizar o ativismo, mas com uma generosa dose de cautela, igualmente observa que quando “o Poder Judiciário inova o ordenamento jurídico, criando regras antes desconhecidas, invade a tarefa do legislador, ou seja, se intromete indevidamente na função legislativa. Isso gera um outro risco: o da aristocratização do Estado e do Direito (que, certamente, ninguém no século XXI está muito disposto a aceitar)”.

O contraponto ora formulado não pode, por outro lado, servir como simples censura a uma atuação mais vigorosa dos tribunais, especialmente o STF que, inegavelmente, vem tutelando a regulamentando questões importantíssimas como o aborto de feto anencéfalo, a união homossexual, as cotas étnicas e muitas outras.

Nada obstante, o exercício do poder sempre demanda cuidado e atenção, especialmente por parte dos que o exercem. Lord Acton imortalizou a observação segundo a qual “o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente”⁷.

O Estado de Direito nasceu sob os auspícios de um objetivo claro: criar uma instituição que permitisse o exercício do poder político de modo limitado, afastando justamente o estado anterior de coisas, ou seja, um exercício de poder político praticamente sem limites e sujeito aos caprichos ou opiniões pessoais de seu titular.

Pode-se, estruturalmente, estar longe dos tempos de um monarca absolutista. Já, porém, a possibilidade de um exercício pontual e episódico de uma parcela desse poder estatal com alguns laivos de excesso ou abuso é algo plenamente viável, ainda que sob a égide um estado democrático de direito e com todas as garantias a ele inerentes em plena articulação e funcionamento.

7 Disponível em https://www.goodreads.com/author/quotes/969937.John_Emerich_Edward_Dalberg_Acton, Acesso em: 12 jul. 2020.

REFERÊNCIAS

ALBANO, Gleidson Pinheiro. **Globalização da Agricultura: uma análise comparativa entre duas cidades com fruticultura irrigada para exportação no RN, Ipanguaçu e Baraúna**. Disponível em https://www.ufpe.br/posgeografia/images/documentos/d_2012_gleidson_pinheiro_albano.pdf, Acesso em: 19 nov. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está Assumindo um “Ativismo Judicial” sem Precedentes? **Revista eletrônica Universo Jurídico**. Disponível em: www.uj.com.br, Acesso em: 02 nov. 2020.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia – entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.I.

NALINI, José Renato. **Curso de Deontologia da Magistratura**. São Paulo: Saraiva, 1992.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a anima: reflexos sobre a prestação jurisdicional**. São Paulo: EDPUC, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: L&PM, 2007.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

SILVEIRA, Alípio. **A justiça inglesa hoje**. In: RF 160/409.

STRECK, Lenio. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 8, n. 2, p.257-301, maio/ago. 2003.

PROPORCIONALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

DÉBORA BERVIG¹

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a aparente colisão entre princípios formais sobre o prisma da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy e a aplicação do método de ponderação nesses casos.

O significado atual dos direitos fundamentais é devido sobretudo à jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. O catálogo de direitos fundamentais regula de forma extremamente aberta questões em grande parte muito controversas acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Mas a abertura não é, sozinha, uma explicação suficiente para a intensidade das controvérsias acerca dos direitos fundamentais. Mesmo que extremamente aberta, uma normatização pode não suscitar grandes discussões caso haja um amplo consenso sobre a matéria.

O ponto central do modelo de direitos fundamentais sociais é a discussão sobre quais os direitos fundamentais sociais a que o indivíduo faz jus definitivamente, o que implica também na questão de ponderação dos princípios. Em teoria dos direitos fundamentais Alexy, descreve o balanceamento da seguinte forma: de um lado, fica, sobretudo, o princípio da liberdade de fato; do outro lado, ficam o princípio da competência

1 Acadêmica do Mestrado em Tutelas à Efetivação dos Direitos Públicos Incondicionados na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pós-graduada em Direito Digital pela Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pesquisadora nos grupos de pesquisa: Patologias Corruptivas, Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade Interesses Públicos versus Interesses Privados, René Girard e o direito a rivalidade mimético, ódio e violência e Administração Pública e Regulação. Advogada, inscrita na OAB/RS sob o número 109.692 E-mail: debora_brvig@hotmail.com.

para tomada de decisão do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes.

Assim é possível alcançar um patamar equilibrado de intervenção judicial que evitará tanto o problema do controle excessivo, quanto o do controle insuficiente, uma vez que, o controle judicial e a deferência ao Legislativo permitem gradações. Eventuais conflitos de competência entre Legislativo e Judiciário, pois, podem ser resolvidos por via do exercício da ponderação.

Alexy propôs um modelo de relação entre os princípios substantivos e os formais que pode ser designado como “modelo de combinação”. Esse modelo dispõe que, os pesos dos princípios substantivos e formais podem ser combinados através da adição do peso do princípio formal ao do princípio substantivo.

O princípio da proporcionalidade contribui para conciliar o direito material com o direito formal em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e juridicamente incontroláveis.

A partir dessas perspectivas surge uma indagação. Pode a proporcionalidade ser invocada como método apto a decidir questão acerca dos direitos sociais?

Pode-se dizer, com Alexy, que quanto maior o grau de não satisfação ou de restrição de um princípio, maior deverá ser a importância em satisfazer o conteúdo do outro princípio com ele colidente.

O procedimento utilizado nesse trabalho foi o histórico-comparativo, de modo a possibilitar uma reflexão mais abrangente sobre os temas em confronto, e o aporte a Teoria dos Direitos Fundamentais na concepção de Robert Alexy; a aplicação da proporcionalidade na colisão de princípios sob a ótica dos direitos fundamentais sociais. As conclusões foram sendo ressaltadas ao longo do texto e vêm alinhavadas ao final.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Direitos positivos são direitos que exigem atuação estatal, em vez de abstenção de intervenção abusiva. Direitos positivos exigem que o Estado realmente *faça algo*. Receberam atenção considerável de eruditos do constitucionalismo comparado, em muitas tentativas de se chegar a um consenso a respeito das características que definem suas particularidades, por oposição aos direitos negativos. É infrutífera toda e qualquer tentativa de limitar a dimensão positiva de certos tipos ou categorias de

direitos. Ao invés, todos os direitos, podem impor obrigações positivas e negativas às autoridades. Sabe-se também que a dimensão positiva dos direitos é frequentemente mais debatida no âmbito dos direitos sociais e socioeconômicos. Contudo, a dimensão positiva não se restringe, de forma alguma, aos direitos sociais (KLATT, 2015).

Os direitos às prestações em sentido estrito, também chamados de direitos fundamentais sociais, se caracterizam como os direitos do indivíduo a algo em face do Estado. São típicos direitos fundamentais sociais os direitos à assistência, ao trabalho, saúde, à moradia e à educação (MALISKA, 2015). Os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas por meio do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais ou fáticas.

As normas a serem atribuídas aos dispositivos de direitos fundamentais sob a rubrica “direitos fundamentais sociais” são de tipos os mais distintos. A partir de pontos de vista teórico-estruturais, elas podem ser diferenciadas com base em três critérios. Em *primeiro lugar*, pode-se tratar de normas que garantam direitos subjetivos ou normas que apenas obriguem o Estado de forma objetiva. Em *segundo lugar*, elas podem ser normas vinculantes ou normas não-vinculantes, neste último seriam elas enunciados programáticos. *Por fim*, as normas podem fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, isto é, regras ou princípios (ALEXY, 2017).

Às diferenças estruturais somam-se diferenças substanciais. Especialmente importante é a diferença entre um conteúdo minimalista e um maximalista. O minimalista tem como objetivo garantir ao indivíduo o domínio de um espaço vital e de um status social mínimo, ou seja, aquilo que é chamado de direitos mínimos e pequenos direitos sociais. Já o conteúdo maximalista pode ser percebido quanto se fala em realização completa dos direitos fundamentais. Essa diversidade dá ensejo à suposição de que os direitos fundamentais sociais não podem ser resumidos a uma questão de tudo-ou-nada (ALEXY, 2017).

O principal argumento a favor dos direitos sociais é um baseado na liberdade e seu ponto de partida são duas teses: a *primeira* sustenta que a liberdade jurídica, isto é, a permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo, não tem valor sem uma liberdade fática, ou seja, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas. A *segunda* tese defende que, sob as condições da moderna sociedade industrial, a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentais não encontra seu substrato material em um espaço vital controlado, ela depende sobretudo de atividades estatais. Mas essas teses não podem ser

mais que apenas um ponto de partida a favor dos direitos fundamentais sociais. Isso é facilmente perceptível a partir da constatação de que, mesmo sem aceitar a existência dos direitos fundamentais sociais, seria não apenas possível aceitar ambas as teses como, também, conceber a criação de uma liberdade fática como algo desejado pela Constituição. Seria necessário apenas aceitar uma repartição de tarefas entre os direitos fundamentais e o processo político (ALEXY, 2017).

O Tribunal Constitucional Federal Alemão interpretou o catálogo de direitos fundamentais como expressão de um sistema de valores, em cujo centro se encontra o livre desenvolvimento da personalidade humana e sua dignidade no seio da comunidade social. À luz da teoria dos princípios, isso deve ser interpretado de forma a que o catálogo de direitos fundamentais expresse, dentre outros, princípios que exijam que o indivíduo possa desenvolver livremente a sua dignidade na comunidade social, o que pressupõe uma certa medida de liberdade fática. A conclusão inevitável é a que os direitos fundamentais, se seu escopo for o livre desenvolvimento da personalidade humana, também estão orientados para a liberdade fática, ou seja, também devem garantir os pressupostos do exercício da liberdade jurídica, sendo assim, não apenas a regulação das possibilidades jurídicas, mas também do poder de agir fático (ALEXY, 2017).

Dentre as inúmeras objeções contra os direitos fundamentais sociais, as principais podem ser agrupadas em dois argumentos complexos, um formal e um substancial. O *argumento formal* aponta para um dilema: se os direitos fundamentais sociais forem vinculantes, eles deslocam a política social da competência parlamentar para a competência do tribunal constitucional; e se eles não forem vinculantes, eles implicam uma violação a Constituição alemã. Essa tese pode se basear no fato de que os objetos da maioria dos direitos fundamentais sociais são extremamente indeterminados. Por isso, ao lado da indefinição semântica e estrutural dos direitos fundamentais sociais, a tese do déficit de justiciabilidade tem que agregar uma outra forma de indefinição: a impossibilidade de se chegar, com os meios específicos do direito, a uma determinação exata do conteúdo e da estrutura dos direitos fundamentais sociais formulados abstratamente. Ela tem que sustentar que o direito não fornece critérios suficientes para tanto. Por que, se o direito não fornece esses critérios suficientes, então a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais é uma tarefa da política, ou seja, isso significaria que, segundo os princípios da separação dos poderes e da democracia, a decisão sobre o

conteúdo dos direitos fundamentais sociais estaria não na competência dos tribunais, mas do legislador eleito pelo povo (ALEXY, 2017).

Esse argumento baseado na competência ganha um peso especial em virtude dos efeitos financeiros dos direitos fundamentais sociais. Por causa dos grandes custos financeiros associados à sua realização, a existência de direitos fundamentais sociais abrangentes e exigíveis judicialmente conduziria a uma determinação jurídico-constitucional de grande parte da política orçamentaria. Aquele que quiser se manter nos limites do argumento formal, as normas que garantem direitos fundamentais sociais teriam que ser compreendidas como normas não-vinculantes, isto é, normas não sujeitas ao controle do Tribunal Constitucional, todavia, essas normas seriam inconciliáveis com a cláusula de vinculação prevista na Constituição alemã. O *argumento substancial* contra os direitos fundamentais sociais sustenta que eles são incompatíveis ou, ao menos, colidem com normas constitucionais materiais. Na medida em que essas normas constitucionais materiais garantam direitos de liberdade, o argumento substancial é um argumento vinculado à liberdade contra os direitos fundamentais sociais sustentados em argumento vinculado à liberdade (ALEXY, 2017).

Considerando os argumentos contrários e favoráveis os direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão que Alexy chama de *ideia-guia formal*, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã, são tão importantes que a decisão sobre as garantir ou não as garantir não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples. De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais os direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento de princípios. De um lado está, o princípio da liberdade fática; do outro lado os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, também a outros direitos fundamentais sociais e a interesse coletivos (ALEXY, 2017).

De acordo com o modelo proposto, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior que os princípios formais e materiais colidentes, considerados em conjunto. Esse é o caso dos direitos mínimos. É possivelmente a esse tipo de direitos mínimos que se quer fazer referência quando direitos subjetivos públicos e judicialmente exigíveis a prestações são contrapostos ao

conteúdo objetivo excedente. Em face dos direitos definitivos que sejam o resultado de um sopesamento, os direitos *prima facie* correspondentes aos princípios, têm algo de excedente. O conceito de excedente não está, portanto, vinculado à dicotomia subjetivo/objetivo (ALEXY, 2017).

Avançar no modelo em direção a um nível objetivo é possível porque a direitos *prima facie* correspondem deveres *prima facie*. Esses deveres são deveres estatais *prima facie* de zelar para que às liberdades jurídicas dos titulares de direitos fundamentais correspondam liberdades fáticas. Mas o plano objetivo que surge dessa forma não é um plano meramente objetivo, mas um plano também objetivo.

Importante estudos de direito constitucional comparado têm mostrado que são bem diversificadas as respostas oferecidas para o *problema da competência*, em vários sistemas constitucionais. O aspecto das respostas varia desde a simples proibição de atuação do Judiciário em qualquer função relativa à exigibilidade dos direitos a prestações positivas até a permissão para o exercício de uma intensa atividade de controle. A tipologia triádica do controle judicial formulada por Katherine G. Young (2018), expõe que a concepção do papel dos Tribunais no controle dos direitos positivos pode ser entendida como independente, engajada ou supremacista. Acontece que atribuir a um Tribunal uma ou outra categoria apresentada pode ser contestada, uma vez que, há divergentes decisões de um mesmo Tribunal que prestigiam abordagem diferentes. Isso se dá porque cada Tribunal assume suas funções com certa flexibilidade e também muda suas posições ao longo do tempo (KLATT, 2015).

Por fim, ao invés de decidir a partir daqueles três modelos abstratos e ater-se firmemente a um deles é preferível adotar um modelo flexível de controle judicial que permita visualizar as amplas opções que surgem a partir das circunstâncias do caso concreto, baseada numa *teoria da ponderação das competências* (KLATT, 2015).

Tratar-se-á agora de outro fator importante na perspectiva dos Direitos Fundamentais de Alexy que se afigura central em nossa proposta, o tema da proporcionalidade.

3. PROPORCIONALIDADE

O problema institucional do controle judicial pode ser reconstruído como um conflito de competências. O conflito reside entre a competência do Legislativo para decidir sobre questões de direito positivo,

de um lado; e de outro, a competência do Tribunal Constitucional para controlar tais decisões. As competências são tipos específicos de normas, chamados princípios, em oposição às regras (KLATT, 2015).

Para a teoria dos princípios fundamentais de Alexy, a diferenciação teórica- estrutural mais importante é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma teoria satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Com a sua ajuda, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiro e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento podem ser mais bem esclarecidos. A distinção entre regras e princípios constitui, a estrutura de uma teoria normativa-material dos direitos fundamentais, além disso é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2017).

As normas de direito fundamentais são não raras caracterizadas como “princípios”. Com mais frequência, o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais é sublinhado de maneira menos direta, por exemplo, quando se fala em valores, objetivos, fórmulas abreviadas ou regras sobre ônus argumentativo. Por outro lado, faz-se referência às normas de direitos fundamentais como regras quando as afirma que a Constituição deve ser levada a sério como lei, ou quando se aponta para a possibilidade de fundamentação dedutiva também no âmbito dos direitos fundamentais (ALEXY, 2017).

Há uma pluralidade de critérios distintos a respeito da distinção entre regras e princípios. O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios segundo Alexy, é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. *Princípios* são, por conseguinte, mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente

possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio (ALEXY, 2017).

A diferença entre princípios e regras mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Somente a título de esclarecimento, um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Já as colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições, ou seja, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso (ALEXY, 2017).

A teoria dos princípios faz a distinção ainda entre princípios formais e materiais. Competências são princípios formais, estabelecem quem deve tomar as decisões materiais em um dado ordenamento jurídico e retratam a dimensão da autoridade num sistema jurídico. Como princípios, as competências são mandamentos de otimização. Em relação a essa característica não há diferença entre princípios formais e materiais. O problema institucional do controle judicial é um conflito entre princípios formais, e não um conflito entre regras, então a solução para o problema não é somente uma questão de interpretação das normas de competência. Em vez disso, deve-se empregar um procedimento de ponderação (KLATT, 2015).

Levar as competências colidentes à arena da ponderação permite conciliar a obrigação constitucional de transformar direitos positivos em realidade concreta, sem desrespeitar a autoridade do Legislativo e do Executivo. A principal função da ponderação de competências é superar a abordagem dicotômica que, de maneira excludente, objetiva garantir – seja o Judiciário, seja o Legislativo – a máxima autoridade para decidir, independentemente das circunstâncias do caso concreto (KLATT, 2015).

A decisão judicial de casos que envolvem direitos a prestações positivas não é uma tarefa que se resume a garantir o correto equilíbrio

entre princípios materiais colidentes, tal como proteger o direito também a estabilidade do orçamento público. Julgar tais casos implica também no dever de estabelecer o correto equilíbrio entre os princípios formais colidentes. O exame dessas situações depende de um bom entendimento da estrutura da ponderação (KLATT, 2015).

A estrutura da ponderação decorre da Lei da Ponderação, que diz: “Quanto maior for o grau de não satisfação ou não afetação de um princípio, tanto maior terá de ser a importância da satisfação do outro [...]” (KLATT, 2015, p. 240). Essa lei foi idealizada por Alexy para atender à ponderação de princípios materiais, mas Klatt (2015) sustenta que, ela também é aplicada à ponderação de princípios formais, ou seja, às competências. A ponderação das competências então, pode ser decomposta em três passos. O *Primeiro* passo consiste em estabelecer o grau de não satisfação da primeira competência. No *segundo*, é preciso estabelecer a importância de satisfazer a competência concorrente. E finalmente, no *terceiro* passo, é preciso estabelecer se a importância de satisfazer a última competência justifica a não satisfação da primeira. Como no caso da ponderação de princípios materiais, nos princípios formais uma escala triádica pode ser empregada para determinar o peso concreto de uma competência. Essa escala é formada pelos estágios leve, moderado e sério. Então, o peso de um Tribunal Constitucional no controle do Legislativo pode, em um dado caso, ser leve, moderado ou sério, conforme a exigências das circunstâncias. Reciprocamente, a competência do Legislativo para decidir a respeito da proteção de direitos a prestações positivas também pode ser leve, moderada ou séria. De acordo com os valores que serão atribuídos às competências colidentes, o terceiro passo da ponderação estabelecerá uma preferência entre as duas competências (KLATT, 2015).

A lei da ponderação determina a estrutura interna da ponderação de competências. Entretanto, depende-se muito também de como se vai justificar a avaliação de pesos das competências por via da escala triádica. Essa justificação externa deve ser elaborada com atenção às circunstâncias do caso concreto. Depende-se de argumentos que são externos à ponderação em si mesma, isto é, que estejam relacionados com o peso concreto de certa interferência numa dada competência. O peso concreto da competência do Legislativo para decidir sobre a aplicação de direitos a prestações positivas – como também da competência de um Tribunal Constitucional para controlar essa competência pode ser determinado a partir de vários fatores. A lista seguinte contém quatro fatores e não pretende ser excludente, mas deve ser suficiente para demonstrar como o

processo de justificação externa pode funcionar, são eles: “[...] qualidade de decisão, segurança epistêmica, legitimidade democrática e importância dos princípios materiais.” (KLATT, 2015, p. 242).

A ponderação faz parte da proporcionalidade, no qual o princípio da proporcionalidade compõe-se de três subprincípios: dos princípios da idoneidade (adequação), da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da idoneidade (adequação) e da necessidade dizem respeito à otimização relativamente às possibilidades fáticas ou reais. Se um meio M, que é empregado para fomentar o princípio P1, é inidôneo para isso, mas limita a realização do princípio P2, então existe a possibilidade fática ou real de renunciar a M, sem que nasçam custos para P1 e P2, juntos proibem, por conseguinte, o emprego de M. Semelhantemente, embora mais complicadas, estão as coisas no princípio da necessidade. Se ao lado do M1 ainda existe um meio M2, que fomenta igualmente bem em geral P1, porém, intervém menos intensidade em P2, então a otimização de P1 e P2 juntos proibem o emprego do meio M1, que intervém mais intensamente em P2, mas não necessário para P1. Tanto a idoneidade como na necessidade, são expressão da ideia de otimismo-Pareto. A ponderação é o objeto do terceiro subprincípio do princípio da proporcionalidade, e da proporcionalidade em sentido estrito. Esse princípio expressa o que significa otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Ele é idêntico com uma regra que pode ser designada como “Lei da Ponderação”, na qual foi exposta acima, ou seja, essa Lei exclui, entre outras coisas, uma intervenção intensa no princípio P1, que somente por uma importância menor do cumprimento do princípio colidente P2 é justificada. Sob essas circunstâncias, admitir uma intervenção não seria uma otimização de P1 juntamente com P2 (ALEXY, 2015).

A Lei da Ponderação encontra-se, em formulações diferentes, quase em toda parte na jurisprudência constitucional. Ela expressa a essência da ponderação e é de grande importância prática. Se se quer ganhar uma análise precisa e completa da estrutura da ponderação, a Lei da Ponderação tem de, certamente, ser elaborada mais além. O resultado de uma tal ponderação mais além é a fórmula de peso. Uma fórmula como a fórmula de peso, que expressa um cociente de dois produtos, é somente então conveniente, quando todos os fatores podem ser representados por números. Isso é o problema da graduação ou escalação (ALEXY, 2015).

A Lei da Ponderação diz que quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro. O resultado dessa operação é o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios.

As mais destacadas objeções ao princípio da proporcionalidade se referem à irracionalidade da ponderação. A objeção da irracionalidade diz que a ponderação não é racional. Argumenta-se que o recurso à ponderação autoriza que o intérprete jurídico decida com base nas suas próprias valorações e intuições morais. Sem um referencial jurídico e em nome da justiça do caso concreto, os intérpretes se valem da ponderação como recurso retórico para decisões particularistas e previsíveis. Com isso, a generalidade e a segurança jurídica resultam comprometidas. Argumenta-se que a ponderação é irrefletida ou arbitrária, seguindo, apenas, ordens de precedência e padrões do costume. Outra objeção destacada em desfavor da racionalidade da ponderação remete à “justiça do caso concreto” ou às “normas situacionais” e que conduz a decisões judiciais imprevisíveis e particulares, com sério comprometimento à certeza, previsibilidade, coerência e generalidade na aplicação do Direito. A objeção da incomensurabilidade atinge o centro da ponderação, ela diz que não se pode comparar o que não pode ser suscetível de comparação. A ponderação é uma metáfora de atribuição de graus de intensidade de satisfação e de intervenção em princípios que somente pode ser configurada de modo racional quando os respectivos graus são referidos a um denominador comum (GAVIÃO FILHO, 2015).

Essas formulações podem ser superadas. A ponderação não é irracional porque é uma fórmula vazia de conteúdo ou um recurso retórico se referencial jurídico, que opera com variáveis incomensuráveis e que se importa exclusivamente com a justiça do caso concreto. O problema não está na ponderação em si mesma, mas não como ela é aplicada para resolver os casos de colisão de princípios. As objeções dirigidas contra a racionalidade da ponderação podem ser bem respondidas, uma vez compreendidas e conhecidas as regras da estrutura e as regras das razões da ponderação. Uma ponderação racional pode ser alcançada, a atividade de interpretação e aplicação do Direito pela ponderação exige que seja cumprido o procedimento de ponderação. Esse procedimento pressupõe regras. Para isso, então, devem ser observados os seus passos e cumpridas as suas regras. O ponto de partida é a primeira Lei da Ponderação, colocando a exigência de atribuição de graus de intensidade em um princípio e de importância de outro princípio. Todavia, as objeções contra a racionalidade da ponderação podem ser respondidas apenas pela estrutura formal da ponderação. Com isso, nasce a conexão necessária entre ponderação e a argumentação. No qual, nenhuma ponderação racional pode ser realizada sem que sem apresentadas as razões para a justificação dos graus atribuídos a cada uma das variáveis da fórmula de peso. Se a ponderação for tomada simplesmen-

te como o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios, realizada a partir da simples atribuição de graus para as variáveis da fórmula de peso, então, com razão, ela não é definitivamente um procedimento racional, mas meramente intuitivo. Contudo, a ponderação não é simplesmente a decisão de estabelecimento de uma regra de preferência, mas sua fundamentação. Daí, então, a união entre ponderação e argumentação racional (GAVIÃO FILHO, 2015).

Por fim, para *solução* o conflito de competências, Klatt apresenta uma abordagem sensível ao caso, ou seja, um modelo que eleve em consideração as circunstâncias concretas do caso. Pode-se levantar a objeção de que essa abordagem é excessivamente flexível. Ela poderia ameaçar o Estado de Direito, no âmbito das competências e do direito formal, já que reduz a previsibilidade da competência que deve prevalecer, ou seja, se é a dos Tribunais ou a do Legislativo. Um modelo de ponderação de competências pode responder a essa objeção a partir de dois elementos. Em primeiro lugar, deve-se reconhecer que um sistema constitucional não se limita, apenas, a estabelecer competências a casos específicos. Também pode considerar as relações entre competências de um modo mais abstrato. Isso pode ser realizado levando-se em conta o peso abstrato das competências, e também seus pesos concretos. O peso abstrato de um princípio formal é o peso que esse princípio tem em face de outros princípios, porém independentemente de casos concreto. O peso abstrato de competências é um conceito perfeitamente adequado para representar diferenças mais abstratas entre vários sistemas constitucionais, no que importa ao controle judicial (KLATT, 2015).

A principal diferença entre o modelo proposto por Klatt e as competências mais restritas é que neste modelo, atribuir maior peso abstrato a uma ou outra das competências colidentes não pré-determina o resultado do processo de ponderação. Em vez disso, o resultado ainda depende dos pesos concretos da competência, que serão informados pelas circunstâncias do caso particular. Desse modo, a diferenciação entre os pesos abstratos das competências apenas produz uma ordem preferencial *prima facie* entre as competências. Essa força *prima facie* ainda pode ser superada se os pesos concretos se revelarem superiores nos casos particulares. Ademais disso, a partir deste modelo também é possível mapear diferenças abstratas entre diferentes sistemas de controle judicial. Uma segunda maneira de responder a objeção de excesso de flexibilidade se pode extrair da Lei dos Princípios Colidentes de Alexy, essa lei foi elaborada para os princípios formais, mas também se aplica aos formais (KLATT, 2015).

4. CONCLUSÃO

A partir do analisado no presente trabalho, pode se concluir que:

1. Levar as competências colidentes à arena da ponderação permite conciliar a obrigação constitucional de transformar direitos positivos em realidade concreta, sem desprezar a autoridade do Legislativo e do Executivo;
2. A questão acerca de quais direitos fundamentais sociais que o indivíduo tem é uma questão de sopesamento de princípios;
3. O problema da competência pode se resolver pela ponderação de princípios, que é o terceiro subprincípio da proporcionalidade;
4. A diferenciação entre regras e princípios para a teoria dos princípios é teórica-estrutural é a base da teoria da fundamentação e a chave da dogmática dos direitos fundamentais sociais;
5. A principal função da ponderação de competências é superar a ideia de prevalência do judiciário ou do legislativo como autoridade máxima a decidir;

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Um conceito não positivista – de direitos fundamentais. *In*: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: safE, 2015. p. 9-26.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Regras da ponderação racional. *In*: HECK, Luís Afonso (org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: safE, 2015. p. 147–175.

KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? controle judicial ponderado. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Tradução Carlos Luiz Strapazzon. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 215-266.

MALISKA, Marcos Augusto. O princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais prestacionais. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Tradução Carlos Luiz Strapazzon. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 267–290

YOUNG, Katherine G. Proportionality, reasonableness, and economic and social rights. *In*: JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark V. (orgs.). **Proportionality: new frontiers, new challenges**. Cambridge, United Kingdom; New York, USA: Cambridge University Press, 2018. (Comparative constitutional law and policy). p. 248–272.

EL DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL: UN ENFOQUE PANDÉMICO A LA LUZ DEL DERECHO CONVENCIONAL

ÁNGELA PATRICIA MORENO LÓPEZ¹
FREDY ALEXANDER SANCHEZ TORRES²
ASTRID DANIELA VIDAL LASSO³

1. INTRODUCCIÓN

Las luchas sociales han sido la carta de presentación de las protestas a nivel mundial. Por ello, históricamente el derecho a la protesta se ha establecido como un pilar fundamental de la democracia, pues se origina en el disenso ante las decisiones del ente que está por encima de los individuos y la forma como este acepta y maneja el desacuerdo: si lo regula o limita o, por el contrario, lo permite (MANZO UGAS, 2017).

-
- 1 Colombiana, abogada especialista en Derecho Constitucional y Administrativo de la Universidad Católica de Colombia, estudiante de Maestría en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Católica de Colombia. Docente de la Universidad de la Amazonia y Decana de la Facultad de Derechos de esa misma casa de estudios. E- mail: ang.moreno@udla.edu.co.
 - 2 Colombiano, Estudiante de derecho de la Universidad de la Amazonia. Integrante Grupo de Investigación FIBIDE. E-mail: fred.sanchez@udla.edu.co.
 - 3 Colombiana, abogada especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la Universidad Externado de Colombia y en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de las misma Universidad, maestranda en Justicia y Tutela de los Derechos Fundamentales con Énfasis en Derecho Procesal, estudiante de Doctorado. Miembro activo de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Co- directora del Grupo de Investigación FIBIDE de la Universidad de la Amazonia. E-mail: a.vidal@udla.edu.co.

En tal sentido, los diversos sistemas de protección de derechos humanos como el interamericano, europeo y africano han enfatizado en la obligación de garantizar y no vulnerar los derechos ligados en el marco de protestas sociales.

Así las cosas, cada sistema ha definido el margen de acción y aplicación para la materialización del derecho en cuestión. Desde el Sistema Interamericano, pese a no estar expresamente en la Convención, La Corte ha relacionado su salvaguarda implícitamente en derechos como la libertad de expresión, derecho de reunión, derecho de asociación, a la vida, a la integridad física y a la seguridad personal.

Por su parte, el Sistema Europeo, ha propiciado el amparo a través de la Convención Europea de Derechos Humanos por medio del derecho a la libertad de reunión y de asociación; de igual manera, el Sistema Africano, con la Carta Africana de Derechos Humanos consigna en su artículo 11 que todo individuo tendrá derecho a la libre asociación.

En tal medida, la configuración del derecho a la protesta social ha sido dada desde diversos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

Ahora, teniendo en cuenta el alcance y la no suspensión de derechos fundamentales a nivel interno en los Estados, es de manifestar la puesta en peligro en virtud a restricciones que se pueden implementar en escenarios como las pandemias.

A partir de la declaración de la Organización Mundial de Salud del 11 de marzo del año 2020 en virtud del Covid-19, el mundo se encontraría inmersa con cifras superiores a 118.000 casos reportados en más de 114 países, situación que obligaría a los Estados a adoptar medidas urgentes para contener la propagación y enfrentar sus consecuencias con confinamientos indefinidos, distanciamientos físicos, cierre de centros escolares y otras medidas que implicarían la restricción de un gran catálogo de derechos humanos, incluido el derecho a la protesta, potestad que intrínsecamente se encuentra relacionada con el derecho a la reunión, a la libertad de expresión y derechos políticos que representan los pilares de la democracia.

Ante la presencia de estos acontecimientos, la Corte Interamericana ha sido enfática en indicar que la implementación de medidas restrictivas de derechos y libertades no se pueden equiparar a una suspensión del Estado de derecho, pues tanto el orden público como la legalidad de las actuaciones del Estado son inderogables, incluso ante una situación tan excepcional como una pandemia.

En consecuencia, partiendo de una metodología de tipo documental, con enfoque cualitativo y recurriéndose al fichaje bibliográfico y análisis de doctrina, jurisprudencia, convenciones y leyes, el presente artículo tiene como problema de investigación ¿Cuál es el margen de protección convencional aplicable al derecho de la protesta social en Colombia bajo la situación de emergencia sanitaria por la declaratoria de pandemia del Covid-19? Para responder el problema jurídico, este trabajo se ha estructurado desde los objetivos específicos de i) determinar el alcance de protección del derecho a la protesta social en épocas de pandemia a nivel convencional; ii) analizar las regulaciones dadas en Colombia a la protesta social en épocas de pandemia.

2. EL DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL DESDE EL ÁMBITO INTERNACIONAL

El derecho a la protesta social, si bien no se encuentra regulado de forma expresa, diversos instrumentos internacionales han dado protección al derecho a la protesta, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁶, Convención sobre los Derechos del Niño⁷,

4 Artículo 20 Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación

5 Artículo 21 Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás

6 Artículo 5 En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: [...] d) Otros derechos civiles, en particular: [...] ix) El derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas

7 Artículo 15 1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas. 2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad

Convención Americana de Derechos Humanos, Convención Europea de Derechos Humanos, Carta Africana de Derechos Humanos, Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos tales como 15/21, 21/16 y 24/5, entre otros.

Dicho marco jurídico concibe la protesta social desde el espectro de la libertad de reunión, de asociación pacífica, libertad de opinión y expresión, derecho a la fuerza, derecho a la vida, garantías de detención, derechos políticos, trayéndolo como un pilar base de las sociedades democráticas

La Organización de las Naciones Unidas ha consolidado el derecho a la protesta social partiendo del concepto de reunión, el cual es entendido como un instrumento que busca expresar derechos sociales, económicos, políticos, civiles y culturales, lo que significa que desempeñen un papel decisivo en la protección y la promoción de una amplia gama de derechos, lo que a su vez integran las protestas prolongadas y las ocupaciones (ONU, 2016).

Doctrinalmente este derecho ha sido desarrollado bajo dos esferas específicas: la primera cuya materialización se encuentra con la posibilidad de realizar y participar en reuniones pacíficas; y la segunda, que consiste en el derecho a recibir protección de terceros intervinientes (LÓPEZ DAZA, 2019).

Ahora bien, cabe recordar que no existen derechos humanos absolutos, la materialización de estos derechos se da de forma general y solo se aplican reglas excepcionales para su limitación. En tal sentido, cada sistema de protección da lineamientos para su regulación.

2.1. EL DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana ha ceñido el desarrollo del derecho a la protesta social bajo un catálogo de derechos contenidos en la Convención Americana de Derecho Humanos, tales como el derecho a la libertad de expresión (artículo 13), el derecho de reunión (artículo 15) y el derecho de asociación (artículo 16), así como el derecho fundamental a la vida, a la integridad física y, a la seguridad persona o el derecho a la libertad.

con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Así las cosas, el órgano jurisdiccional del sistema interamericano ha determinado el alcance de la protesta social desde la interpretación jurisprudencial con el caso *Escher y otros Vs. Brasil*. 6 de julio de 2009. Serie C No. 200

169. El artículo 15 de la Convención Americana consagra el derecho de reunión pacífica y sin armas. A su vez, la libertad de asociación, prevista en el artículo 16 del mismo tratado presupone el derecho de reunión y se caracteriza por habilitar a las personas para crear o participar en entidades u organizaciones con el objeto de actuar colectivamente para la consecución de los más diversos fines, siempre y cuando éstos sean legítimos. A diferencia de la libertad de asociación, el derecho de reunión no implica necesariamente la creación o participación en una entidad u organización, sino que puede manifestarse en una unión esporádica o congregación para perseguir los más diversos fines mientras éstos sean pacíficos y conformes con la Convención.

En ese tenor, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión) ha manifestado en diferentes oportunidades que los Estados han percibido e instrumentado respuestas desproporcionadas frente a las protestas, como si se trataran de una amenaza para la estabilidad del gobierno o para la seguridad interior, esto ha traído como consecuencia hechos de violencia generalizada en los que no solo se afecta seriamente el ejercicio de este derecho, sino que también se vulneran los derechos a la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de las personas que participan en las protestas sociales (CIDH, 2011).

Respecto a lo anterior, la Comisión ha reiterado que los Estados tienen la obligación positiva de proporcionar un entorno propicio, incluso en tiempos de crisis, para la libertad de reunión, lo que incluye adoptar medidas para garantizar que las reuniones pacíficas puedan tener lugar libremente y sin restricciones indebidas y asegurando que se protegen las reuniones frente a ataques, incluidos de contra manifestantes (ONU, CIDH, CADHP y OSCE, 2020),

Lo anterior ha sido objeto de pronunciamiento frente a la Corte Interamericana estableciendo que la seguridad ciudadana no puede basarse en un paradigma de uso de la fuerza que apunte a tratar a la población civil como el enemigo, sino que debe consistir en la protección y control de los civiles que participan de manifestaciones⁸.

8 Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Excepción Prelimi-

Bajo esta premisa, en la Declaración Conjunta sobre violencia contra periodistas en el marco de las manifestaciones sociales adoptada en el año 2013, se consignó que los derechos de reunión y libertad de expresión:

Son fundamentales y su garantía es una condición necesaria para la existencia y el funcionamiento de una sociedad democrática. Un Estado puede imponer limitaciones razonables a las manifestaciones con el fin de asegurar el desarrollo pacífico de las mismas o dispersar aquellas que se tornan violentas, siempre que tales límites se encuentren regidos por los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Además, la desconcentración de una manifestación debe justificarse en el deber de protección de las personas, y deben utilizarse las medidas más seguras y menos lesivas para los manifestantes. El uso de la fuerza en manifestaciones públicas debe ser excepcional y en circunstancias estrictamente necesarias conforme a los principios internacionalmente reconocidos. (ONU, 2013)

A partir del año 2010, se creó una Relatoría Especial sobre el derecho a la libertad de reunión pacífica teniendo como objeto de mandato que “Las Naciones Unidas reconocen la importancia del derecho a la libertad de reunión pacífica y asociación para el pleno disfrute de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos, sociales y culturales”.

En el ejercicio de sus funciones, el Consejo de Derechos Humanos ha proferido sendas resoluciones en aras de garantizar el derecho humano de manifestación pacífica ya que las mismas no pueden catalogarse como una amenaza para el Estado, entre ellas se tiene: Resolución 15/21 del 06 de octubre de 2010; Resolución 24/5 del 08 de octubre de 2013; Resolución 25/38 del 11 de abril de 2014, Resolución 32/32 del 19 de julio de 2016 y Resolución 41/12 del 19 de julio de 2019.

En particular la Resolución 24/5 de 2013, recordó que los Estados tienen la obligación de respetar y proteger plenamente los derechos de todas las personas a la libertad de reunión pacífica y de asociación por cualquier vía, electrónica o no, también en el contexto de unas elecciones, incluidas las personas que abrazaran opiniones o creencias minoritarias o disidentes, así como todos los grupos expuestos a mayores riesgos que trataran de ejercer o promover sus derechos y más adelante la Resolución

nar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C. N° 150, párrafo 78, y Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2018, Serie C N°371, párrafo 175.

25/38 de 2014 abanderada “La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas”.

De esta última resolución, se trae a colación el Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación A/69/365 del 01 de septiembre de 2014, donde se sustrae el deber y responsabilidad de los Estados de reconocer y proteger las manifestaciones pacíficas y de crear espacios que puedan reforzar los derechos humanos y la democracia, de allí que se deban adoptar medidas para evitar amenazas de funcionarios del Estado; actos de tortura y malos tratos, detenciones y arrestos arbitrarios, actos de vigilancia y confiscación de pasaportes y prohibiciones de viajar, lo anterior con el fin de restringir reuniones o manifestaciones (ONU, 2014).

En igual forma, el Relator Especial sobre los derechos sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación en su informe A/HRC/31/66 el 04 de febrero de 2016, recalca la no implementación de las armas de fuego para simplemente disolver una reunión, así como también que solo de manera excepcional se puede disolver una manifestación:

61. El hecho de disolver una reunión conlleva el riesgo de violar los derechos a la libertad de expresión y de reunión pacífica, así como el derecho a la integridad física. Si se disuelve una reunión se corre también el peligro de intensificar las tensiones entre los participantes y las fuerzas de seguridad. En consecuencia, solo debe recurrirse a esa medida cuando sea estrictamente inevitable [...]

En consecuencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado límites comunes en los derechos de la libertad de expresión, reunión y la libertad de asociación, lo que conllevan a establecer un test tripartito para la regulación del derecho a la manifestación o protesta social: proporcionalidad, legalidad y necesidad⁹. Así se ha reiterado, en sentencias Caso López Lone y otros Vs. Honduras¹⁰, Caso Zambrano Vélez y

9 Véase también OAS. Protesta y derechos humanos. Sept. 2019. Disponible em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf> Acceso em: 22 set. 2021.

10 Corte IDH. Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 3025. 168. No obstante, de acuerdo a la propia Convención, el derecho a participar en política, la libertad de expresión y el derecho de reunión no son derechos absolutos y pueden estar sujetos a restricciones. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o

otros Vs. Ecuador¹¹, entre otras.

En dicho entendido, deben concurrir coetáneamente los tres criterios señalados con anterior para poder llegar a una restricción; aunado a ello, se debe seguir lo expresado en el artículo 13.2, 15 y 16.2 de la convención americana de derechos humanos, otras alegaciones como “Seguridad del Estado’, ‘seguridad pública’, ‘orden público’ y ‘protección de los derechos de los demás’ deben ser definidas e interpretadas de conformidad con el marco jurídico interamericano”¹².

En conclusión, no podrá establecerse una normatividad generalizada para la disposición del derecho a la protesta social puesto que cada caso en específico deberá atender a razones de proporcionalidad, necesidad y legalidad.

2.2. EL DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como tribunal supranacional que genera obligaciones vinculantes para los Estados, ha contemplado por vía convencional y jurisprudencial un amplio abanico de derechos protegidos, entre estos en los artículos 2 y 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos el cual prevé el derecho a la libertad de reunión y de asociación, los cuales no podrán ser objeto de otras restricciones que aquellas que consigna la misma ley y deban constituir medidas necesarias, es decir que, dichos derechos se encuentran limitados de manera excepcional con la finalidad de proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenas, de allí que los Estados tengan a su cargo el deber de

arbitrarias, por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

11 Corte IDH. Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 3025. 85. El uso de la fuerza debe estar limitado por los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad.

12 Véase también OAS. Protesta y derechos humanos. Sept. 2019. Disponible em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf> Acceso em: 22 set. 2021.

mantener el orden público, pero ejecutando restricciones bajo estrictos criterios de necesidad y proporcionalidad (ONU, 2013), así como evitar prohibiciones generales con respecto a la hora y lugar de celebración de protestas sociales (ONU, 2012).

Del mismo modo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha estipulado que si una protesta o manifestación busca emitir un mensaje específico para una persona, un grupo o una organización, esta debe poder realizarla, en un lugar y horario que permita la difusión visual y sonora del mensaje, todo de acuerdo al principio conocido como *sight and sound* (OSCE/OIDDHH, 2017), de allí que establezca jurisprudencialmente que

Cualquier restricción impuesta debe ser necesaria y proporcionada al objetivo perseguido... Además, (las reuniones) deben facilitarse dentro de “*sight and sound*” de sus objetivos y la audiencia objetiva. Y los “organizadores de reuniones pacíficas no deben ser obligados a seguir las sugerencias de las autoridades si estas atentan contra la esencia de su derecho a la libertad de reunión pacífica. (TEDH, 2017, párr. 40)

En este sendero, la Corte Europea de Derechos Humanos considera que la prohibición de una manifestación pública por el solo hecho de existir otro evento público previsto en el mismo lugar y horario, no son un indicativo claro de que los eventos no puedan ser administrados de forma apropiada por parte de las fuerzas de seguridad pues ello interfiere de manera desproporcional en el derecho de reunión (TEDH, 2017). En el caso *Öllinger vs Austria*, la Corte Europea estableció que, frente a las tensiones o intercambios acalorados entre grupos opositores, no puede emplearse como única justificación para prohibir manifestaciones, de allí que determine:

La noción de necesidad implica que la injerencia corresponde a una necesidad social urgente y, en particular que sea proporcionado al objetivo legítimo perseguido. Los Estado Contratantes tienen cierto margen de apreciación para evaluar si existe tal necesidad (CEDH, 2006).

En el caso *Izci vs Turquía* (CEDH, 2013), el Tribunal consideró que los Estados tienen la obligación de mostrar un nivel de tolerancia y control ante el intento de dispersas a la multitud, pues en el caso concreto, esta no había sido violenta ni representaba un peligro para el orden público, de igual forma, estableció que el uso desproporcionado de la fuerza contra

los manifestantes resultaría en lesiones que atentaría contra sus derechos fundamentales; bajo esta línea, refirió la Corte que frente a la incapacidad de las autoridades turcas en descubrir y sancionar a los policías responsables, exteriorizaba una gran cantidad de dudas sobre el cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones con arreglo al Convenio para llevar a cabo una eficaz investigación respecto a la denuncia de maltrato.

De esta forma, con la declaración mundial de la pandemia de la OMS del 11 de marzo de 2020, los Gobiernos de la Unión Europea han implementado una serie de restricciones sin precedentes a las libertades de las personas, argumentando que esto es necesario para frenar la propagación del virus. Para permitirse actuar con prontitud, muchos Gobiernos activaron estados de emergencia y esto facilitó y agilizó la toma de decisiones, pero también redujo el espacio para el debate democrático, la participación y el acceso a la información (CIVIL LIBERTIES UNIÓN FOR EUROPE, 2020).

Por lo anterior, algunos organismos de vigilancia y observadores internacionales advirtieron sobre el riesgo de que determinadas medidas como consecuencia de la pandemia podrían dar lugar a las restricciones innecesarias y desproporcionadas a las libertades de las personas cuyos intereses se alejaban de lo necesario para contrarrestar la propagación del virus¹³. Se tiene claro que ante la inminencia de un peligro grave para la comunidad es necesaria la implementación de medidas extraordinarias como restricción de derechos que contrarresten sus consecuencias nocivas, pero dichas medidas se deben desplegar bajo parámetros necesarios para abordar la emergencia real¹⁴.

Empero, pese a las advertencias pronto comenzaron a registrarse restricciones alarmantes y desproporcionadas de las libertades cívicas, las participación pública y derechos que conforman los pilares de toda democracia, de allí que se adopten formas como: las prohibiciones de protestas

13 Véase también, la declaración del Secretario General de la ONU del 23 de abril del año 2020; Human Rights Watch, Dimensiones de derechos humanos en la respuesta al COVID-19 y, específicamente frente a la Unión Europea revisar *The impact of COVID-19 Measure on Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights in the EU*, del parlamento europeo de abril del año 2020.

14 Frente a dicho enunciado, recordar que el artículo 52 de la Carta de los derechos fundamentales de la unión europea refiere que: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Solo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesaria y respondan efectivamente a objetivo de interés general [...]”

y manifestaciones, la censura de la libertad de expresión, la denegación del acceso a la información y el debilitamiento de la supervisión democrática de ciertas acciones gubernamentales han destacado como las preocupaciones más urgentes (CIVIL LIBERTIES UNIÓN FOR EUROPE, 2020).

2.3. EL DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL EN EL SISTEMA AFRICANO DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS

La Carta Africana de Derechos Humanos, resultado del largo proceso de adopción del concepto mismo de “derechos humanos”, parte de características propias, una de ella es la relativa a la inclusión de un solo instrumento de derechos tanto individuales como colectivos los cuales fueron previstos gracias a la presión ejercida por los entonces países socialistas como Etiopia y Mozambique (SAAVEDRA ÁLVAREZ, 2008).

La importancia de la referencia a ambas categorías de derechos es una señal de que la violación a cualquier tipo de derecho, incluso si son colectivos, conlleva necesariamente a consecuencias jurídicas que obligan a su reparación; en otras palabras, no existe derecho alguno que no pueda hacerse efectivo o que no esté garantizado.

En suma, el artículo 11 establece que todo individuo tendrá derecho a la libre asociación, siempre que cumpla la ley, de allí que el ejercicio de este derecho esté condicionado solamente a las restricciones necesarias señaladas bajo la legalidad, en particular aquellas llevadas a cabo en interés de la seguridad nacional, el orden público, los derechos y libertades de los demás.

Empero, pese a las extralimitaciones y represión del Estado las cuales empeoraron en el año 2020 con la declaración de pandemia por la OMS, puesto que los gobiernos aprovecharon la pandemia de COVID-19 para intensificar las restricciones del derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica, conllevando esto a una frecuente violación de derechos humanos, en particular el uso excesivo de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad para imponer su cumplimiento (AMNESTY INTERNATIONAL LTD., 2021).

El uso de la fuerza excesiva sería el frecuente medio para hacer cumplir las normas relativas a la COVID-19, lo que traería como consecuencia muertes y lesiones en muchos casos, como en Angola, Kenia, Sudáfrica, Togo, Uganda¹⁵, así como el caso de Collins Khosa en Sudá-

15 Para el año 2020 en Angola se registraban muertes de decenas de personas por dispa-

frica tras recibir una brutal paliza de efectivos militares y policiales que hacían cumplir el confinamiento de ámbito nacional lo cual reflejó una gran preocupación acerca del uso excesivo de la fuerza por las fuerzas de seguridad (AMNESTY INTERNATIONAL LTD., 2021).

En virtud de la flagrante vulneración derechos entre ellos el de reunión y protesta, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se pronunció en el año 2021 oponiéndose a las medidas adoptadas por los Gobiernos de la siguiente forma:

Condenando los intentos de algunos Gobiernos de reprimir reuniones a través de medidas tales como: aplicación desproporcionada e injustificada de sanciones penales y administrativa contra los organizadores y los participantes de reuniones pacíficas, incluidos castigos colectivos; estigmatización e intimidación de los participantes en las reuniones y sus familiares, incluso a través de declaraciones oficiales e informes de los medios de comunicación; intimidación, acoso, violencia sexual y violación contra mujeres manifestantes; operaciones de vigilancia masiva contra manifestante; corte de internet y restricción del ancho de banda con el fin de impedir la organización de reuniones; y violencia y restricciones indebidas al trabajo de periodistas, seguidores de reuniones y otros observadores de reuniones (ONU, CIDH, CADHP y OSCE, 2020).

3. DISPOSICIONES INTERNACIONALES DE PROTESTA SOCIAL Y COVID-19

El 09 de diciembre del año 2020, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la libertad de Reunión pacífica y Asociación, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el Relator Especial sobre Defensores de Derechos Humanos de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), y la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE en declaración conjunta sobre el derecho a la libertad de reunión pacífica y la gobernanza democrática dispusieron de unos parámetros para el ejercicio del derechos a la manifestación social bajo 6 ejes:

ros de la policía, incluido un niño de 14 años. En Kenia, al menos seis personas, entre ellas un niño de 13 años, murieron a causa de la violencia policial en los primeros 10 días del toque de queda impuesto en todo el país. Aunque el presidente pidió disculpas públicamente, los excesos policiales continuaron durante todo el año.

i. **Principios generales:** Los Estados deben adoptar un enfoque basado en el principio de que la libertad de reunión pacífica es un derecho fundamental y no un privilegio, así como que el ejercicio pleno del derecho debe ser la norma y solo podrá restringirse cuando se satisfagan requisitos positivos, se debe presumir el carácter pacífico¹⁶ de cualquier reunión, la protección de la salud, la seguridad y el orden público no es incompatible con el ejercicio del derecho de reunión pacífica. Las situaciones de crisis, incluidas las emergencias de salud pública, no debe utilizarse como pretexto para infringir los derechos y para imponer restricciones indebidas a las libertades públicas.

ii. **Entorno propicio para la libertad de reunión pacífica:** Los Estados tienen la obligación positiva de promover el derecho a la libertad de reunión pacífica, la legislación debe tener como objeto garantizar el ejercicio del derecho a la libertad de reunión pacífica, también restringiendo la capacidad de las autoridades para prohibir e imponer limitaciones a las reuniones, los Estados deben abstener de utilizar la tecnología de la información y la comunicación para intimidar, acosar o disuadir de otro modo a las personas de ejercer su derecho a la libertad de reunión pacífica.

iii. **Espacios de reunión:** No se debe prohibir o dispersar una reunión por el mero hecho de que interfiera temporalmente con las actividades comerciales o la libre circulación del tráfico; las instalaciones normalmente accesibles al público que sean edificios o estructuras - como auditorios, estadios u otros edificios de propiedad públicas - también deben considerarse lugares legítimos para reuniones públicas; el derecho a la libertad de reunión pacífica también se aplica a los espacios en línea y al uso de la tecnología de la información y la comunicación, en tiempos de crisis de salud pública como la que se produjo en el contexto del COVID-19, en los que el acceso a las reuniones físicas puede verse restringido, se hace todavía más necesario garantizar el acceso y el uso de internet.

iv. **El papel de las fuerzas encargadas de hacer cumplir la ley durante las reuniones:** Durante una reunión, solo podrán imponerse restricciones cuando estén rigurosamente justificadas sobre la base de pruebas convincentes y concluyentes y de acuerdo al principio de legalidad, necesidad y proporcionalidad; la detención y el registro sistemáticos están prohibidos y constituyen una violación tanto del derecho a la libertad de reunión pacífica como del

16 Interpretando el término “pacífico” de manera amplia, de forma que excluya únicamente los actos de violencia generalizada y grave que no pueda disociarse de la reunión (ONU, CIDH, CADHP y OSCE, 2020).

derecho a la privacidad; la mediación o la negociación son técnicas clave que deben emplearse para abordar las tensiones que surgen en el transcurso de las reuniones, antes de recurrir a cualquier otra opción; en tiempos de emergencia de salud pública, como durante la pandemia de Covid-19, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que gestionan las reuniones y las personas detenidas deben recibir equipo de protección sanitaria personal para garantizar que se respetar su derecho a la salud.

v. **Deber de responder a las demandas públicas:** Las pruebas hasta la fecha indican que la crisis del COVID-19 y las medidas que los Estados han tomado en respuesta están exacerbando muchas de las situaciones subyacente de injusticia, desigualdad y sufrimiento que llevaron a las protestas anteriores al COVID-19. Resulta fundamental que los Estados corrijan su rumbo y tomen plenamente en cuenta las demandas públicas de un mayor cumplimiento de los derechos.

vi. **Rendición de cuentas por violaciones de derechos humanos en el contexto de las protestas:** Las autoridades estatales deben cumplir con sus obligaciones legales y rendir cuentas pro cualquier incumplimiento; cuando se aleguen violaciones a gran escala, así como cuando se hayan cometido violaciones contra múltiples reuniones, se deberá establecer una comisión de investigación integral e independientes.

4. EL DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL EN COLOMBIA

A la luz de la Constitución Política de 1991, desde la Asamblea de la Constituyente se dio un alcance al derecho a la protesta, el delegado Diego Uribe en el informe-ponencia para debate en Plenaria manifestó:

Con el criterio de extender el ámbito de las libertades, la Comisión Primera de la Constituyente le dio un contenido menos restrictivo al derecho de reunión, que es fundamental en la vida política y social del país. Al decir la norma que “toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente”, se evita consagrar en la propia Carta, las restricciones de policía que las prescriben. El ejercicio de los derechos debe tener consagración tan nítida en la Carta Política, que antes de las talanqueras u obstáculos para el ejercicio, aparezca la expresión nítida de su contenido” (Corte Constitucional, 1992)

De allí que se manifieste con todo su esplendor en los artículos 37, 38, 39 y 56 de la Carta Política de 1991; sin embargo, de dichos lineamientos constitucionales no se observa de forma taxativa parámetros por los cuales se puedan limitar o restringir el derecho de reunión o manifestación, y mucho menos su ejercicio en medio de una pandemia mundial.

De lo anterior, que la Corte Constitucional en sentencia C-742 de 2012, señaló que la Constitución había autorizado al Legislador para fijar los términos del ejercicio del derecho, para lo cual, por ejemplo, había reglamentado los casos en que era necesario el aviso, con el objetivo de que se previeran las medidas para que el ejercicio del mismo no afecte de manera significativa el desarrollo normal de las actividades urbanas, se asegure la circulación, los derechos de quienes no participan en la manifestación pública y se promueva la tolerancia. Por último, recalcó el rechazo contemplado en la Constitución a las manifestaciones violentas y la existencia de diversos medios legítimos para expresar las inconformidades¹⁷.

Ahora bien, este Tribunal Constitucional ha establecido que ante la omisión de determinar de forma expresa los valores o derechos que deben protegerse para justificar las limitaciones al derecho de reunión y manifestación, será tarea de los jueces estudiar las limitaciones constitucionalmente aceptables, mediante la creación de fórmulas de equilibrio que permitan conciliar el libre ejercicio del derecho y el orden público, así como armonizar los conflictos del derecho de reunión y manifestación de ciertas personas con el ejercicio de los derechos fundamentales de los demás.

En este punto, se debe resaltar que el artículo 37 de la Constitución somete la protección de estos derechos en la esfera pública con condiciones pacíficas lo cual excluye su ejercicio a través de medios violentos. Así que se deben corroborar la aplicación de elementos subjetivos,

17 A su vez indica la Corte Constitucional en sentencia C-742 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa. “Y es importante resaltar lo siguiente. La Constitución rechaza expresamente el uso de la violencia dentro del marco del Estado de derecho. Cuando existen instrumentos idóneos para expresar la inconformidad, como el estatuto de la oposición, la revocatoria de mandato, el principio de la soberanía popular, el control de constitucionalidad, la acción de tutela, las acciones de cumplimiento y las acciones populares, o las manifestaciones pacíficas, pierden sustento los posibles motivos usados para legitimar la confrontación armada o las actitudes violentas de resistencia a la autoridad. Para la Corporación, “[...] los correctivos a las fallas en el manejo del poder político tienen que ser de derecho y no de hecho. La vía de hecho no puede, bajo ningún aspecto, conducir al restablecimiento del orden, no sólo por falta de legitimidad in causa para ello, sino porque siempre es, dentro del Estado de Derecho, un medio inadecuado, desproporcionado y generador de desorden”

temporales, finalísticos y reales al artículo 37 de la Carta Política de 1991, el ejercicio de estos derechos solo se permite en esas condiciones.

En concordancia, cabe enfatizar en que el elemento finalístico reseñado, exige la licitud del objetivo de la reunión o manifestación, lo cual refuerza la condición de que los derechos se ejerzan de forma pacífica. Tal condición constituye un presupuesto del goce de estos derechos que implica que la violencia, sin importar en qué momento se produzca, si como un exceso a lo que comenzó en términos pacíficos o como el objetivo de una manifestación particular, escapa de la garantía de los derechos, al salirse de su contorno material (BOGOTÁ, 2021).

Así las cosas y atendiendo al problema de investigación, es menester precisar que la pandemia en razón del Covid-19 por la OMS, ha implicado la adopción de medidas estatales protectoras para disminuir los riesgos asociados al contagio, tales como: cuarentenas indefinidas, confinamientos, distanciamiento físico, cierre de centros escolares y comercio, entre otros.

En tal medida, con la expedición del decreto de emergencia sanitaria en Colombia la cual conlleva entre otras medidas las de distanciamiento y confinamiento, puede darse una afectación en el ejercicio del derecho a la manifestación social; frente a lo anterior, manifiesta el Gobierno de Bogotá (2020, p. 3)

su ejercicio se debe enmarcar en la garantía de no poner en riesgo la salud y la vida de quienes participan de la protesta ni de otros que sin participar se vean implicados en la misma, como el caso de los transeúntes, comerciantes, servidores públicos o miembros de la fuerza pública.

Es claro que el ejercicio del derecho a la protesta social vinculado con un estado de pandemia es objeto de debate en el campo político, jurídico, social y médico, pues los Estados han optado por manejar su ejercicio de formas particulares, así por ejemplo, en España las diferentes municipalidades han autorizado, o no, similares formas de manifestación como protestas en vehículos o de números reducidos de personas¹⁸, por ejemplo, en Grecia se ha optado por el auto control a partir del uso de mascarillas y el respeto por la distancia de seguridad.

Por su parte, Chile y Argentina ha optado por no implementar regulaciones que ponderen los derechos, sin embargo, han emanado re-

18 Véase también El País, 2020.

comendaciones como la regulación de la duración de las protestas, al respecto de lo cual se esperaba reducir el tiempo de contacto.

Asimismo, en Alemania, Estados Unidos y Francia¹⁹, ha sucedido algo similar, pero con el agravante que las protestas han sido en contra de las medidas de salud pública adoptadas por el Gobierno, pues los manifestantes indicaban tener una gran incertidumbre sobre la existencia real del virus y, por ende, asumían dichas medidas como una estrategia de control global tanto con las medidas de aislamiento como el posible desarrollo de vacunas que frenaban el avance del virus.

En el caso en concreto, Colombia ha tenido una óptica distinta, pues recientemente el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, sección cuarta, subsección “B” por medio de auto interlocutorio del 27 de abril de 2021, resolvió decretar de manera oficiosa como medida cautelar provisional el aplazamiento de las manifestaciones a llevarse a cabo el día 28 de abril y 1° de mayo de 2021 en todo el territorio nacional hasta tanto:

se implemente un protocolo de bioseguridad o se alcance la inmunidad de rebaño con la vacunación contra la PANDEMIA COVID-19 Y SUS MUTACIONES que garantice a los manifestantes como a los terceros de que se cuenta en esta providencia los derechos fundamentales a la SALUD, LA VIDA y la SALUBRIDAD PÚBLICA

La providencia adoptada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca fue objeto de estudio por parte del Consejo de Estado de Colombia en sentencia de tutela el 11 de junio de 2021, en el cual se indicó que el pronunciamiento adoptado por el Tribunal había rebasado sus competencias constitucionales por cuanto los límites al ejercicio de los derechos fundamentales, como el de la reunión y manifestación y protesta públicas y pacíficas, solo pueden ser establecidos razonada y justificadamente por el legislador a la luz del derecho convencional pregonado por el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia.

En esta línea argumentativa la Corte Constitucional de Colombia²⁰ ha indicado que, en tanto libertades, la regulación de los derechos que se derivan del artículo 37 de la Constitución no puede estar sujeta a autorizaciones, aun cuando se han permitido avisos en los eventos en los cuales esas manifestaciones se ejercen en lugares de tránsito público,

19 Véase también Agencia Efe, 2021.

20 Ver sentencias C-281 de 2017 y C-009 de 2018 de la Corte Constitucional de Colombia.

con fundamento en la salvaguarda de valores importantes como la seguridad de los manifestantes, entre otros. Sin embargo, tal aviso no tiene la calidad de una autorización, puesto que, por tratarse de un derecho de libertad, éste no puede limitarse injustificadamente.

En suma, indica el máximo órgano constitucional que los derechos a la reunión y a la manifestación pública y pacífica son derechos de libertad, fundamentales y autónomos y están interrelacionados con los derechos a la libertad de expresión, de asociación y participación al ser medios para ejercer los anteriores.

Inclusive, se ha determinado que el ejercicio de este derecho es una manifestación del derecho a la libertad de expresión. Así mismo, sólo es posible su limitación mediante ley y la protección a la comunicación colectiva, estática o dinámica, de ideas, opiniones o de la protesta está supeditada a que se haga de forma pacífica, lo cual excluye las manifestaciones violentas, y a que tenga objetivos lícitos.

En efecto, estos preceptos normativos están en línea con lo dispuesto por el derecho convencional cuyos límites únicamente puede ser dispuestos bajo unos parámetros específicos con el criterio de necesidad, proporcionalidad y ponderación.

Por su lado, la OMS el 19 de marzo de 2020, dispuso una serie de consideraciones relativas a las concentraciones multitudinarias en el contexto de la Covid-19, en la cual se indicó que la amplificación de la Covid-19 y la presión adicional para los sistemas de salud podrían ser consecuencia de las concentraciones multitudinarias en eventos con una gran densidad de personas y en lugares específicos durante un periodo determinado. Adicionalmente, a medida que evolucione la pandemia, los países o zonas experimentarán rebrotes de casos intercalados, de allí que indique la Organización Mundial de la Salud (2020, p 1) que:

en los países donde se presente una intensidad general de la transmisión esté disminuyendo y se estén levantando medidas de salud pública y sociales se puede considerar la posibilidad de reanudar las concentraciones multitudinarias.

De allí que las medidas legislativas que se pretendan abarcar deben buscar no únicamente la estabilidad del sistema de salud, sino también el diálogo previo con los organizadores para que el cuidado se incorpore paulatinamente y de diversas maneras al ejercicio del derecho a la protesta.

El pasado 07 de julio de 2021, estando aun en emergencia por el Covid-19, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expidió observaciones y recomendaciones al Estado Colombiano en virtud de la visita efectuada en las fechas del 8 al 10 de junio de 2021, dentro de ellas determinó:

- Recomendaciones generales sobre el derecho a la protesta social
5. Respetar y garantizar el pleno goce del derecho a la protesta, a la libertad de expresión, a la reunión pacífica y a la participación política de toda la población.
 6. Promover el estándar interamericano según el cual los funcionarios públicos tienen el deber de abstenerse de realizar declaraciones que estigmaticen o inciten a la violencia contra las personas que participan de las manifestaciones y protestas, en especial jóvenes, pueblos indígenas, personas afrodescendientes, mujeres, personas LGBTI y personas defensoras de derechos humanos.
 7. Elaborar y aprobar una ley estatutaria que regule los alcances y limitaciones del derecho a la protesta en Colombia, de acuerdo con lo dictado por la Corte Suprema y en conformidad a los estándares internacionales en la materia.

Lo anterior, me permite abordar la respuesta al problema jurídico ¿Cuál es el margen de protección convencional aplicable al derecho de la protesta social en Colombia bajo la situación de emergencia sanitaria por la declaratoria de pandemia del Covid-19?

Es claro que el ejercicio del derecho a la protesta vinculado con una pandemia implica una serie de dificultades sociales, médicas, políticas y sobre todo jurídicas, pues la protesta es entendida como uno de los mecanismos de participación directa para intervenir en asuntos de interés público²¹ por lo cual la garantía para su organización es fundamental para la democracia²², asimismo, ha indicado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe “Protesta y Derechos Humanos” de septiembre

21 CIDH/RELE. Protesta y Derechos Humanos. §20. CorteIDH. Caso Petro Urrego vs. Colombia. Sentencia 8/07/2020. EPRFC. p. 93; Caso López Lone y otros Vs. Honduras, supra. p. 162.

22 Observación General No.25. La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto. 12/07/1996. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194.Párr. 25; Considerandos de la Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU 25/38. La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas. A/HRC/RES/25/38. 11 de abril de 2014.

del año 2019 el cual contiene importantes definiciones, que los manifestantes tienen la libertad de elegir la modalidad, forma, lugar y mensaje para llevar a cabo la protesta pacífica, y los Estados la obligación de gestionar el conflicto social desde una perspectiva con ánimo de diálogo.

En este orden de ideas, el derecho a la protesta se encuentra fuertemente conectado con el derecho a la reunión, el derecho a la libertad de expresión²³ y los derechos políticos como derechos fundamentales para el juego democrático²⁴. Siendo así que se constituya como uno de los mecanismos de participación directa para intervenir en asuntos de interés público, incluso si las motivaciones que susciten estas manifestaciones se encuentren en contra de las actuaciones del Estado, estas constituyen una forma de defender la democracia, esto supone una concretización del derecho a participar en asuntos públicos²⁵.

En esta línea, la Corte ha sido enfática en señalar que la implementación de medidas restrictivas excepcionales a derechos y libertades no puede equipararse a la suspensión temporal del Estado de Derecho: el orden democrático y la legalidad de las actuaciones del Estado son inderogables²⁶ incluso si se trata de una situación tan excepcional como una pandemia²⁷.

De dicha forma, la recomendación dada por la Comisión de “Elaborar y aprobar una ley estatutaria que regule los alcances y limitaciones del derecho a la protesta en Colombia, de acuerdo con lo dictado por la Corte Suprema y en conformidad a los estándares internacionales en la materia” resulta *a priori* una contradicción de la protección al derecho a la protesta como ha dicho la Corte Interamericana en sentencias como las ya vistas en párrafos precedentes.

23 CorteIDH, Caso Mujeres de Atenco vs. México. EPRFC. Sentencia 28/11/2018. Serie C No.371. §173; CIDH/RELE. “Protesta y Derechos Humanos: estándares sobre los derechos humanos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal”. 2019. p. 2.

24 CorteIDH. Castañeda Gutman Vs. México. EPFRC. Sentencia 06/08/2008. Serie C No.184. p.174-205; Caso López Lone y otros vs. Honduras. EPFRC. Sentencia 05/08/2015. Serie C No.302. p.160. Caso

25 CorteIDH, Caso Lopez Lone y otros vs Honduras. p. 160, 164.

26 CorteIDH. OC-8/87, Supra.; Opinión consultiva OC-9/87 del 06/10/1987; Caso Espinoza González vs. Perú. EPFRC. Sentencia 20/11/2014. Serie C No.289; Caso J. Vs. Perú. EPFRC.

27 CIDH, Resolución 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos”, Recomendación No. 20.

5. CONCLUSIÓN

El estándar internacional en el marco del derecho a la protesta social es extensivo para cualquier tipo de circunstancia que se presente a nivel Interno en un país, su limitación solo podrá obedecer a criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

La protesta social no es limitada o prohibida en épocas de pandemia, por el contrario, se deben adoptar medidas para proteger y preservar la vida sin querer ello decir que se pueda trasgredir otros derechos fundamentales como el de la protesta social.

El Estado Colombiano actualmente debe implementar una ley mediante la cual se determine el alcance y limitaciones de la protesta teniendo en cuenta las restricciones de los derechos que comprende la protesta social.

REFERÊNCIAS

AGENCIA EFE. **Macron eleva el tono contra los antivacunas:** “No cederé ante su violencia”. 04 de ago. 2021, Disponible em: <https://www.efe.com/efe/espana/mundo/macron-eleva-el-tono-contra-los-antivacunas-no-cedere-ante-su-violencia/10001-4602024>, Acceso em: 18 set. 2021.

AMNESTY INTERNATIONAL LTD. (Reino Unido). **Informe 2020/21 amnistía internacional: la situación de los derechos humanos en el mundo.** Londres, 2021.

BOGOTÁ, Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Cuarta, subsección B), Auto decreta medica cautelar, radicado 25000231500020200270000,

Relator: Nelly Yolanda Villamizar de Peñaranda, 27 de abril de 2021.

CIVIL LIBERTIES UNIÓN FOR EUROPE (Alemania). **Protesta en Cuarentena:** Cómo algunos Gobiernos Europeos han utilizado la Covid-19 para restringir las libertades y el espacio cívico. Berlín, 2020.

CIDH. **Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas.** Washington D.C., 2011.

CIDH, Sentencia Caso Escher y Otros vs. Brasil, 06 de julio de 2009.

CIDH, Sentencia Caso López Lone y Otros vs. Honduras, 05 de octubre de 2015.

CIDH, Sentencia Caso Zambrano Vélez y Otros vs. Ecuador, 04 de julio de 2007.

COLOMBIA, [Constitución 1991]. **Constitución Política de Colombia de 1991**. Bogotá D.C., 1991.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia de Tutela expediente No. T-1778, Relator: Jaime Sanin Greiffenstein y Eduardo Cifuentes Muñoz, 14 de julio de 1992.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia de constitucionalidad expediente D-11670, Relator: Aquiles Arrieta Gómez, 03 de mayo de 2017.

COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia de constitucionalidad expediente D-11747 y D-11755 (acumulados), Relator: Gloria Stella Ortiz Delgado, 07 de marzo de 2018.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia caso Öllinger vs Austria, 29 de junio de 2006.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia caso Izci vs Turquía, 23 de julio de 2013.

COSTA RICA, **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, San José, 1969.

EL PAÍS. **La protesta de Vox en Madrid acaba en un monumental atasco que incumple las medidas sanitarias**. 23 de may. 2020, Disponible em: <https://el-pais.com/espana/2020-05-23/la-marcha-de-vox-acaba-en-un-monumental-ataasco-que-incumple-las-medidas-sanitarias.html> Acesso em: 18 set. 2021.

ESTADO UNIDOS. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, Nueva York, 1966.

ESTADOS UNIDOS. **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial**, Nueva York, 1965.

ESTADOS UNIDOS. **Convención sobre los Derechos del Niño**, Nueva York, 1989.

FRANCIA, **Declaración Universal de Derechos Humanos**, París, 1948.

FRANCIA, **Convención Europea de Derecho Humanos**, Roma, 1950.

GAMBIA, **Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos**, Banjul, 1986.

GOBIERNO DE BOGOTÁ (Colombia). **Derecho a la protesta en tiempo de pandemia**. Bogotá, 2020.

JULIETA, Marcone. **Las razones de la desobediencia civil en las sociedades democráticas**, Andamios 5, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S187000632009000100003&lng=es&tlng=es. Acceso en: 18 sept. 2021.

HENAO, Nestor Raúl Correa. Análisis histórico, jurídico y político del derecho de resistencia, **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**, Bogotá D.C., p. 146-153, 1981.

LÓPEZ DAZA, G.A. El derecho a la protesta social en Colombia: análisis conceptual y jurisprudencial, **Revista Jurídica Piélagos**, Bogotá D.C., p. 168-192, 2019.

MANZO UGAS, Gustavo Alberto. **Sobre el derecho a la protesta**. 1. Ed. Caracas, 2017

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (Suiza), **Consideraciones relativas a las concentraciones multitudinarias en el contexto de la COVID-19**. Ginebra, 2020.

ONU (EE.UU). **Derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación**. Nueva York, 2014.

ONU (EE.UU). **Informe Conjunto del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación o arbitrarias acerca de la gestión adecuada de las manifestaciones**. Nueva York, 2016.

ONU (EE.UU). **Informe de Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación Main Kiai**. Nueva York, 2014.

ONU (EE.UU). **Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, MainaKiai.** Nueva York, 2012.

ONU (EE.UU). **Informe del Relator Especial sobre los derechos a libertad de reunión pacífica y de asociación, MainaKia.** New York, 2013.

ONU (EE.UU). **Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión y Relatoria Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA.** New York, 2013.

ONU, CIDH, CADHP y OSCE. **Declaración conjunta sobre el derecho a la libertad de reunión pacífica y la gobernanza democrática.** Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/FAssociation/joint-declaration-democratic-governance/declaration-sp.pdf> Acceso en: 19 sept. 2021.

OSCE/OIDDHH y Comisión de Venecia: “Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly”, 2a ed., 2017, p.17.

SAAVEDRA ÁLVAREZ, Y. **El sistema Africano de Derechos Humanos.** Ciudad de México, 2008.

SUBSECRETARÍA DE SALUD PÚBLICA. **Secretaría de Salud: Base de datos de casos confirmados COVID-19,** Bogotá, 2021.

TEDH: “Lashmankin y otros vs. Rusia”. Applications 57818/09, sentencia de 29 de mayo de 2017, párrafo 40, traducción original:

DAS SESMARIAS À CASA VERDE E AMARELA: UMA HISTÓRIA DE EXCLUSÃO SÓCIO TERRITORIAL DA POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA NO BRASIL

JULIANA RAFFAELA DE SOUZA GALLICCHIO¹

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa parte do pressuposto de que estamos enfrentando uma ruptura paradigmática em relação à regularização fundiária, pelo fato do Brasil ter passado de um modelo de regularização fundiária plena² para um modelo de mera titulação. As recentes alterações legislativas que tivemos abrem portas para grandes injustiças em relação aos direitos humanos. A pesquisa reconhece que a Lei 13.465/2017 se tornou um grande retrocesso legislativo, culminando na exclusão de quase vinte dois dispositivos. A exposição se debruça sobre a regularização fundiária no Brasil, partindo do período colonial, chegando até os desmontes ocasionados com as recentes promulgações legislativas, com o fito de demonstrar que a população de baixa renda sofre de forma absurda pela falta de uma moradia apropriada. Posteriormente, é analisada a Lei

-
- 1 Mestranda em Direito pela Fundação Escolar Superior do Ministério Público na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Bolsista do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Impactos das alterações do marco legal da Política Urbana Brasileira e processos de resistência em contextos legais, coordenado pela Profa. Dra. Betânia Alfonsin, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público e vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à efetivação dos Direitos Transindividuais. E-mail: jgallicchio3@gmail.com.
 - 2 A concepção de Regularização Fundiária como uma política pública pluridimensional, envolvendo aspectos jurídicos, urbanísticos e sociais foi introduzida na literatura nacional por Betânia Alfonsin ainda no século passado e, posteriormente foi amplamente adotada pela legislação nacional, tanto no Estatuto da Cidade (Art. 2º, IV), quanto pela lei 11.977/09, ora revogada. Para mais informações acesse: ALFONSIN, 2001.

11.977/2009, responsável por instituir o Programa Minha Casa Minha Vida que foi substituída, recentemente, pela Lei 14.118/2021, que impacta de forma primordial no direito humano à moradia adequada ao afastar a população enquadrada na Faixa 1 do referido programa. O objetivo é verificar quais alterações aconteceram e que merecem atenção dos pesquisadores da matéria. O método abordado foi o dedutivo, pois é realizado um breve panorama sobre a regularização fundiária no Brasil e as rupturas de paradigmas que acompanham a Lei 14.118/2021, substituta da Lei 11.977/2009. O procedimento utilizado foi à pesquisa bibliográfica.

2. BREVE RELATO SOBRE A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NO BRASIL

O Brasil é um país que foi construído sob o prisma da desigualdade socioespacial, considerando que a problemática em relação ao gerenciamento da terra se estende desde a época colonial. O primeiro regime de terras existente no Brasil foi o das capitanias hereditárias, que se caracterizava mediante concessão administrativa da Coroa para as famílias portuguesas abastadas, que poderiam usar e fruir das terras. De acordo com Ribeiro “a Coroa portuguesa transferia para os particulares os ônus decorrentes da ocupação do território que, sem dúvidas, passaria também pela criação e desenvolvimento de núcleos de povoamento, algo como protótipos de cidades”. (RIBEIRO, 2021, 153-153). Através desse regime o território brasileiro foi dividido em capitanias hereditárias³, as quais foram distribuídas a 12 homens da pequena nobreza. (GOMES, 2019, P. 279). Pode-se dizer que esta foi à primeira medida importante que a Coroa adotou, em razão de o

3 As 15 Capitanias hereditárias e seus respectivos donatários foram: capitania do Maranhão: João de Barros/Aires da Cunha; capitania do Ceará: Antônio Cardoso de Barros; Capitania do Pará (ou do Rio Grande): João de Barros / Aires da Cunha; Capitania de Itamaracá: Pero Lopes de Sousa; Capitania de Pernambuco: Duarte Coelho Pereira; Capitania da Bahia: Francisco Pereira Coutinho; Capitania de Ilhéus: Jorge de Figueiredo Correia; Capitania de Porto Seguro: Pero Campos de Tourinho; Capitania do Espírito Santo: Vasco Fernandes Coutinho; Capitania de São Tomé: Pero de Góis da Silveira; Capitania de São Vicente - 1ª seção (aproximadamente de Parati a Cabo Frio): Martim Afonso de Sousa; Capitania de Santo Amaro (aproximadamente de Bertioga a Parati): Pero Lopes de Sousa; Capitania de São Vicente - 2ª seção (aproximadamente de Cananéia a Bertioga): Martim Afonso de Sousa; Capitania de Santana (aproximadamente de Cananéia a Laguna): Pero Lopes de Sousa. (ABREU, 2009).

objetivo ser a colonização das terras conquistadas. (OSÓRIO, 2021, p. 34). Com o fracasso das Capitâneas Hereditárias⁴ devido à falta de interesse da maior parte dos donatários, seja por nunca terem vindo ao Brasil conhecer as terras recebidas, seja por terem perdido⁵ muitos recursos financeiros por causa dos índios rebeldes, a Coroa optou por adotar um novo regime de terras, chamado de Regime Sesmarial.

O regime sesmarial foi trazido de Portugal e implantado no Brasil, consistia no fato da Coroa conceder terras para que os nobres ocupassem as terras do Novo Mundo. Ela era considerada uma espécie de lei agrária, cuja preocupação seria colonizar e incentivar a produção agrícola. Com a independência do Brasil veio o fim das sesmarias, então o que se instalou durante algum período foi à contínua prática de apossamento das terras. A urbanista Raquel Rolnik esclarece a relevância que o século XIX teve para com a terra, em razão de ter sido marcado por grandes transformações como, a promulgação da Lei de Terras, a abolição da escravatura e a Proclamação da República. (ROLNIK, 1997, p.22).

É interessante ressaltar os dizeres de Burgos em relação a essa questão:

Historicamente, a política urbana é influenciada pelo setor econômico, no que diz respeito à propriedade privada da terra que, a partir de 1850, foi denominada “Lei de Terras” – e a emergência do trabalho livre, a partir de 1888, que ocorreu antes da urbanização da sociedade. No entanto, a urbanização foi bastante influenciada por esses fatores: a importância do trabalho escravo (inclusive para a construção e manutenção dos edifícios e das cidades); a pouca importância dada à reprodução da força de trabalho mesmo com a emergência do trabalho livre; e o poder político relacionado ao patrimônio pessoal. (BURGOS, 2021, p. 330). (Grifo nosso).

A Lei de Terras no Brasil foi responsável pela transição do sistema sesmarial para o sistema da propriedade plena, é cristalino perceber que essa redefinição criada pela nova lei favorecia muito a classe mais

4 Muitos nunca vieram ao Brasil, ou desanimaram com o primeiro revés. el-rei cedeu às pessoas a quem doou capitâneas alguns dos direitos reais, levado pelo desejo de dar vigor ao regime agora organizado; muitas concessões fez também como administrador e grão-mestre da Ordem de Cristo. (ABREU, 2009, P. 32).

5 “Vasco Fernandes Coutinho, donatário da capitania do Espírito Santo, ele até que se revelou efetivo e esforçado, mas logo foi à falência, entre outras dificuldades, pela feroz hostilidade dos indígenas ocupantes da região”. GOMES, 2019, p. 279.

abastada, não pensando nenhum pouco nos povos originários e na população negra. É o que se retira do artigo 15 da Lei de Terras:

Os possuidores de terra de cultura e criação, qualquer que seja o título de sua aquisição, terão preferência na compra das terras devolutas que lhes forem contíguas, contanto que mostrem pelo estado da sua lavoura ou criação, que tem os meios necessários para aproveitá-las. (BRASIL, 1850).

A história demonstra que a terra passou a ser regulamentada em 1850, através da Lei nº 601, chamada de Lei de Terras. Com o surgimento de movimentos abolicionistas e pressões inglesas e francesas, o Brasil viu sua força de trabalho (o escravo) perder valor na economia. Assim, era necessário encontrar um produto responsável por substituir a riqueza que o negro representava para o seu senhor. Posto isso, por quase quarenta anos o Brasil se preparou para a abolição da escravatura. Na verdade, não seria o Brasil se preparando para a abolição, mas sim os senhores tentando criar alternativas para não ficarem prejudicados financeiramente em perderem seu patrimônio (os escravos) por causa das pressões externas que estava sofrendo. Contudo, em 13 de maio de 1888, que o tormento da escravidão acabou, a Lei Áurea foi assinada pela Princesa Isabel, dando assim a almejada alforria para os escravos.

O que se viu foi o escravo perder valor econômico, pois com a abolição da escravatura foi à terra a mercadoria responsável por substituir a riqueza que o papel do escravo proporcionava ao seu proprietário. Foi com a transição para o trabalho livre que a mais valia passou a ser a terra. (ROLNIK, 1997, p. 24). Assim, em 1888 com a abolição da escravatura os homens livres não tinham onde morar, pois a política urbana adotada até então não se preocupava com a população pobre, escravizada e os povos originários. Com isso, surgiram os morros, os loteamentos irregulares, as favelas, os guetos. Foi a partir dessa época que a propriedade imobiliária valorizou o que significava mais riqueza para a classe favorecida da população. É lógico perceber que a problemática da regularização fundiária no Brasil é histórica e se estende por séculos, ainda mais, pelo fato de excluírem a parte mais necessitada da população.

A regularização fundiária se mostra extremamente necessária para o direito pátrio, embora não seja uma temática atual, como observado, ela se estende desde a época colonial. Logo, para que o ser humano consiga prosperar, criar sua família e se desenvolver é preciso que pos-

sua um local adequado para morar, se proteger dos efeitos da natureza, evoluir, se desenvolver em sociedade e criar suas raízes. Em relação ao processo de habitação no Brasil Burgos enfatiza que:

O processo histórico da habitação no Brasil vem desde 1930, percorrendo o ano de 1964, com a criação do banco Nacional de habitação (BNH), com a formação do Sistema Financeiro de Habitação, em que define e padroniza os principais programas e projetos de habitação, no governo Cardoso e finaliza com a política de habitação desenvolvida nos governos de Lula e Dilma. (BURGOS, 2021, p. 272).

A regularização fundiária nasceu com a Constituição Federal, quando tratou dos princípios e valores fundamentais, como moradia adequada, função social da propriedade e o princípio vetor da dignidade da pessoa humana. Em relação a essas questões, Mello cita que:

Por conta desses valores e princípios, se extrai um significado ontológico, de vínculo (interesse coletivo na fixação da moradia), e ao mesmo tempo de garantia, que é a de proporcionar a lei condições factíveis e possíveis de atender a esse interesse, do modo mais democrático, eficaz e célere possível. Portanto, do ponto de vista jurídico-material, a tutela dos interesses na regularização fundiária visa à garantia da propriedade em seu sentido social, não individualista. **Objetiva-se um mínimo de moradia digna para um maior número de pessoas vivendo em condições indignas.** (MELLO, 2013, p. 7). (Grifo nosso).

Foi em 10 de julho de 2001, com a promulgação da Lei Federal nº 10.257, chamada de Estatuto da Cidade que o Brasil reconheceu de forma efetiva o direito social dos moradores de assentamentos informais. De acordo com Edésio Fernandes a palavra regularização, muitas vezes, é utilizada de forma distinta e abrangente. Algumas vezes é aplicada para designar os programas de urbanização das áreas informais, em outras situações é utilizada para indicar políticas de legalização fundiária de assentamentos ou ocupações irregulares. Posto que, os programas habitacionais são designados e objetivam integrar os assentamentos informais à cidade e, não somente, reconhecer a segurança individual da posse. (FERNANDES, 2002, p. 15).

É preciso atentar que não existe regularização fundiária sem um planejamento urbano, em virtude de que a “cidade é um complexo intersistêmico celular dotado de inúmeras variáveis”. (MELLO, 2013, p. 7). O autor

reforça que para realizar medidas de regularização fundiária em determinada região é necessário um estudo em relação à infraestrutura e o impacto ambiental, com o intuito de abarcar os serviços básicos essenciais (saneamento básico, transporte, energia elétrica e etc.). (MELLO, 2013, p. 7).

Alfonsin assegura que o Estatuto da Cidade foi responsável por ampliar de forma inovadora e eficaz os anseios da regularização fundiária, compreendida como a essência da política urbana. (ALFONSIN, 2019, p. 75). Ele é considerado um dos documentos mais importantes em relação à modernização do Estado e normalmente é consagrado como uma matriz regradora das políticas urbanas (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2009).

A Lei 11.977/2009, responsável por criar o Programa Minha Casa Minha Vida, foi responsável por agraciá-los milhares de famílias brasileiras com imóveis próprios, entretanto foi substituído de forma truculenta com a edição da Lei 13.465/2017, de autoria do então Presidente Michel Temer e, posteriormente, com a promulgação da Lei 14.118/2021, de autoria do então Presidente Jair Bolsonaro, chamada de Casa Verde e Amarela.

Sendo assim, a regularização fundiária pode ser caracterizada como o processo de integração dos loteamentos irregulares à cidade, trazendo para seu âmbito todas as pessoas, principalmente, para com aqueles que nunca conseguiram possuir uma moradia adequada. O Estado através de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais deve promover e incentivar o direito humano à moradia adequada. (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2009). Sendo necessário sempre fazer lembrar que o direito à cidade é considerado direito humano fundamental e trata-se de um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Logo, o Estado deve atuar de forma positiva para resguardar os direitos fundamentais e, não lutar contra a sociedade que nele confiou seu voto.

Atualmente, a Lei 13.465/2017, conhecida como Marco Legal da Terra, fruto da medida provisória 759/2016, é o instrumento responsável por normatizar a regularização fundiária urbana e rural no Brasil. Esta lei é motivo de divergências desde sua implementação, ela representa uma grande ruptura com o ideal fundiário que o Brasil estava conquistando. O Marco Legal da terra é alvo de muitas críticas, sendo inclusive objeto de Ação Direita de Inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria Geral da República, pois criou normas que impactaram profundamente nos mecanismos legislativos, “afetando vinte e duas normas jurídicas até então existentes, entre leis ordinárias, leis complementares e medidas provisórias que tratavam dos mais variados temas”. (DEFENSORIA PÚBLICA DE SÃO PAULO, 2018, p. 19).

Nesta lógica, é possível concluir que nos últimos vinte e um anos existiram perdas significantes na seara urbanística brasileira, pois as leis que estavam funcionando de forma eficaz foram desmanteladas por novas propostas que acabaram sendo aprovadas, substituindo e abrindo mãos de todas as conquistas advindas ao longo de tantos anos. É como se o Brasil estivesse retornando às origens da “desgraça” fundiária, que era baseada na falta de zelo, de políticas públicas de amplo aspecto e falta de atenção das autoridades em relação aos direitos fundamentais.

É muito importante considerar que a Lei 13.465/2017 é responsável por um grande retrocesso no Brasil, veremos no próximo tópico que um dos maiores retrocessos foi à revogação do artigo 46 da Lei 11.977/2009 que era considerada ferramenta fundamental para garantir o direito humano à moradia adequada, passando, então, o conceito de regularização fundiária o que consta no artigo 9º da Lei 13.465/2017 que assim diz:

Ficam instituídas no território nacional normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes. (BRASIL, 2017).

Ademais, é fundamental notar que a Lei 13.465 inovou ao trazer uma nova forma de aquisição de propriedade, ao introduzir a legitimação fundiária, trata-se de uma questão muito séria, pois altera a forma originária de propriedade no Brasil, e o mais impressionante é que a “legitimação fundiária pode ocorrer tanto em áreas públicas quanto privadas”. (ARAÚJO NUNES, 2019, p. 74). Vale destacar que tais alterações se tratam de duvidosa constitucionalidade. É espantoso acompanhar o retrocesso fundiário no Brasil, abrir mão de inúmeras conquistas por puro entretenimento da especulação imobiliária.

Desta forma, é possível observar que a regularização fundiária urbana e rural existente nos dias de hoje, acabou se transformando em um ato contra o direito humano à moradia adequada, visto que a nova lei não abrange de forma efetiva as disposições que existiam nas legislações anteriores, demonstrando o tamanho retrocesso e desmantelamento das políticas públicas fundiárias voltadas para a população mais pobre do país.

3. O PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA COMO VETOR PARA AMPARAR O DIREITO HABITACIONAL À MORADIA ADEQUADA

A Lei 11.977, de 07 de julho de 2009, responsável por instituir o Programa Minha Casa Minha Vida, foi considerada um marco regulamentar em relação à regularização fundiária no Brasil, muito importante destacar que a lei citada possui, também, um título sobre regularização fundiária. Essa lei estabeleceu procedimentos, competências e importantes instrumentos catalizadores que elevaram a regularização fundiária a amparar o direito humano à moradia adequada. Promover amplamente a regularização fundiária é transformar a desigualdade social existente nas cidades brasileiras, quando a sociedade compreender que todos serão agraciados com a construção de cidades justas que honram o direito humano à cidade, com certeza, todos serão capazes de lutar por essa causa. (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2009).

As normas constantes na lei 11.977/2009 se preocuparam com a regularização fundiária urbana, ela amparou e se preocupou com os loteamentos irregulares e com a regularização fundiária plena. Foi importantíssima para a parcela carente da população, pois foi através dela que milhares de brasileiros realizaram o sonho da casa própria. O artigo 46 da lei supra, definia e conceituava o que era a regularização fundiária, essa definição era categoria e explícita ao caracterizar de fato do que se tratava, sendo que como visto anteriormente, tal artigo foi revogado pela lei 13.465/2017, passando o conceito a se tornar algo frágil e inacabado.

Em relação à abrangência da Lei 11.977/2009, é necessário observar o que expõe Mello sobre essa questão:

Como é fácil perceber, a Lei 11.977/2009 conceituou a **regularização fundiária de modo abrangente, não se restringindo à regularização jurídica dos loteamentos urbanos ditos irregulares, pois se refere a assentamentos irregulares, querendo com isso significar toda e qualquer edificação ou ocupação irregular, como é o caso das favelas, dos cortiços, de conjuntos habitacionais irregulares e dos chamados “condomínios rurais”,** por exemplo. Da leitura do texto, verifica-se que a preocupação do legislador federal não foi a de ditar as posturas urbanísticas, ambientais e sociais, mas a de traçar regras jurídicas genéricas visando à facilitação dos meios de regularização dos loteamentos urbanos irregulares. (Grifo nosso). (MELLO, 2013, p. 6)

O Programa Minha Casa Minha Vida é considerado um dos principais programas habitacionais que já existiu no Brasil, foi responsável por apoiar os cidadãos através de subsídios financeiros para aquisição de imóveis, parcelamentos sem juros para a população carente, se preocupou também com a regularização fundiária de assentamentos irregulares localizados nas zonas urbanas.

Foi à chance dos pobres de realizarem o sonho da casa própria, abarcava pessoas com renda bruta mensal até seis mil e quinhentos reais para aquisição de financiamentos, além de subsídios financeiros que chegavam a 17 mil reais. Importante ressaltar que no início do programa o governo concedia financiamento de até 100% do valor do imóvel, entretanto, a alteração da cota passou para 90% alguns meses depois. De acordo com Cecília era assim que iniciavam as faixas de aquisição:

As famílias que têm renda mensal bruta de até R\$ 1.800,00 são atendidas pelas modalidades da Faixa 1 e, neste caso, até 90% do valor do imóvel é custeado pelo programa, o restante do valor do imóvel é dividido em até 10 anos, com parcela mínima de R\$ 80,00 e máxima de R\$ 270,00. As famílias que têm renda mensal bruta de até R\$ 6.500,00 podem acessar financiamentos com juros menores que os de mercado, com ou sem subsídio do programa. (ARAÚJO NUNES, 2019, p. 69).

Esse programa foi responsável por produzir efeitos profundos e impactantes na sociedade. Foi através desse programa que muitas pessoas tiveram a oportunidade de conquistar a moradia própria e regular. Ele desenvolveu ofertas de crédito imobiliário e de subsídios financeiros, para que as famílias de baixa renda conseguissem adquirir suas casas. Isso contribuiu com o desenvolvimento urbano, dando nova roupagem ao direito humano à moradia adequada. (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2014, p. 10-11).

Ele foi voltado e destinado para a população de baixa renda, os subsídios para imóveis novos chegavam a dezessete mil reais, e para imóveis usados o subsídio chegava até cinco mil reais, sendo que o comprador estava autorizado, inclusive, a utilizar os seus recursos da conta vinculado do FGTS para dar de entrada na aquisição, claro, respeitando os pressupostos necessários. Os juros eram muitos baixos, partindo de 4.0% a.a o nominal e 4,5% a.a o efetivo, além, de poder optar pela tabela PRICE ou SAC.

A título de exemplo, no ano de 2010, o comprador que não será aqui identificado⁶, possuía uma renda mensal de R\$ 1.244,25, adquiriu

6 Trata-se de compradora que adquiriu imóvel usado enquadrado no Programa Mi-

um imóvel usado pelo programa MCMV, com financiamento habitacional junto à Caixa Econômica Federal, a transação ocorreu da seguinte forma: o valor do imóvel foi R\$ 65.000,00, sendo R\$ 10.298,02 pagos através de recursos próprios, R\$ 1.401,98 de recursos oriundos da conta vinculada do FGTS do comprador, sendo 5 mil reais de subsídio do governo federal, sendo que R\$ 48.300,00 foram financiados no prazo de 300 meses. As prestações iniciaram no valor de R\$ 354,98 e a tabela que o cliente optou foi a SAC. Pois bem, hoje, onze depois dessa aquisição a prestação do imóvel está em R\$ 292,00, e o saldo devedor junto à instituição financeira é de R\$ 23.000,00.⁷ Com esse exemplo fica nítida a facilidade de aquisição de imóveis com o programa MCMV, além, da possibilidade de todos conseguirem adquirir um imóvel e realizar o sonho da casa própria.

Entre imóveis contratados, construídos e entregues o programa conta com 13.197,73 unidades, totalizando 414,3 bilhões de reais de investimento em moradias regulares até o ano de 2018. (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2018). Esse programa rompeu paradigmas, era o Brasil atuando em prol dos menos favorecidos, possibilitando a realização do sonho da moradia própria. Essa estratégia de produção de moradias, complementada pela regularização fundiária do estoque produzido de forma irregular, garantia uma intervenção eficaz em termos de políticas públicas garantidoras do direito à moradia e do direito à cidade, os imóveis estavam sendo pensados de forma a garantir que o desnivelamento socioespacial parasse de prosperar.

Nessa lógica, é importante observar que após o impeachment sofrido pela então Presidenta Dilma Rousseff, viu-se que as legislações posteriores ao ato, muito especialmente a mudança do marco legal da terra, acabaram fragilizando esse modelo ao optar pela regularização fundiária reduzida à mera titulação. Sobre esse aspecto destaca Alfonsin:

[...] mais do que inanição no trato da questão urbana, o país recentemente testemunhou políticas de franco retrocesso, sobretudo a partir do pacote de reformas proposto pelo Presidente Michel Temer após o impeachment da Presidenta Dilma Rousseff, em 2016. Desfigurando a ordem jurídico-urbanística Cidade, inaugurada pela Constituição de 1988 e regulamentada pelo Estatuto da Cidade. foram aprovadas diversas medidas

nha Casa Minha Vida com os Recursos da conta vinculada do FGTS. Contrato habitacional nº. n. 804470040111, fls. 1.

7 Contrato de financiamento habitacional da caixa Econômica Federal n. 804470040111, fls. 2.

legislativas (com destaque para a Lei nº 13.465/17) que modificaram decisivamente o quadro legal em matéria fundiária e habitacional, revogando boa parte da legislação vigente, desmontando e descaracterizando o pouco que restava de política urbana tal como preconizada pela Constituição de 1988. (Grifo nosso). (Alfonsin, 2020, P. 3).

Desta forma, foi com a promulgação da Lei 13.465/2017 e a Lei 14.118/2021, que as coisas mudaram drasticamente, ambas as leis foram responsáveis pela quebra da construção harmônica da regularização fundiária que estava sendo construída sobre pilares fortes desde a Constituição Federal. O próximo tópico apresentará de forma breve e não exaustiva as novidades trazidas pelo Programa Casa Verde e Amarela de autoria do então Presidente da República Jair Bolsonaro e, que infelizmente, substitui o Programa Minha Casa Minha Vida.

4. O PROGRAMA CASA VERDE E AMARELA

Foi em 12 de janeiro de 2021, que o Brasil se deparou com a promulgação da Lei n. 14.118, de autoria do Presidente Jair Bolsonaro. Ela veio para substituir a Lei 11.977/2009, largamente conhecida por criar o Programa Minha Casa Minha Vida (MCMV). O novo programa redefiniu as regras referentes à aquisição de imóveis habitacionais no Brasil, demonstrando um grande rompimento com as conquistas adquiridas pelo programa que existia anteriormente.

Balbin demonstra em sua pesquisa que “esse programa não passa de uma sequência de tons de cinza, uma cortina de fumaça que esconde em detalhes a institucionalização de mecanismos de espoliação e expropriação”, o autor corrobora dizendo que a MP 996/2020, responsável por criar o programa, aparenta ser uma jogada de marketing eleitoral do atual governo. Cita o autor que esse programa não dialoga nem um pouco com a sociedade brasileira, a qual não tem mais participação na política urbana desde a extinção do Conselho Nacional das Cidades em 2019. (Balbin, 2020, p. 1)

Diferentemente do MCMV o Casa Verde e Amarela extinguiu a população mais necessitada do programa, aquelas que estavam enquadradas na Faixa 1, os quais se destinavam a famílias com renda bruta mensal de até R\$ 1.800,00. Essas famílias não poderão mais financiar sem

taxas de juros, como explicado no tópico anterior. Seria o Governo Federal pensando que não existem mais famílias enquadradas na faixa 1, ou então, pelo fato de não precisarem mais de moradias adequadas? Essa é uma questão muito emblemática e que nos faz pensar sobre o motivo que fez com que essas pessoas fossem afastadas da possibilidade de adquirir um imóvel com todos os benefícios que possuíam. É um retrocesso em relação aos direitos fundamentais e em relação à dignidade da classe mais pobre da população, justo aqueles que mais necessitam de amparo por parte do Estado.

A nova Lei traz consigo alterações impactantes em relação ao programa habitacional que existia e se mostrava frutífero. Além da exclusão das famílias da Faixa 1, que eram agraciadas com o parcelamento sem juros, as taxas foram alteradas para quem é ou não cotista do FGTS e criou taxas diferenciadas para as regiões Norte e Nordeste do país. (GOVERNO FEDERAL, 2021, p. 2). Sobre essa questão é muito importante observar o que cita Balbim sobre a exclusão da Faixa 1:

As famílias mais pobres, que ganham até R\$ 1.800 mensais, e que correspondem à Faixa 1 do Programa MCMV, onde está a maior parte do déficit habitacional brasileiro, estão excluídas de novos contratos de provisão habitacional. Ainda que o programa vá, magicamente, entregar ao menos 200 mil casinhas só nesta faixa de renda! (BALBIM, 2021, p.2).

De acordo com a nova proposta as famílias pobres terão a possibilidade de realizar melhorias em sua morada, ou ainda, a regularização fundiária através de recursos do fundo de Desenvolvimento Social (FDS). É notória que a nova lei é uma cristalina institucionalização da espoliação e expropriação urbana, pois ela altera as leis que regem a habitação de interesse social e a regularização fundiária. A espoliação imobiliária impõe ao trabalhador que construa sua casa, é muito tempo dedicado à autoconstrução, devendo levar em consideração que nem todas as pessoas que se aventuram em construir ou reformar possuem capacidade para isso, o que acaba gerando a construção ou reformas de imóveis que possuem grande risco estrutural para as famílias. (BALBIM, 2021, p.3).

É sabido que a maior parte dos imóveis no Brasil foram construídos através da autoconstrução, é o que cita Alfonsin quando trata da construção das cidades, e afirma que em torno de 60% das cidades foram construídas de forma irregular no Brasil, é mais de cinquenta por cento das zonas construídas informalmente, sem o mínimo de planejamento

urbanístico. Isso é fruto da falta de planejamento e possibilidades financeiras para que suas casas sejam construídas respeitando todos os pressupostos necessários. (BEVILAQUA, 2016, p.1).

A renda bruta familiar para enquadramento no referido programa aumentou em relação ao programa anterior, as famílias terão que procurar os agentes financeiros para que procedam com seus financiamentos habitacionais, ou ainda, contrato de benfeitorias nos imóveis. Balbim é muito claro quando fala que a alteração ocorreu também em relação à retomada dos imóveis inadimplentes, afirmando que foram acrescidos novos dispositivos autorizando o uso da força policial para a retomada de imóveis objetos de financiamento pelo FDS. É o que destaca o autor:

Ou seja, tratando de famílias de baixíssima renda, em condições históricas de falta de segurança na posse, vislumbra-se fazer a regularização fundiária em que os mutuários se associam a empresas privadas para aceder a um financiamento com regras rígidas de retomada de imóveis, por causas diversas ao objeto contratado, além da inadimplência, inclusive com o uso da força policial. Há aqui um desenho de aproximação entre o galinheiro e a raposa, com várias portas de entrada no galinheiro, todas destrancadas. (BALBIM, 2020, p. 3).

Portanto, esse programa tem o objetivo de “facilitar” o acesso à moradia adequada, entretanto, essas famílias terão direito apenas a um contrato de melhoria habitacional, o que possibilita que as pessoas reformem suas casas ou terão que buscar financiamentos habitacionais. Mas, considerando que a maior parte da população carente não possui uma moradia adequada, muitas vezes por morarem em locais inóspitos, inapropriados, em encostas de morros, nas ruas, assentamentos irregulares, favelas, ocupações. É difícil entender como tal melhoria seria possível nas condições que os pobres residem. É preocupante observar que não existe preocupação com a posse, mas sim com a mera titulação imobiliária.

5. CONCLUSÃO

Consoante o exposto é cristalino que as políticas de regularização fundiária no Brasil sempre foram alvo de grandes controvérsias, em virtude de desde os primórdios as leis serem feitas para favorecer a classe nobre da população, em nada se preocupando com a população pobre do

país. O Brasil está sofrendo uma grande crise em relação às políticas de regularização fundiária que estavam sendo construídas sob um forte pilar democrático. A promulgação da Lei 13.465/2017 se mostrou um verdadeiro desmonte em relação à regularização fundiária, ela representa uma grande ruptura paradigmática com o condão que se estabelecia desde a Constituição Federal de 1988, culminando na revogação de vinte e dois institutos que estavam se mostrando prósperos para conter a especulação imobiliária e possibilitar aos mais pobres o acesso à moradia adequada.

A Lei 11.977/2009, responsável por instituir o Programa Minha Casa Minha Vida é uma das maiores conquistas no tocante a programas habitacionais que foi criado pelo então governo do Partido dos Trabalhadores. Ela foi responsável pela entrega de milhares de imóveis para pessoas de baixa renda, contando com inúmeros benefícios e vantagens para a população carente. Essa lei se preocupou muito com a regularização fundiária plena.

Entretanto, com a promulgação da Lei 14.118/2021, que instituiu o Programa Casa Verde e Amarela e substituiu o Minha Casa Minha Vida, é um grande retrocesso em relação ao direito humano à moradia adequada. Em relação às inúmeras alterações que a lei trouxe, a mais impactante é a retirada da faixa 1 do referido programa, o aumento das taxas de juros e as modalidades de financiamento que afastaram a população mais carente do país.

REFERENCIAS

ABREU, C. Capitánias hereditárias. In: **Capítulos da história colonial**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. pp. 32-39. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/kp484/pdf/abreu-9788579820717-05.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2021.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Políticas de Regularização Fundiária: justificacão, impactos e sustentabilidade. In: FERNANDES, Edésio (Org.). **Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Pereira, Pedro Prazeres Fraga. Da função social à função econômica da terra: Impactos da Lei nº 13.465/2017 sobre as políticas de regularização fundiária e o Direito à cidade no Brasil. **Revista Direito da Cidade**, vol. 11, n. 2, 2019.

ALFONSIN, Betânia. BERNI, Paulo Eduardo. PEREIRA, Pedro. O paradoxo da Covid-19 nas periferias: a retomada da cultura associativa como forma de resistência à necropolítica. **Observatório das Metrópoles**, jul. 2020. Disponível em: https://www.observatoriodasmetrolopes.net.br/wp-content/uploads/2020/07/An%C3%A1lise-Nacional_O-paradoxo-da-covid-19-nas-periferias.pdf. Acesso em: 03 ago. 2020.

ARAÚJO NUNES, Cecília. **Regularização fundiária e o direito à moradia adequada**: a Construção Social da Regularização Fundiária Urbana. Kindle Amazon, 2019.

BALBIM, Renato. Os tons de cinza do Casa Verde e Amarela. **Le Monde Diplomatique**, 2020. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/os-tons-de-cinza-do-casa-verde-e-amarela/>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BEVILAQUA, Juliana. “Moradia é mais que quatro paredes”, diz vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico. **Click RBS**. Porto Alegre, 16 ago. 2016. Disponível em: <http://pioneiro.clicrbs.com.br/rs/politica/noticia/2016/08/moradia-e-mais-que-quatro-paredes-diz-vice-presidente-do-instituto-brasileiro-de-direito-urbanistico-7277658.html>. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 606, de 18 de setembro de 1950**. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm. Acesso em: 04 jul. 2021.

BRASIL. **Lei 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm#art109. Acesso em: 12 jun. 2021.

BRASIL. **Ministério das Cidades**. Gestão Ministro Alexandre Baldy. Jun. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdu/audiencias-publicas/audiencias-publicas-2018/06-06-18-audiencia-publica/apresentacao-ministerio-das-cidades/view>. Acesso em: 07 nov. 2020.

BRASIL. Ministério das Cidades/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **Pesquisa de satisfação dos beneficiários do Programa Minha Casa Minha Vida**/editado por Fernando Garcia de Freitas e Érica Negreiros

de Camargo – Brasília, DF: MCIDADES; SNH; SAE-PR; IPEA, 2014. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3298/1/Pesquisa%20de%20satisfac%C3%A7%C3%A3o%20dos%20benefici%C3%A1rios%20do%20Programa%20Minha%20Casa%20Minha%20Vida.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. Regularização fundiária urbana: como aplicar a Lei federal 11.977/2009 – Ministério das Cidades Secretaria Nacional de Acessibilidade de habitação. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.mobilizacuritiba.org.br/files/2014/06/Cartilha-lei-11977-Regulariza%C3%A7%C3%A3o-fundiaria.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BURGOS, Ana Lucia Alencar. **Um enfoque de Gênero na Política Urbana no Brasil: avanços e contradições**. Editora Appris, 2021, pag. 292.

Contrato de financiamento habitacional da caixa Econômica Federal n. 804470040111, fls. 2.

DEFENSORIA PÚBLICA DE SÃO PAULO. Cadernos da Defensoria Pública de São Paulo. **EDEPE**, n. 17, São Paulo: 2018.

FERNANDES, Edésio. Os programas de regularização. (Coords) ALFONSIN, Betânia. **Regularização da Terra e Moradia: O que é e como Implementar**. Instituto Pólis, 2002.

FERRAZ, Adilson Abreu Dallari. **Estatuto da Cidade: comentários à Lei federal 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2010.

GOMES, Laurentino. **Escravidão – V. 1 – Do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares**. Globo livros, Ebook Kindle, 2019.

GOVERNO FEDERAL. Ministério do Desenvolvimento Regional. **O Programa**, disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/habitacao/casa-verde-e-amarela/o-programa>. Acesso em: 12 jun. 2021.

MELLO, Henrique Ferraz de Mello. Regularização Fundiária Inominada Urbana. **Revista de Direito imobiliário**, v. 74, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 4 ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983.

RIBEIRO, Tarcyla Fidalgo. **Dominância Financeira, Regulação Legal e Espaço urbano**: o caso da regularização fundiária no Brasil. Observatório das Metrôpolis: Rio de Janeiro, 2021.

ROLNIK, Raquel. **A cidade e a lei**: legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo. Studio Nobel: Fapesp, 1997.

EL SISTEMA BRAILLE Y OTROS MEDIOS AUXILIARES COMO DERECHO COMUNICATIVO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD VISUAL EN EL PERÚ: AVANCES Y DESAFÍOS

NUCCIA SEMINARIO-HURTADO¹

1. INTRODUCCIÓN

La palabra “discapacidad” fue adoptada a inicios del siglo XX, y, a partir del surgimiento de la Convención de Personas con Discapacidad (2006)², tratado internacional ratificado por 182 Estados (SANTIAGO, 2018). Esta *norma ius cogens* definió en su artículo 1 a la discapacidad como aquellas deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que posee una persona natural, en consecuencia, poseedores de brechas que no les permiten desarrollar su plan de vida e interactuar con los miembros que conforman una determinada sociedad.

La discapacidad visual actúa como una limitación y dificultad para realizar cualquier tipo de actividad de la vida cotidiana, tales como trabajar, estudiar, socializar, entre otras; por parte de una persona que padece algún tipo de deficiencia ocular adquirida desde su nacimiento o cualquier edad. Esta deficiencia ocular actúa desde dos aristas, de una parte, la baja visión que es la pérdida de la capacidad visual, y que pese a las operaciones, ciru-

1 Abogada. Magíster en Docencia Universitaria y Gestión Educativa. Maestranda en Defensa de los Derechos Humanos (México) Especialización en Derechos Lingüísticos y Políticas de Inclusión por FLACSO, Argentina. Dominio de diez idiomas, entre ellos, el manejo de la lengua de señas peruanas, la lengua de señas mexicanas y el sistema braille. Articulista y conferencista internacional en materia de derechos lingüísticos, educación intercultural bilingüe y derecho educativo.

2 Firmado y suscrito por el Perú el 30 de marzo de 2007 y ratificado el 30 de junio de 2008. Información sustraída de: <https://indicators.ohchr.org/>.

gías, rehabilitaciones y fármacos no se ha podido mejorar su condición³, de otra parte, la ceguera que es la falta de visión, puede ser parcial o total que “supone la imposibilidad de leer, incluso con corrección óptica o magnificación de los textos escritos.” (YEPEZ, 2011, p.9)

En ese sentido, este tipo de discapacidad actúa como parte de las restricciones y limitaciones que experimenta una persona debido a su deficiencia visual o ceguera como parte de la enfermedad ocular. En esa misma línea, Calle, López y Campillay (2021, p. 618) expresan que “la discapacidad visual es una de las principales causas de limitación funcional en las personas, y una de las que presenta mayor la prevalencia a nivel global provocando limitaciones en la realización de las tareas cotidianas, con consecuencias negativas para la calidad de vida de estas personas y sus familias.”

Según la Organización Mundial de la Salud, en adelante OMS (2021) expresa que las principales causas de la deficiencia visual son los errores de refracción no corregidos, cataratas, degeneración macular relacionada con la edad, glaucoma, retinopatía diabética, opacidad de la córnea y tracoma. Aunado a ello, el especialista oftalmólogo mexicano, Edgar Ernesto Contreras Arévalo, denota que es importante que el paciente se realice un diagnóstico previo, y en caso identificarse algún problema en la visión, realizar un tratamiento, para de esa manera evitar una enfermedad ocular.⁴

2. LA COMUNIDAD CON DISCAPACIDAD VISUAL EN EL PERÚ

En el mundo hay al menos 2200 millones de personas con deterioro de la visión cercana o distante. En al menos 1000 millones de esos casos, es decir, casi la mitad, el deterioro visual podría haberse evitado o todavía no se ha aplicado un tratamiento. (OMS, 2021) En el Perú existen cerca de 160,000 personas invidentes y casi 600,000 que poseen de alguna discapacidad visual, que les compromete su calidad de vida, desarrollo integral y bien familiar, según las bases estadísticas del Ministerio de Salud (MINSA, 2021).

3 Vídeo: “*Discapacidad visual, baja visión y ceguera*”. Ministerio de Salud del Perú. 22 de mayo de 2019. Véase en: <https://www.youtube.com/watch?v=-s-FxTY5qQk>.

4 Vídeo: “Voz Es...Enfermedades que causan discapacidad visual”. Instituto Morelense de Radio y Televisión. 11 de agosto de 2015. Véase en: <https://www.youtube.com/watch?v=2oKeH-jS01A>.

Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) los resultados del censo realizado en el 2017 denotan las cifras de personas con discapacidad visual por departamentos, tales como el 38,29% residen en Lima, seguido, en menor medida, de los departamentos de Piura con 5,62%, La Libertad con 5,14%, Arequipa con 4,88%, Lambayeque con 4,16%, mientras que los demás departamentos no superan el 4%. (Bergamino, 2018, p.95)

En esa misma línea, las personas con discapacidad visual en el Perú se encuentran en la categoría de grupos vulnerables, “porque se encuentran vinculados a la discriminación y la desigualdad [...] se caracterizan por ser incapaces y frágiles” (Martínez-Pérez, Saucedo-Villeda y Moreno-Rodríguez, 2020, pp.228-229) Tal es el caso que un 60% se quedó sin ingresos económicos durante la cuarentena por el COVID-19 debido a que muchas personas con discapacidad visual se dedicaban a hacer terapias físicas y masajes, según la Unión Nacional de Ciegos del Perú. (COMERCIO, 2020)

Aunado a ello, las personas quienes padecen este tipo de discapacidad se ven impedidas para realizar sus quehaceres diarios, debido a la poca inclusión que existe en el Perú. Todo ello, a raíz de una predominancia de una interculturalidad negativa que “ocurre cuando se producen relaciones de dominación y de exclusión entre individuos y grupos de diversas culturas. La discriminación, la estigmatización, el racismo, la exclusión socioeconómica, la explotación y la exclusión política entre personas procedentes de diversos contextos socioculturales son expresiones concretas de interculturalidad negativa” (TUBINO Y FLORES, 2020, p. 32), son brechas que padece la comunidad con discapacidad visual en nuestro país, sobre todo en su ámbito comunicativo, tema que analizaremos en el presente artículo.

3. EL SISTEMA BRAILLE, LOS PERROS GUÍAS, BÂSTENOS Y OTROS AUXILIARES DE MOVILIDAD QUE PERMITEN EJERCER SU SISTEMA COMUNICATIVO

El braille es un sistema lectoescritura creado por Louis Braille durante el siglo XIX. Se basa en la combinación de seis puntos dispuestos de forma vertical en dos columnas, de tres puntos cada una, construyendo una cuadrícula denominada cajetín. (MINISTERIO DE EDUCACIÓN, 2013, p. 45) se utiliza una serie de puntos en relieve que se interpretan

como letras del alfabeto. La existencia del Braille, les abre todo un mundo a quienes poseen serias discapacidades visuales (GUILLÉN, LÓPEZ Y MONTESINOS, 2017, p. 32-33); con este sistema son capaces de dominar un método de lectura y escritura que se adapte a sus necesidades. (MOLINA, DA SILVA, DA SOUSA, 2019, p. 51)

El braille es fundamental para todas las personas con discapacidad visual y es el único sistema a través del cual pueden aprender cómo leer y escribir [...] La idea del sistema Braille se basa principalmente en personas con discapacidad visual, que puedan acceder fácilmente a los hechos actuales y las tecnologías que pueden ofrecerles como una forma alternativa de comunicación (NEERAJA, SUSRITHA, KALPANA, SUBHARSI Y LOKESH, 2021, p.115), en ese sentido, los Estados deben garantizar que las personas con discapacidad visual aprendan este sistema para que puedan desenvolverse en el ámbito público y privado.

Como medios alternativos que actúan como auxiliares de movilización para fomentar su desplazamiento en los territorios, y en consecuencia actúan como actores indirectos en el proceso comunicativo, porque se les permite su tránsito, y en consecuencia desarrollarse mediante su sistema comunicativo oral o escrito. Entre los medios alternativos más conocidos tenemos a los perros guía, bastón blanco, bastón electrónico y ojo biónico.

El perro guía es un animal que posee un conjunto de cualidades especiales; por ejemplo, ha de ser equilibrado, tranquilo, obediente y sociable; asimismo, debe ser de tamaño mediano⁵. Vale añadir que el perro guía se lo entrena para obedecer, asumir responsabilidades y adquirir habilidades que le permitan resolver situaciones tensas⁶, de esa manera actuará como un auxiliar de movimiento, que le permita a su amo (la persona con discapacidad visual) transitar y realizar sus actividades cotidianas.

Según Catena (2018, p. 157-158) expresa que:

Su historia comienza en Austria en el año 1827 donde Leopold Chimani escribió un libro que contaba la historia de una persona ciega que había adiestrado a sus 3 perros. Siguiendo con el adiestramiento, en el año 1819, Johann Wilkenl escribió un libro para enseñar a las personas ciegas las técnicas de adiestramiento. Aquí ya se hacía referencia a un arnés rígido, y el perro era adiestrado

5 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 02437-2013-PA/TC, fundamento jurídico 37.

6 Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N.º 02437-2013-PA/TC, fundamento jurídico 38.

por una persona vidente. Estas técnicas fueron evolucionando y en el año 1845 el alemán Jacoc Birrer publicó un libro en el que detallaba las técnicas y procedimientos que siguió para adiestrar perros guía. Sin embargo, no fue hasta mediados del siglo siguiente, como consecuencia del gran número de soldados que habían quedado ciegos en la I Guerra Mundial, cuando se volvió a pensar en los perros guía. Por ello, la primera escuela tal y como las conocemos ahora abrió sus puertas en Alemania en el año 1916 en la ciudad de Ondelburg y viendo que los resultados eran satisfactorios, pronto abrieron otras 3 escuelas en ese país para adiestrar perros para población civil además de la militar. [...] En la actualidad hay escuelas en la casi totalidad de los países desarrollados. Así, por ejemplo, en Estados Unidos hay 11 escuelas y en Francia 10.

El bastón blanco es una vara alargada a las personas ciegas y les sirve de guía para desplazarse de manera autónoma por la vía pública [...] identifica no por su sencillez, deja de ser una herramienta fundamental para la orientación y movilidad del deficiente visual y ciego. (MARTÍNEZ, 2012, p. 4) El bastón blanco fue inventado en 1930, pero poco después de la Segunda Guerra Mundial surgieron técnicas de orientación y movilidad. (DUSSAN, 2019, p. 22)

Este posee tres funciones: distinto, protección e información. Si bien es cierto existen varios tipos de bastones, así como una gama de modelos, no obstante, los más comunes utilizados en movilidad son el bastón símbolo, el bastón guía y el bastón largo. Los dos primeros se utilizan por deficientes visuales y el último por ciegos. (MARTÍNEZ, 2012, p. 4) Es así que el bastón blanco actúa como un elemento auxiliar de la persona con discapacidad visual que garantiza su respectiva movilización y desplazamiento en la sociedad, sin embargo, a través de los avances tecnológicos se han inventado instrumentos que acompañan al bastón blanco, tales como dispositivos electrónicos adaptables que faciliten las detecciones de barras y obstáculos.

Cada 15 de octubre se celebra el Día Mundial del Bastón Blanco, “esta conmemoración en la práctica no se corresponde con disposiciones que faciliten la vida diaria y de igualdad a las personas ciegas o con deficiencias visuales graves” (EL PAÍS, 2018) En este día se recuerda a todas las personas con discapacidad visual, la importancia y características del bastón blanco, así como también a los videntes que para ayudar a este colectivo no se le debe coger de la mano y jalar, sino solicitar que se coloque su mano en el antebrazo y dar un paso adelante

para guiar a la persona, a efectos que posea tranquilidad y seguridad al momento de su desplazamiento.

Ahora bien, las personas con deficiencia visual también poseen otro medio auxiliar para facilitar su movilización, tal como es el bastón electrónico, que consta de dos elementos de entrada un sensor de proximidad que se encontrara en la parte inferior la cual detectara si hay huecos o gradas y un sensor ultrasónico el cual servirá para que detecte obstáculos lejanos que se encuentren en el camino, (LIZARRAGA, 2018, p. 11) este instrumento mide la distancia de los objetos mediante rayos láser y advierte al usuario a través de sonidos y vibraciones. Constituye un eficaz complemento del bastón tradicional, tiene el tamaño de un mando de televisión y pronto se apoyará en satélites para orientar en sus desplazamientos. (YAGUANA Y POZO, 2011, p. 10)

El profesor René Farcy comenta que el bastón electrónico tiene como propósito proveer la seguridad del invidente durante su desplazamiento y actuar como un mecanismo de prevención al momento de chocar con las trabas. Para su uso, se concibe como una nueva forma de caminar porque percibe los obstáculos con anticipación, y la persona evita chocar para encontrar el paso, porque el bastón lo revierte,⁷ debido a que dentro del mango del bastón se encuentran los componentes electrónicos, que consisten principalmente en un circuito de carga de la batería, una batería recargable, un microcontrolador, un módulo de comunicación inalámbrica y un sensor de luz infrarroja dentro de la punta del bastón (GONZÁLEZ-GÓMEZ, DÍAZ-GUTIÉRREZ Y FLOREZ-BARBOZA, 2020, p. 427-428) que actúa como un instrumento de auxilio y prevención.

De otra parte, la persona con discapacidad visual también cuenta con el mecanismo auxiliar denominado ojo biónico, este instrumento funciona introduciendo 24 electrodos en forma de implante en la retina del paciente, conectando esto a un receptor que se coloca en el oído, y luego a un laboratorio, diferentes tipos de señales llegan a los electrodos, los cuales dan impulsos eléctricos a las células nerviosas en los ojos, causando que el paciente pueda percibir destellos de luz. (PARRA, 2014, p. 7) El ojo biónico es utilizado por pacientes con retinosis pigmentaria, el *Argus II Retinal Prothesis System* ha sido implantado con éxito en más de 100 personas en todo el mundo. (CANTÚ, LICONA Y DORATI, 2017, p. 5) El ojo biónico permite recuperar el campo de la visión, al culminar la operación de incorporación el paciente se encuentra en un proceso de

7 Vídeo “*El bastón electrónico para invidentes*”. PUCP. Véase en: <https://www.youtube.com/watch?v=111zyPop-cg>.

identificación de las partes, figuras, imágenes y colores, luego existe una integración del sistema en el propio contexto del paciente.⁸

La tecnología está arribando con constantes cambios que son considerados beneficios para las personas con discapacidad visual, tras la creación de novedosos dispositivos que les permitirá ver, y en consecuencia contribuir con su desplazamiento y movilización. Tal como expresa el Farcy et al (2006, p. 1):

Las ayudas tradicionales para la movilidad de las personas ciegas eran el bastón largo (blanco) y el perro guía. Para Algunos años, han aparecido diferentes tipos de ayudas electrónicas para evitar que las personas ciegas obstáculos (ETA: ayudas electrónicas de viaje) (Benjamin 1973, Kay 1974, Farcy 1996, Hoyle 2003) o para ayudarlos a encontrar su camino (EOA: ayudas electrónicas de orientación) (Brunsighan 1989, Petrie 1996, Fruchterman 1996, Golledge 1998, Denham 2004). El uso de estos sistemas es bastante controvertido. sujeto (Brabyn 1982), (Blasch 1989), (Easton 1992). En su mayoría tienen la reputación de ser gadgets, sin uso real, etc. Muchos desarrolladores de este tipo de sistemas se quejan de la falta de interés de los usuarios, mientras que algunos dicen tener un sistema maravilloso, sin ningún tipo de prueba. Es hora de afrontar la realidad concerniente el uso y los procesos de capacitación para estos dispositivos de asistencia y tener un enfoque científico para evaluar la ayuda que estos dispositivos pueden brindar a las personas con discapacidad visual. Esta es la única forma de mejorar los dispositivos y para proporcionar información creíble para apoyar el desarrollo de estos sistemas.

4. LA COMUNICACIÓN OFICIAL DEL SISTEMA BRAILLE COMO DERECHO A FAVOR DE LA COMUNIDAD CON DISCAPACIDAD VISUAL: ANÁLISIS DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

La comunicación es parte de la realización del pleno desarrollo de la persona humana, es ese sentido, se debe entender al aspecto comunicativo como un factor intrínseco en el aspecto de la socialización y la familiarización, y un proceso interactivo e interpersonal compuesto por elementos que interactúan constantemente. (BERMÚDEZ Y SEMINA-

8 Vídeo "Un ojo biónico devuelve parte de la visión a una mujer ciega". Consejo Nacional de Enfermería. 18 de junio de 2015. Véase en: <https://www.youtube.com/watch?v=RpxszgRz9-Q>.

RIO, 2020, p. 253) El jurista francés Jean D’Arcy afirmaba en 1969 que el derecho a la comunicación necesariamente tendría que ser más amplio que los derechos de opinión, expresión e información, los cuales resultaban insuficientes como paraguas normativo para orientar la regulación del fenómeno de la comunicación [...] (MARCHISONNEY, 2020, p. 31)

En ese sentido, las personas con discapacidad visual se han visto en la necesidad de hacer uso del sistema braille y otros medios auxiliares que son catalogados como elementos intrínsecos que les permiten realizar sus proyectos de vidas y desenvolverse dentro de la sociedad, convirtiendo las brechas y obstáculos en fortalezas para su integración. (BERMÚDEZ, 2021). Es decir, el derecho a su comunicación forma parte de sus derechos individuales y colectivos en la categoría de grupos vulnerables que se les atribuye por su condición y dignidad como individuos. Lamas, Ramírez y Londres (2021, p. 301) expresan que básicamente en lo que refiere a la inclusión de los discapacitados en la sociedad, desde la arista jurídica persisten aún algunas insuficiencias en lo relativo a su regulación, pues en definitiva es el Derecho, el que debería desde su entramado normativo, brindarle la debida tutela judicial a fin de que no se vulneren sus derechos.

El derecho a su comunicación parte desde el fundamento general de la dignidad humana, ya que por su naturaleza se centra en la realización existencial de su sentido -ser-, de allí que se le atribuye la noción de “universalización”, apuntalando a la tolerancia, igualdad y respeto reflejados en la unicidad y singularidad del género humano. La dignidad humana y su relación con el derecho comunicativo surge como una señal de identidad plasmada en la libertad de decidir, inteligencia, responsabilidad de sus actos, conciencia y voluntad humana, condiciones inherentes del individuo que actúa como base para precisar con detalle sus derechos básicos desde su propio sistema de códigos y signos, como es el sistema braille.

Bermúdez y Seminario (2021) expresa que la comunicación como derecho es esencial para el individuo, debido a que forma parte de la categoría de los derechos humanos. En coherencia con May (2010, p. 153) expresa que forma parte de “los derechos humanos individuales su desarrollo y aplicación de un grupo diferenciado de derechos lingüísticos para grupos minoritarios no resultan, desde luego, algo fácil ni popular. La continua oposición a estos derechos lo sugiere. Pero su importancia radica precisamente en que es la clave del mecanismo, con el que podemos —y deberíamos— reconsiderar la organización social y política en los niveles supranacional, nacional y autonómico de maneras más lingüísticamente plurales, igualitarias e incluyentes.

Concerniente a su reconocimiento desde la perspectiva del sistema de protección universal y regional de los derechos humanos, podemos denotar lo siguiente:

- a) Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) en sus artículos 1°, 2° y 7°
- b) Pacto de Derecho Civiles y Políticos (1976) en sus artículos 2°.1, 4°.1, 14°.3 a) y f), 27.
- c) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976), en sus artículos 1°.1 y 2°.1.
- d) Convención sobre los Derechos del Niño (1989) en sus artículos 2°.1, 29° y 30°.
- e) Convención sobre persona con discapacidad (2007) en sus artículos 2°, 9°, 21° y 24°.
- f) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) en sus artículos I y II.
- g) Convención Americana de Derechos Humanos (1969), en sus artículos 1°, 8° y 24°.
- h) Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (1999) en sus artículos 1°, 2° y 3°.

A pesar de todo lo mencionado, actualmente países de América Latina enfrentan una realidad social, económica y cultural de un país multilingüe, pluricultural y con contrastes diferenciados y de exclusión de poblaciones permite detallar la importancia que genera la humanización, a través de la actividad de los magistrados, cuando deben evaluar el derecho de una persona que integra una comunidad vulnerable o en situación de riesgo (BERMÚDEZ Y SEMINARIO, 2020, p. 252), en ese sentido, el reconocimiento de sus derechos individuales y colectivos se ven limitados, debido a una desigualdad estructural, y ese derecho -a favor- de la comunidad con discapacidad visual se limita debido a una yuxtaposición social y jurídica.

5. COMUNICACIÓN Y MOVILIZACIÓN, SU REGULACIÓN LEGAL EN EL PERÚ: SISTEMA BRAILLE, PERROS GUÍAS Y OTROS MEDIOS AUXILIARES

El artículo 48° de la Constitución Política del Perú que regula los *derechos lingüísticos* en el país, tanto de modo individual, colectivo como

difuso, por cuanto no puede ejecutarse una evaluación excluyente de condiciones en función a la evaluación extensiva de los *derechos naturales* que permiten ejecutar una evaluación en el *Bloque de Constitucionalidad* en el Perú. (BERMÚDEZ Y SEMINARIO, 2020, p. 255) Concerniente al reconocimiento de la persona con discapacidad visual desde la perspectiva del sistema normativo interno podemos denotar lo siguiente:

- o Ley N°28044, Ley General de Educación (2003) y Decreto Supremo N°011-2012-ED, reglamento de la Ley N°28044, Ley General de Educación, que establecen las disposiciones para brindar educación a las niñas, niños y adolescentes desde un enfoque inclusivo.
- o Ley N° 28084, Ley que regula el Parqueo Especial para Vehículos Ocupados por Personas con Discapacidad en Perú (2003)
- o Ley N° 28530, Ley de Promoción de Acceso a Internet para Personas Con Discapacidad y de Adecuación del Espacio Físico en Cabinas Públicas de Internet (2005)
- o Ley N° 28735, Ley que regula la atención de las Personas con Discapacidad, Mujeres Embarazadas y adultos mayores en los Aeropuertos, Aeródromos, Terminales Terrestres, Ferroviarios, Marítimos y Fluviales y Medios de Transporte (2006).
- o Ley N° 29973, Ley General de Personas con Discapacidad (2012)
- o Ley N°29830, Ley que promueve y regula el uso de perros guía por personas con discapacidad visual (2012) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 001-2017-MIMP.
- o Ley N° 30433, Ley que modifica la Ley 29830, Ley que promueve y regula el uso de perros guía por personas con discapacidad visual (2016), que modifica el artículo 6 e incorpora los artículos 7, 8 y 9 sobre el tipo de infracciones que pueda causar en perjuicio a la persona con discapacidad.
- o Ley N° 31117, Ley que incorpora y modifica artículos del Decreto Legislativo 822, Ley sobre el derecho de autor, para implementar el Tratado de Marrakech y facilitar el acceso a obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso (2021).
- o Ley N° 30412 que Modifica el artículo 20 de la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, Disponiendo el Pase Libre en el Servicio de Transporte Público Terrestre para las Personas con Discapacidad Severa (2016).
- o Decreto Supremo N°002-2014-MIMP, Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad.

- o Decreto Supremo N° 011-2006-VIVIENDA, que aprueba el Reglamento Nacional de Edificaciones y que incluye en su estructura, la Norma Técnica A-120, “Accesibilidad para Personas con Discapacidad y Personas Adultas Mayores” (2016).
- o Decreto Supremo N° 055-2018-PCM, que aprueba disposiciones de la Estrategia de Mejor Atención al Ciudadano –MAC, y sus canales de atención.
- o Decreto Supremo N° 055-2018-PCM, que aprueba disposiciones de la Estrategia de Mejor Atención al Ciudadano –MAC, y sus canales de atención
- o Decreto Supremo N°007-2021-MIMP, que aprueba la Política Nacional Multisectorial en Discapacidad para el Desarrollo 2030.
- o Resolución Legislativa N° 30371, que aprueba el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso (2015).
- o Resolución Viceministerial N°188-2019-MINEDU, Disposiciones para regular la creación, organización y funcionamiento del Programa de Intervención Temprana (PRITE) de la Educación Básica Especial.

6 PROYECTOS DE LEY

Nuestros parlamentarios en distintas oportunidades han ratificado públicamente el compromiso estatal (REBAZA Y SEMINARIO, 2018, p.156) con la comunidad invidente, en ese sentido se han visto en la necesidad de presentar proyectos de ley que tengan como objetivo la defensa de sus derechos comunicativos, de los cuales resaltamos los siguientes:

Tabla 1. Proyectos de Ley

Proyecto de Ley	Fecha de presentación	Propuesta	Estado Actual
Proyecto de Ley 03657/2018-CR	22 de noviembre de 2018	Propone modificar el artículo 21 de la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, promueve el uso del sistema Braille en los empaques de productos alimenticios y restaurantes. ⁹	En comisión ¹⁰

(continua)

⁹ Congreso de la República. Proyecto de Ley 03657/2018-CR.

¹⁰ Congreso de la República. Proyecto de Ley 03657/2018-CR.

Proyecto de Ley 04140/2018-CR	4 de abril de 2019	Propone modificar el artículo 42 del Decreto Ley 26123, Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, con el objeto de incluir la obligatoriedad de incorporar elementos de identificación táctil en los billetes y monedas que permitan su reconocimiento por parte de la población con discapacidad visual. ¹¹	En comisión ¹²
----------------------------------	-----------------------	--	---------------------------

Fonte: Elaboración propia

7. RECOMENDACIONES

Promover los derechos individuales y colectivos de las personas con discapacidad visual haciendo uso de sus medios comunicativos y alternativos de movilización, para de esa manera puedan tomar conocimiento de todos los mecanismos internacionales y nacionales de protección.

Garantizar una educación de calidad y pertinente, haciendo uso del sistema braille como medio oficial de comunicación de las personas con discapacidad visual, para de esa manera, puedan adoptar estrategias y técnicas apropiadas en todos los niveles educativos.

Concientizar a la comunidad peruana sobre el uso del sistema braille y otros sistemas alternativos que faciliten la movilización para ejercer una comunicación en las personas con discapacidad auditiva, con la finalidad de incentivar una equidad y tolerancia, y eliminar cualquier segregación.

8. CONCLUSIONES

El Estado Peruano debe garantizar la vigencia efectiva de los sistemas comunicativos y medios auxiliares para la movilización de las personas con discapacidad visual, a efectos que sus derechos individuales y colectivos sean respetados en nuestro territorio.

El Estado Peruano debe elaborar leyes y políticas públicas apropiadas y pertinentes de libre acceso para las personas con discapacidad

11 Congreso de la República. Proyecto de Ley 04140/2018-CR.

12 Congreso de la República. Proyecto de Ley 04140/2018-CR.

visual, para que ejerzan su derecho de libre acceso a la información y tomen en cuenta las disposiciones legales que deben ser respetadas, a efectos de proteger su integridad y dignidad como seres humanos.

El Estado Peruano debe difundir los derechos individuales y colectivos exclusivos que poseen las personas con discapacidad visual, con la finalidad de generar una concientización en dicha comunidad, y, también la sociedad, a efectos de promover una interculturalidad crítica y positiva como política de reconocimiento.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Luciane Maria Molina; SILVA, Andre Luiz da; SOUZA, Mariana Aranha de. **O Sistema Braille e a formação do professor: o acesso à leitura e a escrita por pessoas cegas.** InFor, São Paulo/SP, v. 5, n. 1, p. 49-71, nov. 2019. Disponível em: <https://ojs.ead.unesp.br/index.php/nead/article/view/In-For4603v5n12019>. Acesso em: 10 de ago. 2021.

BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel. **Los derechos lingüísticos.** 1ed. Lima: Ediciones Legales, 2001.

BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel; SEMINARIO-HURTADO, Nuccia. La participación de niños preescolares y vernáculos hablantes en un proceso judicial. **Gaceta Constitucional**, v. 1 n. 152, ago. 2020, p. 86-96. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3855856. Acesso em: 10 de ago. 2021.

BERMÚDEZ-TAPIA, Manuel; SEMINARIO-HURTADO, Nuccia. El reconocimiento de la comunicación de señas como derecho inclusivo en el Perú. **Lumen**, v. 16 n. 2, p.250-260. Disponível em: <https://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen/article/view/2306>. Acesso em: 10 de ago. 2021.

BERGAMINO VARILLAS, Juan Pablo. Discapacidad visual, competencias y empleabilidad en el Perú. 360: **Revista de Ciencias de la Gestión**, n. 3, p. 84-108, 25 set. 2018.

BRAVO DUSSAN, Julián. Prototipo de brazaletes complemento del bastón para las personas con discapacidad visual. **Revista GRINDDA**, n. 1, p. 20-29 nov. 2019.

CALLE, Ana; LÓPEZ, Amparito; CAMPILLAY, Maggie. Inclusión social de las personas con discapacidad visual: Una revisión sistemática cualitativa. **New Trends in Qualitative Research**, [S. l.], v. 8, p. 617–629, 2021. Disponível em: <https://publi.ludomedia.org/index.php/ntqr/article/view/455>. Acesso em: 10 de ago. 2021.

CROSSO, Camila. El derecho a la educación de personas con discapacidad. Impulsando el concepto de educación inclusiva. **Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva**, v.1, p. 79-95, 2014. Disponível em: <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/413>. Acesso em: 10 de ago. 2021.

DELGADO- MARTÍNEZ, Alan. **Bastón blanco para prevenir obstáculos**. Tesis de licenciatura. Instituto Politécnico Nacional, Ciudad de México, 2012. Disponível em: <https://tesis.ipn.mx/jspui/bitstream/123456789/11470/1/21.pdf>. Acesso em: 10 de ago. 2021.

DIAZ- DUMONT, Jorge Rafael. Discapacidad en el Perú: Un análisis de la realidad a partir de datos estadísticos. **Revista Venezolana de Gerencia**, v. 24, n. 85, p. 243-263, 6 jun. 2019.

DIARIO EL COMERCIO. **Coronavirus en Perú: el 60% de invidentes se quedó sin ingresos debido a la pandemia**, mayo 2020. Disponível em: <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/coronavirus-en-peru-el-60-de-invidentes-se-queda-sin-ingresos-debido-a-pandemia-noticia/>. Acesso em: 10 de ago. 2021.

DIARIO EL PAÍS. **Día Mundial del Bastón Blanco**, julio de 2021. Disponível em: <https://elpais.com/opinion/2020-10-14/dia-mundial-del-baston-blanco.html>. Acesso em: 10 de ago. 2021.

GUILLEN LÓPEZ, Cristopher; LÓPEZ RAMÍREZ, José Antonio; MONTE-SINOS VELA, Melissa. **Implementación del sistema braille en el servicio de atención al huésped en el Hotel Marriott de Tuxtla Gutiérrez**, Chiapas. Tesis en licenciatura, Universidad Autónoma de Chiapas, Tuxtla Gutiérrez, 2017. Disponível em: http://148.222.32.3/F/U29JXTRUHE4GJHN33V1AMPRD-MTNXE7I1AVVP9M3PCAN2T123PY-03871?func=full-set-set&set_number=003046&set_entry=000001&format=999. Acesso em: 10 de ago. 2021.

JEREZ JEREZ, Maryury Jazmine. **Capacidades sensoriales, actitud parental ante la discapacidad y habilidades comunicativas en jóvenes sordociegos**. Tesis de maestría. Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2019. Disponível em:

<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23745/1/Tesis%20Maestr%C3%ADa%20en%20Psicolog%C3%ADa.pdf>. Acesso em: 10 de ago. 2021.

JEREZ JEREZ, Maryury Jazmine. **Capacidades sensoriales, actitud parental ante la discapacidad y habilidades comunicativas en jóvenes sordociegos**. Tesis de maestría. Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2019. Disponível em: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/23745/1/Tesis%20Maestr%C3%ADa%20en%20Psicolog%C3%ADa.pdf>. Acesso em: 10 de ago. 2021.

MARCHISONNEY, Daniela. **Noticias en braille y derecho a la información para personas con discapacidad visual: Un análisis sobre el primer periódico en formato braille de Córdoba**. Tesis de licenciatura. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2019. Disponível em: <https://rdu.unc.edu.ar/handle/11086/18503>. Acesso em: 10 de ago. 2021.

MARTÍNEZ-PÉREZ, Yahaira.; SAUCEDA-VILLEDA, Brenda; MORENO-RODRÍGUEZ, María Salomé. Procedural rights in vulnerable groups from national and international regulations. **Política, Globalidad y Ciudadanía**, [S. l.], v. 6, n. 12, p. 225, 2020. Disponível em: <https://revpoliticas.uanl.mx/index.php/RPGyC/article/view/155>. Acesso em: 10 de ago. 2021.

MAY, Stephen. Derechos lingüísticos como derechos humanos. **Revista De Antropología Social**, v.19, p. 131 – 159, 2010.

REBAZA VÍLCHEZ, K; SEMINARIO HURTADO, N. El Derecho a la Educación Intercultural Bilingüe de la niñez indígena en el Perú: avances y desafíos. **Revista Persona y Familia**, v. 1, n. 8, p. 135-163, 2018.

MARCHISONNEY, Daniela. **Noticias en braille y derecho a la información para personas con discapacidad visual: Un análisis sobre el primer periódico en formato braille de Córdoba**. Tesis de licenciatura. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2019. Disponível em: <https://rdu.unc.edu.ar/handle/11086/18503>. Acesso em: 10 de ago.2021.

SANTIAGO CORTÉS, Itzel. **El quehacer docente en el proceso de enseñanza aprendizaje para la inclusión de los estudiantes con discapacidad visual: un estudio en la facultad de música de la UNAM**. Tesis de maestría. Universidad Nacional Autónoma de México: Ciudad de México, 2018. Disponível em: https://ru.dgb.unam.mx/handle/DGB_UNAM/TES01000769562. Acesso em: 10 de ago. 2021.

YÉPEZ VIZCAÍNO, Flavia. **Importancia de la inserción laboral en la calidad de vida de las personas con discapacidad y su relación con el cumplimiento de la Reforma al Código de Trabajo Ecuatoriano investigado en las empresas más representativas del cantón Rumiñahui.** Tesis de maestría. Universidad Católica de Loja: Quito, 2012. Disponível em: <http://dspace.utpl.edu.ec/handle/123456789/4228> Acesso em: 10 de ago. 2021.

CONQUISTAS E DESAFIOS DA POPULAÇÃO LGBTQIAP+ PELA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS RELATIVOS AO EXERCÍCIO DA PARENTALIDADE: ADOÇÃO, REPRODUÇÃO ASSISTIDA E OUTRAS POSSIBILIDADES

CAROLINA D'AMORIM BARRETO¹

MARINA MAYER PEREIRA²

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que o direito de constituir família e o direito ao livre planejamento familiar deve ser alcançado a todos os seres humanos, independentemente da orientação sexual e da identidade de gênero, que não se associam às práticas parentais. Por tal motivo, a população LGBTQIAP+ passou a buscar formas de exercício da parentalidade e vem lutando para o reconhecimento do vínculo parental. Muitas conquistas foram obtidas com o passar dos anos, mas ainda remanescem desafios a serem enfrentados.

-
- 1 Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS) e especialista em Direito Tributário pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão (FBD). Integrante do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais”, junto ao Programa de Mestrado em Direito da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. Membro do IBDFAM. Membro da Comissão de Direito de Família da OAB/BA. Endereço eletrônico: caroldamorim.adv@gmail.com.
 - 2 Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS) e especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pela FMP/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais”, junto ao Programa de Mestrado em Direito da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Endereço eletrônico: nina_mpg@hotmail.com.

Nesse contexto, a presente pesquisa se propõe a elucidar conceitos importantes, como o da sigla LGBTQIAP+; analisar a evolução histórica do reconhecimento dos direitos das pessoas que se identificam com essa comunidade, dando enfoque ao direito de constituir família; esclarecer quais as formas de exercício da parentalidade, bem como sobre qual o entendimento da doutrina, da jurisprudência e de que forma a legislação enfrenta essa temática.

Assim, o problema que pauta o desenvolvimento deste trabalho é: quais são as conquistas e os desafios da população LGBTQIAP+ quanto ao direito de exercer a parentalidade, para possibilitar a construção de uma família?

Verifica-se que, no passado recente, a população LGBTQIAP+ conquistou o reconhecimento de diversos direitos, como o de constituir família e exercer a parentalidade. No Brasil, a parentalidade dos indivíduos que se identificam como integrantes dessa comunidade pode ser exercida por diversas formas, como: a) recomposição familiar; b) adoção conjunta ou individual; c) biológica; d) reprodução assistida; e) gestação por substituição, popularmente conhecida como “barriga solidária”; f) acordos coparentais entre um casal homossexual e uma pessoa do sexo oposto, com a finalidade de procriação, como é o caso da reprodução caseira. No entanto, em que pese a doutrina e a jurisprudência já reconheçam, em sua maioria, essas formas de exercício da parentalidade pela população LGBTQIAP+, ainda existem desafios a serem enfrentados, como a ausência de legislação e regulamentação nesse sentido.

O método adotado é o dedutivo, realizando-se pesquisas bibliográficas por meio de revisão da doutrina e da análise da legislação, com o objetivo de compreender a evolução do reconhecimento dos direitos da população LGBTQIAP+, em especial o de constituir família, e esclarecer as formas de exercício da parentalidade e os desafios que ainda são enfrentados.

2. BREVE HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS LGBTQIAP+ E O DIREITO DESSA COMUNIDADE DE CONSTITUIR FAMÍLIA

Abordar o tema dos direitos LGBTQIAP+³ exige uma análise do contexto histórico com o escopo de compreender sua evolução, por-

3 É relevante elucidar o significado da sigla utilizada “LGBTQIAP+”, que abrange diversas orientações sexuais e identidades de gênero, quais sejam lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e transexuais, queer, intersexuais, assexuais, pansexuais e o sinal +, utilizado para não limitar as possibilidades. (BISSOLI et al., 2018).

quanto o passado recente foi pautado pela discriminação. Insta apontar os tratados internacionais que foram importantes para o avanço no reconhecimento dos direitos da comunidade LGBTQIAP+ como direitos humanos, mormente a fim de dar-se concretude ao direito à livre orientação sexual, à igualdade e ao direito de constituir família.

Além disso, será apontado que a Constituição Federal de 1988 possibilitou o reconhecimento dos mais diversos tipos de família, trazendo como direito de todos o livre planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, destacando-se que o planejamento pressupõe também o exercício da parentalidade, que poderá ocorrer de diversas formas, não somente pela descendência biológica, possibilitando a filiação à comunidade LGBTQIAP+.

2.1. RECONHECIMENTO DOS DIREITOS LGBTQIAP+ COMO DIREITOS HUMANOS

Todas as pessoas são livres e iguais perante a lei, de forma que merecem exercer a sua orientação sexual e manifestar sua identidade de gênero, que são elementos essenciais à dignidade da pessoa humana. No entanto, é cediço que a população LGBTQIAP+, historicamente e até os dias de hoje, sofre preconceitos, discriminações e violências em todo o mundo. A partir do século XX, foram constatados avanços importantes e mudanças sociais que levaram ao surgimento de uma sociedade mais intolerante às práticas homofóbicas, sobretudo em razão do declínio da influência das religiões, do acesso às informações e da proliferação de normas de proteção dos direitos humanos.

Inicialmente, é sobremodo importante referir o Manual de Comunicação LGBTI+, criado pela Aliança Nacional LGBTI, o Grupo Dignidade e a rede GayLatino com o objetivo de, segundo consta naquele documento, “contribuir para diminuir preconceitos e estigmas e colaborar para o melhor entendimento de termos recorrentes entre a população LGBTI+”, pois “só com a informação mais correta possível é que se pode vencer o preconceito” (REIS, 2018).

O manual destacado explica que a identidade de gênero é a “forma como cada pessoa sente que ela é em relação ao gênero masculino e feminino, lembrando que nem todas as pessoas se enquadram, e nem desejam se enquadrar na noção binária de homem/mulher”. Ademais, esclarece que orientação sexual é “a inclinação involuntária de cada pessoa

em sentir atração sexual, afetiva e emocional por indivíduos de gênero diferente, de mais de um gênero ou do mesmo gênero”. Ainda, conforme esclarece Reis (2018, p. 35), sexo biológico diz respeito aos órgãos, hormônios e cromossomos, que diferenciam o feminino, o masculino e o intersexual (combinação dos dois). Destaca-se que não se pretende, aqui, esgotar o significado de todos os termos utilizados.

Para o que importa abordar neste tópico, numa perspectiva histórica e internacional, embora tenha havido um período em que a comunidade médica considerava a homossexualidade uma doença, chamando-a de “homossexualismo” – termo não mais utilizado –, em 1990, a Organização Mundial de Saúde retirou-a da classificação internacional de doenças (CID), de forma que a orientação sexual não deve ser vista como um distúrbio. Da mesma forma, em que pese tenha predominado, por muito tempo, o que era pregado pelas religiões quanto à reprovabilidade da diversidade da orientação sexual, significativas mudanças sociais ao redor do mundo, especialmente a valorização dos direitos humanos, acarretaram o surgimento de uma sociedade menos homofóbica – mesmo que ainda sejam necessários muitos avanços (VENOSA, 2021).

Extraí-se que, após muitas tentativas de inserir o tema LGBTQIAP+ no âmbito do Organização Mundial das Nações Unidas, em 1994, o Comitê de Direitos Humanos, responsável pelo monitoramento do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, acerca do caso *Toonem vs. Austrália*, manifestou-se no sentido de que a lei australiana que criminalizava a atividade homossexual entre adultos, violava o direito à privacidade, destacando que a orientação sexual estava incluída no Pacto para proteção contra a discriminação, o que contribuiu para a derrogação da lei australiana (TERTO; SOUZA, 2015).

Após, outro passo importante no reconhecimento dos direitos LGBTQIAP+ foi quando, por meio da Resolução n.º 2.435/2008, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos aprovou a Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, na qual conforme elenca Dias (2014, p. 81) “reafirma os princípios da universalidade, indivisibilidade e interdependência de direitos humanos, especialmente no que diz respeito aos atos de violência contra indivíduos em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero”.

No mesmo seguimento, em junho de 2011, a Organização das Nações Unidas declarou, pela primeira vez, que os direitos LGBTQIAP+ são direitos humanos na Resolução do Conselho de Direitos Humanos da Organização Mundial das Nações Unidas, na Assembleia Geral. A im-

portância dessa Resolução é que o país que não adotar providências pela proteção da comunidade LGBTQIAP+ não estará respeitando os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e tantos outros documentos internacionais (GORISCH, 2013).

No processo de avanços do reconhecimento dos direitos da comunidade LGBTQIAP+, os Princípios de Yogyakarta, no ano de 2006, na Indonésia, tem extrema relevância, pois foram criados por vários especialistas em direitos humanos, contando com uma brasileira dentre seus signatários, qual seja Sonia Onufer Corrêa, Pesquisadora Associada da Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids (Abia) e co-coordenadora do Observatório de Sexualidade e Política.

O referido documento reúne 29 princípios, revisados pelo Professor Michael O'Flaherty, membro do Comitê de Direitos Humanos da Organização Mundial das Nações Unidas, e serve de guia para os Estados quanto à aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. À guisa de exemplo, cita-se os seguintes princípios: direito ao gozo universal dos direitos humanos; direito à igualdade e a não-discriminação; direito ao reconhecimento perante a lei; direito à privacidade; e direito de participar da vida pública. Ressalta-se a importância da elaboração desses princípios que, apesar de serem normas de *soft law*, devem ser levados em consideração pelos Estados para interpretação das normas internacionais assumidas pelo governo, relativas à proteção da comunidade LGBTQIAP+ (MAZZUOLI, 2021).

Merece destaque, ainda, o princípio 24 do documento supramencionado que fala sobre o direito de constituir família, referindo que toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero e que nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros. Ainda, estabelece que os Estados deverão:

- [...] b) Assegurar que leis e políticas reconheçam a diversidade de formas de família, incluindo aquelas não definidas por descendência ou casamento e tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nenhuma família possa ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros, inclusive no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos, emprego e imigração;
- c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que em todas as ações e deci-

sões relacionadas a crianças, sejam tomadas por instituições sociais públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, o melhor interesse da criança tem primazia e que a orientação sexual ou identidade de gênero da criança ou de qualquer membro da família ou de outra pessoa não devem ser consideradas incompatíveis com esse melhor interesse; [...]. (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007, n.p.).

Imperioso enfatizar que o Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos; do Pacto Internacional sobre Direitos Civis Políticos; da Resolução n.º 2.435/2008, que dispõe sobre a Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos; bem como é signatário do documento que institui os Princípios de Yogyakarta (BAHIA, 2012). Sendo assim, é dever do Estado brasileiro continuar promovendo o reconhecimento dos direitos da comunidade LGBTQIAP+, implementando esforços nesse sentido, principalmente quanto às alterações legislativas necessárias.

Vale notar que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 logrou efetivar ainda mais os direitos da população LGBTQIAP+, em que pese não tenha trazido de forma expressa questões atinentes à orientação sexual. Isso se verifica, pois uma das principais aplicações do princípio da dignidade está no direito à livre orientação sexual. Ademais, a liberdade sexual deve ser vista como um direito fundamental que advém da interpretação de um conjunto de normas constitucionais, quais sejam: o direito à liberdade previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal; os direitos à intimidade e à privacidade, previstos no art. 5º, inciso X, da CF; e a proteção da convivência familiar com base na livre decisão de seus integrantes, conforme previsto no art. 226 da lei maior (FERRAZ et al., 2013).

Por sua vez, a igualdade sexual, que diz respeito à proibição da discriminação decorre do princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF), da vedação de quaisquer formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF) e garantia penal contra graves discriminações (art. 5º, XLI, da CF).

Verifica-se que dentre todos os direitos garantidos à população LGBTQIAP+, há o de constituir família, o qual decorre, também, da expansão do conceito das famílias modernas ou contemporâneas, que se desvincularam do modelo clássico da família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual (ROSA, 2020). Nesse novo contexto, os indivíduos possuem mais autonomia para realizar

o seu planejamento familiar de forma que todos alcancem a satisfação pessoal com base no afeto.

2.2. CONCRETIZAÇÃO DA AUTONOMIA: LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E DIREITO DE EXERCER A PARENTALIDADE

Como já referido, as diversas transformações sociais e das relações interpessoais que ocorreram durante o século XX, principalmente, após o advento da Constituição Federal de 1988, acarretaram a quebra de paradigmas na área do Direito de Família. De forma gradativa, as questões individuais afastaram as influências do Estado, da sociedade e das religiões, que num passado recente muito interferiram nas escolhas dos indivíduos (CALDERON, 2017).

Essa liberdade de escolha traz ao centro das relações interpessoais, a busca dos indivíduos pela felicidade e pela realização pessoal. Houve uma transição do antigo modelo de família, em que a base era o casamento e os filhos legítimos, para o modelo contemporâneo da família eudemonista, na qual a base da relação passa a ser o afeto e o respeito mútuo, e os indivíduos devem contribuir para a evolução uns dos outros (ROSA, 2020).

Nesse sentido é a previsão do § 7º do art. 226 da Constituição Federal quando, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, considera livre o planejamento familiar pelas pessoas, devendo ser proporcionados, pelo Estado, os recursos necessários para a efetivação desse direito.

Denota-se que a valorização dos vínculos de afeto é uma forma de atender ao macroprincípio da dignidade da pessoa humana (PEREIRA; COLTRO, 2017). Sobre a incidência desse princípio no âmbito das relações familiares, leciona Paulo Lôbo (2019, p. 58-59) que “atualmente, a família converteu-se em *locus* de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de suas dignidades”.

Há de se ressaltar, ainda, que o §4º do art. 226 da Constituição Federal, quando utiliza a expressão “também”, abre margem para a existência de diversos tipos de família, que não só aqueles formados por quaisquer dos pais e seus descendentes. Diversos outros tipos de família podem estar incluídos, implicitamente, no texto constitucional, inclusive aquelas formadas pela comunidade LGBTQIAP+.

Portanto, além do direito à livre orientação sexual e à igualdade, há o direito de optar pela escolha de um companheiro de vida, seja he-

terossual, seja homossexual, ou optar por se abster sexualmente. Essa autonomia deve ser preservada, de modo que não haja tratamento discriminatório pela sociedade quanto às escolhas dos indivíduos, nem mesmo pelo Estado (ROSA, 2020).

Quanto à incidência dos princípios da autonomia e da menor intervenção estatal no Direito de Família, refere Rodrigo da Cunha Pereira (2021, 92):

Assim, o princípio da autonomia privada e da menor intervenção estatal no Direito de Família atua como instrumento de freios e contrapesos da intervenção do Estado e funda-se, ainda, no próprio direito à intimidade e liberdade dos sujeitos. O art. 1.513 do Código Civil brasileiro bem traduz o espírito de um Estado laico, isto é, que não deve interferir nestas escolhas privadas e particulares: É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. Independentemente de o Estado autorizar ou não, e quer gostemos ou não, queiramos ou não, novas estruturas conjugais e parentais continuarão acontecendo. Em sua nova e moderna perspectiva, o Direito de Família, segundo o princípio da intervenção mínima, desapega-se de amarras anacrônicas do passado, para cunhar um sistema aberto e inclusivo, facilitador do reconhecimento de outras formas de arranjo familiar.

Cumprido consignar que o livre planejamento familiar está previsto, ainda, na legislação infraconstitucional, especificamente no artigo 1.565, § 2º, do Código Civil, bem como está recepcionado na Lei 9.263/96, de forma a garantir a livre escolha a toda pessoa – não somente ao casal –, abrangendo métodos e técnicas de concepção e de contracepção (FARIAS; ROSENVALD, 2019). Tendo em vista tais pontos elucidados, pode-se notar que todas as pessoas são livres para constituir a família, não sendo permitido ao Estado e à sociedade instaurarem limites ou condições (DIAS, 2013).

Assim sendo, verifica-se que a realização de planejamento familiar também significa a realização de projeto de parentalidade, que poderá ocorrer por mecanismos biológicos, pela adoção, pela fertilização medicamente assistida ou por meio do estabelecimento do afeto em condição paterno-filial (FARIAS; ROSENVALD, 2019). Essas novas formas de filiação possibilitaram que a comunidade LGBTQIAP+ alcançasse o exercício da parentalidade.

3. CONQUISTAS E DESAFIOS DA POPULAÇÃO LGBTQIAP+ PELA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS RELATIVOS AO EXERCÍCIO DA PARENTALIDADE

A inquietude é milenar com relação à reprodução e a descendência, no que se refere a cultura ocidental. A família, caso se leve em conta variáveis no tempo e no espaço, representa mais do que uma célula mater da sociedade, que incessantemente denotou o meio de perpetuação da espécie humana (GOMES, 2005).

São inúmeros os motivos pelos quais os indivíduos querem deixar sua descendência no mundo. Portanto, a pressão pode vir tanto da cultura, da vontade de acolher os aspectos místicos e religiosos, da situação político-econômica, da própria família, ou, em alguns casos, pela simples satisfação pessoal relacionada à vaidade ou ao medo de desaparecer o legado familiar (GOMES, 2005).

Dessa forma, verifica-se que a parentalidade figura como um fenômeno complexo, visto que se inicia muito antes do nascimento da prole, ultrapassando o caráter biológico e atingindo o campo da idealização, ao se tornar capaz de imaginar seu filho e, através disso, se transformando em pai/mãe (ARALDI; SERRALTA, 2016).

Com base nessa análise, já se faz possível observar que a essencialidade do desejo de exercer a parentalidade, ou até mesmo a ausência dele, é intrínseco do ser humano. Isto é, não se faz a diferenciação entre exercê-la com um parceiro do mesmo sexo, com parceiro do sexo oposto ou de maneira individual, visto que a orientação sexual não se associa às práticas parentais. O modo como a parentalidade será exercida é uma escolha que diz respeito apenas a quem está na relação, de maneira que não deslegitima os anseios e a tomada de decisão de parentar.

3.1. FORMAS DE EXERCÍCIO DA PARENTALIDADE PELO PÚBLICO LGBTQIAP+

É sabido que, antigamente, casais do mesmo sexo que tinham a intenção de ampliar a família, apenas tinham ao seu alcance a adoção individual, como se solteiro fosse, ou a reprodução caseira. Contudo, o anseio de realizar uma parentalidade de maneira conjunta, declarando seus relacionamentos afetivos, ainda permanecia sem concretização.

Atualmente, parentalidade de casais LGBTQIAP+ pode ser alcançada das seguintes formas: a) recomposição familiar; b) adoção conjunta ou individual; c) biológica; d) reprodução assistida; e) gestação por substituição, popularmente conhecida como “barriga solidária”; f) acordos coparentais entre um casal homossexual e uma pessoa do sexo oposto, com a finalidade de procriação, isto é, reprodução caseira (ARALDI; SERRALTA, 2016).

Com o advento do Direito de Família Contemporâneo, as famílias mosaico se tornam cada vez mais presentes para o ordenamento jurídico, muito embora já existissem há algum tempo até seu efetivo reconhecimento. A recomposição familiar, portanto, nada mais é do que o entrelaçamento afetivo entre um dos genitores e seus filhos com um novo companheiro, de modo a iniciar uma nova estrutura familiar. Com base nisso, nota-se que poderá existir uma situação na qual o genitor ou genitora, que inicialmente viviam uma relação heterossexual, tem filhos e depois passam a conviver uma relação homossexual e exercem a parentalidade nessa nova conjuntura.

No que diz respeito a adoção por casais homoafetivos, primeiramente se faz necessário pontuar que com a equiparação da união homoafetiva à união estável⁴, ocorreu o preenchimento do requisito formal que tornou possível seu deferimento. À vista disso, para a adoção conjunta homoparental se utiliza como base esse preceito, enquanto, para a adoção unilateral, não há qualquer análise a respeito da orientação sexual do indivíduo, caracterizando uma adoção monoparental. Mister ressaltar que, no caso das famílias compostas por pessoas transgênero, parte da doutrina utiliza o termo adoção transfetiva (MOREIRA, 2017) quando fazem referência a adoção realizada por uma família com um ou mais transexuais.

Ademais, importante esclarecer que essa nomenclatura não diz respeito à orientação sexual, visto que o indivíduo transgênero apenas não é uma pessoa cisgênero (não se identifica com o gênero feminino/

4 Em 05 de maio de 2011, houve o julgamento pelo STF da ADI 422 e ADPF 132, no qual reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar e, com isso, aplicando à mesma o regime da união estável entre homem e mulher, preceituada no art. 1.723 do Código Civil. À vista disso, por força do seu efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, vários institutos jurídicos foram abarcados pelos fundamentos da decisão, visto que referendou a inconstitucionalidade de qualquer discriminação em razão da orientação sexual para fins de se reconhecer uma entidade familiar. Com isso, verifica-se o reconhecimento da adoção conjunta homoafetiva e o casamento civil por conversão. (CHAVES, 2011).

masculino que lhe foi atribuído ao nascer), podendo figurar como heterossexual ou homossexual, portanto, a adoção transfetiva pode ocorrer em uma família transfetiva hétero (a exemplo: homem transgênero que se relaciona com uma mulher transgênero ou cisgênero) ou homotransfetiva (exemplificando: homem transgênero que se relaciona com um homem transgênero ou cisgênero).

Dessa forma, compreende-se que até o presente momento não há formalização legal a respeito de adoção homoparental e homotransfetiva, tendo em vista que o respaldo jurídico ocorre com base na jurisprudência que reconhece a união estável homoafetiva e a adoção monoparental (CAMPOS; OLIVEIRA; RABELO, 2018).

Interessante mencionar que as famílias transfetivas desafiam inclusive os conceitos ultrapassados e enraizados da sociedade, relacionados às configurações dos papéis da mulher e do homem na relação de parentalidade, visto que nesse contexto, quem tem capacidade para gerar a prole é o homem transgênero em alguns casos, invertendo a lógica de heterocisnormatividade (OLIVEIRA, 2015). Como explica Elizabeth Zambrano (2006, n. p.):

As transexuais e algumas travestis se sentem e se consideram “mulheres”, mesmo tendo nascido homens biológicos. Para elas, é o sexo/gênero transformado que conta para sua classificação como “mulheres”. Desse modo, as travestis e transexuais se consideram “mulheres” e mantêm relações sexuais com homens, percebidas por elas como heterossexuais e não homossexuais. Da mesma forma, quando constroem uma relação de parentalidade, na maioria das vezes, o fazem ocupando o lugar “materno” e não “paterno”.

À vista disso, nas relações transfetivas, verifica-se que há casos em que pode ocorrer a parentalidade inclusive de caráter biológico, vez que o indivíduo pode se reconhecer no gênero diferente que nasceu, mas por opção, biologicamente não realizar alteração.⁵ Portanto, nessas famílias existe a capacidade biológica de gerar uma prole, sendo oriunda de

5 Conforme a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.265/2019, o art. 1º, §5º elenca que “Considera-se afirmação de gênero o procedimento terapêutico multidisciplinar para a pessoa que necessita adequar seu corpo à sua identidade de gênero por meio de hormonioterapia e/ou cirurgias”. Com isso, verifica-se que transgeneridade deve ser experienciada de forma singular por cada indivíduo, de maneira que não se exige a realização de cirurgia de readequação de sexo ou hormonioterapia para que a mesma seja considerada.

uma gestação pelo homem trans – que se relacionou com um homem cis ou mulher trans (que optou por não se submeter a tratamento cirúrgico) – mesmo este ocupando o lugar “paterno” da relação.

Em contrapartida, há ainda a possibilidade de o casal homoafetivo optar por seguir o projeto de parentalidade através dos métodos de reprodução assistida, de modo a possibilitar o nascimento de filhos biológicos. A evolução da biotecnologia permite a formação de famílias com dificuldades para levar uma gestação da maneira habitualmente conhecida, seja por conta da infertilidade ou porque o método natural a torne de risco, ou, por fim, porque fisiologicamente seja indispensável no seu contexto familiar.

Nesse sentido, as famílias com a presença de duas mulheres podem optar por realizar a inseminação artificial ou a fertilização *in vitro*. Com isso, o doador do espermatozoide pode ser alguém conhecido (parentes até o 4º grau) ou desconhecido, e, neste último caso, ocorre através de um banco de esperma (ZAMBRANO, 2006).

Contudo, no caso da família homoafetiva composta de dois homens, verifica-se que o método a ser utilizado é o da “barriga solidária”, no qual há uma cessão temporária de útero e não pode haver qualquer contraprestação financeira, bem como a terceira que fará a doação temporária do útero deverá ter ao menos um filho vivo e ser parente do casal. Nos demais casos deverá ocorrer a autorização do Conselho Federal de Medicina. Em outros países há mais possibilidades, mas o método da “barriga de aluguel”, em que ocorre pagamento por esse serviço, ainda é considerado ilegal no Brasil.

A gestação por substituição, ou maternidade por substituição, portanto, tem a particularidade de poder envolver qualquer uma das técnicas de reprodução assistida, sendo uma técnica complementar, porém a gravidez se relaciona à uma terceira alheia, que não a que resolveu aplicar o seu projeto parental (GAMA, 2003).

Pode-se observar que os contratos onerosos que tratam sobre o regimento do aluguel do útero não têm validade, tendo em vista que a vida humana é um bem indisponível e por isso não pode ser objeto de comércio. Os contratos de gestação voluntária têm uma maior aceitação pelo meio jurídico e pela sociedade, tendo em vista que buscam apenas resguardar os direitos do casal, que está participando do planejamento familiar, e os direitos da terceira que não quer ser mãe (SAUWEN; HRYNIEWICZ, 2008).

Interessante ressaltar, que as técnicas de reprodução assistida não são amplamente regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro, de

forma a utilizar como orientação as disposições constantes nas diversas Resoluções do Conselho Federal de Medicina. À vista disso, observa-se que na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.294/2021, publicada em junho de 2021, está estabelecido que um dos requisitos para que se possa realizar a gestação através de “barriga solidária”, é de que esta dependerá da aprovação prévia e por escrito do(a) cônjuge ou companheiro(a), nos casos em que a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável.

Nota-se que, muito embora seja um método que trouxe avanços no planejamento familiar, em especial de famílias homoafetivas, visualiza-se traços do modelo de família patriarcal que orientava a sociedade, porém, fazendo uma leitura com base no Direito de Família Contemporâneo, visualiza-se ainda mais a necessidade de regulamentação desses métodos.

No caso de um casal homoafetivo ter escolhido a maternidade por substituição como meio para obtenção da parentalidade, deverá configurar nos registros de nascimento da prole a presença do vínculo biológico e socioafetivo no documento de registro. Esclarece-se, ainda, que deverá ser considerado, para fins de registros, o casal ou o indivíduo que buscou o útero de substituição, e não a terceira alheia que cedeu o útero e, muitas vezes, o próprio óvulo, para gerar essa nova vida.⁶

Um motivo que dificulta e impede que muitos casais optem pela reprodução assistida é seu caráter oneroso⁷, por conta disso, há aqueles que optam por realizar uma inseminação artificial caseira, fora das clínicas autorizadas para aplicar tais procedimentos. Por conseguinte, nesses casos o espermatozoide do doador é colocado em uma seringa e aplicado na vagina da mulher que irá gestar, muitas vezes sem a presença de acompanhamento médico, repetidas vezes até o processo ter êxito.

6 Importante frisar que não há legislação específica sobre essa determinação, visto que o Código Civil de 2002 não trata sobre os efeitos da filiação nos casos de gestação por substituição. Contudo, o art. 17, parágrafo primeiro, do Provimento n. 63 de 14 de novembro de 2017 do CNJ, propõe a seguinte redação: “Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação”.

7 A título de conhecimento, “em média, os custos básicos da inseminação artificial oscilam de 3 mil a 5 mil reais, mas, caso seja necessário recrutar um banco de sêmen, esse valor pode até dobrar. Já para a *fertilização in vitro*, mais complexa, a média de preço fica entre 15 mil e 20 mil reais”. (ORTIZ; BRUM; NAKAMURA; FONTANIVE, 2019, n.p.).

Nesses acordos coparentais entre um casal homossexual e uma pessoa do sexo oposto, com a finalidade de procriação, por ser algo clandestino, além de apresentar riscos à saúde, pode gerar fatores complicadores nos momentos de registro da prole ou até mesmo no estabelecimento dos direitos de filiação. Portanto, se faz necessário a realização de contrato particular entre os envolvidos, a fim de evitar esses possíveis entraves jurídicos.

3.2. DESAFIOS DO PÚBLICO LGBTQIAP+ QUANTO AO ALCANCE E O EXERCÍCIO DA PARENTALIDADE

A população LGBTQIAP+ encara uma série de requisitos para conseguir cumprir o seu planejamento familiar e poder exercer a parentalidade na sua completude. Todavia, compreende-se que por mais que os avanços tenham sido importantes, tanto no ordenamento quanto nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, verifica-se que ainda existem lacunas sem serem enfrentadas, bem como desafios perante a visão social.

Inicialmente, restam claras as inquietações sociais e discriminatórias quando se fala em parentalidade homoafetiva. Questionamentos envolvendo a influência de um casal homoafetivo na educação dos filhos, no comportamento no ambiente familiar, a suposta ausência da presença feminina (nas famílias de casais homens) ou masculina (nas famílias de casais de mulheres), a atração sexual que os filhos virão a ter, dentre tantos outros.

Enquanto isso, o ponto que permeia as preocupações dos envolvidos nessa relação consiste no temor de que os filhos convivam com reações homofóbicas, seja no ambiente escolar, seja na convivência com outras famílias e em círculos sociais ou até mesmo em seu núcleo familiar, especialmente nos casos de famílias recompostas em que um dos genitores passa a viver uma união homoafetiva.

Com base nisso, se faz necessário esclarecer que escolhas relacionadas ao comportamento, ao rendimento escolar ou até mesmo a atração sexual, não fazem referência à estrutura familiar em que a prole cresceu, muito menos estão sob influência da orientação sexual de quem os criou. Isto é, estudos demonstram que a existência de uma boa relação entre pais e filhos que fazem a diferença na construção do indivíduo. Ademais, verifica-se que não há interferência na expressão sexual dos filhos, o fato de terem sido criados por pais héteros ou homossexuais, até porque sua

criação não deve ser limitante e sim em busca do pleno desenvolvimento de sua personalidade. Inclusive, para os que são desenvolvidos em lares com pares homoafetivos demonstram coexistir melhor com as definições de gênero feminino/masculino que a sociedade costuma impor, de forma a não se limitarem ao estereótipo que tanto se tenta desmistificar.⁸

O sucesso, portanto, da inserção da criança ou do adolescente no lar adotivo, está diretamente correlacionado ao ambiente familiar e não à orientação sexual dos adotantes (BEZERRA, 2015), que, sejam eles heterossexuais, homossexuais ou assexuados, ou ao gênero que se identificam, sejam eles transexuais, travestis, não-binários e afins, isto é, o que importa é o sentimento de parentalidade existente e a proteção ao desenvolvimento psicológico dos adotados.

Seguindo essa mesma perspectiva, nota-se:

Não há proibição acerca da adoção por casais do mesmo sexo, pois a faculdade de adotar é tanto do homem quanto da mulher e ambos em conjunto ou isoladamente, independentemente do estado civil. Não importando a orientação sexual do mesmo, devendo ter em vista sempre o bem-estar da criança e do adolescente. Não se deve justificar a adoção de uma criança e adolescente tendo em vista a orientação sexual dos adotantes, pois o princípio da igualdade veda a discriminação por orientação sexual, e sim observar sempre o bem-estar e melhor interesse da criança. (DIAS, 2009, p. 214).

Contudo, embora a doutrina e a jurisprudência autorizem a adoção homoafetiva, o ordenamento brasileiro não regulamentou a referida disposição. Numa perspectiva de direito comparado, é interessante apontar a experiência de Portugal no tema, que, inclusive, permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo desde 2010, Lei n.º 9/2010 (PEREIRA, 2018). Quanto à adoção, com a entrada em vigor da Lei n.º 2/2016, foi alterado o artigo 3º da Lei n.º 9/2010, para constar “a admissibilidade legal de adoção, em qualquer das suas modalidades, por pessoas casadas com cônjuge do mesmo sexo”. Dessarte, considerando que o Brasil, assim como Portugal, são países de sistema *Civil Law*, a regulamentação do tema mediante edição de uma norma legal assume grande importância.

8 Essa conclusão foi extraída de uma pesquisa realizada pelo Instituto de Psicologia da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, no ano de 2016, no qual fez a análise de artigos publicados entre 2004 e 2014 nas bases de dados SciELO, PePSIC e *Academic Search Premier*, com o intuito de avaliar a parentalidade em casais que diferem da norma a partir de uma visão heteronormativa. (ARALDI; SERRALTA, 2016).

Ocorre que, em decorrência da ausência de regulamentação específica relacionada às demandas homoafetivas, surgem na prática diversos desafios a serem enfrentados pelas famílias da população LGBT-QIAP+, especialmente sob o olhar de um modelo patriarcal, tradicional e heteronormativo. Dessa forma, muitos são os casos em que a família LGBTQIAP+ precisa recorrer ao Judiciário para ter os direitos de sua família reconhecidos.

Vislumbra-se tal conjectura quando se nota que, em julho de 2021, recorreu-se ao judiciário para que fosse discutido o direito de uma servidora pública federal, mãe não gestante de uma criança fruto de reprodução assistida, de receber licença parental. Exsurge que a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu o direito de receber a licença de 20 dias após o nascimento, correspondente ao período de licença paternidade dos servidores federais (BRASIL, 2020).

Ao analisar o caso, convém enfatizar que a referida mãe homoafetiva estava totalmente desamparada no âmbito administrativo, visto que sob uma análise superficial da demanda, concluiu-se que ela não se encaixava dos requisitos de uma licença maternidade (sob o argumento de que não iria gestar), e não se adequava aos requisitos da licença paternidade pelo fato de ser mulher.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal já equiparou os prazos de licença gestante e licença adotante⁹, de forma a elucidar que os aspectos biológicos não são os únicos fatores a serem analisados e sim a condição de maternar. Portanto, entende-se que a condição de reconhecer a licença deveria deixar de ser uma análise de gênero, deixando de existir essa diferenciação entre materna/paterna, considerando o viés protetivo da criança, sendo imprescindível uma nova regulamentação nesse sentido.

Outro exemplo de desafio enfrentado pela população LGBT-QIAP+, no qual também teve que ser solucionado pelo judiciário (BRASIL, 2021), foi a solicitação de reconhecimento do vínculo parental após a realização de uma inseminação caseira. Por falta de regulamentação no tema, um casal de mulheres foi impedido de realizar o registro da dupla maternidade através do Cartório de Registro Civil.

9 O Supremo Tribunal Federal (STF) fixou no Tema nº 782 de repercussão geral a seguinte tese: “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença à gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença à adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”. (BRASIL, 2016).

Quando se realiza essa modalidade de parentalidade não há o acompanhamento de uma clínica de fertilização credenciada, sendo essa uma das exigências do Conselho Federal de Medicina, portanto, não haveria o preenchimento dos requisitos para o reconhecimento da filiação para os autores do projeto parental. Por conseguinte, o magistrado que analisou a demanda, da 3ª Vara da Família de Brasília, entendeu que o casal conseguiu comprovar estar partilhando daquele planejamento familiar, bem como a incontroversa relação de maternidade socioafetiva (LIMA, 2021).

O contexto da sociedade atual é formado por uma pluralidade de relações familiares, motivo pelo qual o Direito de Família passou a utilizar a nomenclatura de Direito das Famílias, destacando-se, dentre elas, as famílias LGBTQIAP+. Nesse sentido, o Direito deve acompanhar tais transformações também no campo legislativo, estabelecendo regulamentações à essas relações que, atualmente, se baseiam pela jurisprudência e Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

4. CONCLUSÃO

Historicamente, a população LGBTQIAP+ sofreu, e segue enfrentando, uma série de preconceitos e discriminações. Parte das ofensas direcionadas a ela decorrem da mentalidade de uma sociedade engessada e patriarcal, bem como advém da construção social que, a cada dia mais, vem sendo desmistificada em decorrência do acesso à informação.

Ao passo que as mudanças sociais proporcionaram grandes avanços aos direitos LGBTQIAP+, apenas em 2011 que a Organização das Nações Unidas declarou, pela primeira vez, que estes são direitos humanos. Desse modo, verifica-se que o tema segue latente, sobretudo no que se refere aos desdobramentos relacionados à liberdade sexual, sendo este considerado como um direito fundamental, e, em especial, ao direito de constituir família.

Considera-se livre o planejamento familiar pelas pessoas, devendo ser proporcionados, pelo Estado, os recursos necessários para a efetivação desse direito, sem estabelecer limites ou restrições. Nesse sentido, são diversos os tipos de família que são possíveis de se querer construir, sendo incluídas, por óbvio, aquelas formadas pela comunidade LGBTQIAP+.

Tendo em vista tais pontos elucidados, em consonância ao livre planejamento familiar verifica-se a realização de um projeto de parentalidade através de mecanismos biológicos, adoção, reprodução assistida ou

relação socioafetiva. A parentalidade pode, portanto, ser exercida de maneira individual, bem como por um casal formado por indivíduos que se reconhecem como gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros e transexuais, queer, intersexuais, assexuais, pansexuais ou outras demais possibilidades.

Ao realizar o projeto de parentalidade, nota-se que os casais homoafetivos, embora possam ser biologicamente férteis, necessitam de um terceiro alheio a relação para ter filhos (através de técnicas de reprodução assistida ou adoção), em razão da ausência de diversidade de órgãos sexuais. Ao passo que, no caso dos casais transafetivos, a depender do parceiro que se relacionarem ou se optaram por não realizar a cirurgia de readequação, poderão ter filhos inclusive pela via biológica, sem a necessidade de uma terceira pessoa que lhes auxilie nesse processo.

Dessa forma, no que se refere à comunidade LGBTQIAP+ na sua integralidade, conclui-se que esta perpassa pelos diversos métodos de concepção para exercer a parentalidade. Portanto, não há grandes diferenciações quando se analisa a técnica médico-científica em si, e sim quando se observa a ausência de regulamentação dos seus direitos, necessitando recorrer ao Judiciário em determinados casos.

Muitas famílias optam por utilizar das técnicas de reprodução assistida para conseguir procriar, seja com relação à infertilidade ou por riscos de saúde, independente da identidade de gênero e sexualidade que tenham. O desejo de constituir família, ou até mesmo a ausência dele, não se restringe à modalidade de família (cisgênero, homoafetiva, transafetiva ou afins), sendo fator intrínseco do próprio indivíduo.

Contudo, explanando a parentalidade LGBTQIAP+, afere-se que situações como o reconhecimento do vínculo parental após a realização de uma inseminação caseira ou o reconhecimento de licença parental, de uma mãe não gestante, de uma criança fruto de reprodução assistida, atualmente, ainda são levadas ao Judiciário, essencialmente por envolverem as particularidades de um casal homoafetivo, visto que não tem regulamentação para que se resolva nas vias administrativas.

Em conclusão, cumpre reiterar a eminente necessidade do legislador de elaborar as normas gerais sobre os temas que envolvem os direitos da população LGBTQIAP+. A comunidade LGBTQIAP+ representa grande parte da sociedade, de modo que deve ter garantidos os direitos do livre planejamento familiar e do pleno exercício da parentalidade, devendo ser amparada pelo Direito de Família Contemporâneo, para que se possa ter ao menos uma segurança jurídica e um tratamento igualitário entre as modalidades de famílias.

REFERÊNCIAS

ARALDI, Marina Ortolan; SERRALTA, Fernanda Barcellos. Parentalidade em casais homossexuais: Uma revisão sistemática. **Psicol. pesq.**, Juiz de Fora, v. 10, n. 2, p. 31-39, dez. 2016. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/psi-pesq/v10n2/05.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Homofobia no Brasil, resoluções internacionais e a Constituição de 1988. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3269, 13 jun. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21999>. Acesso em: 1 set. 2021.

BEZERRA, Matheus Ferreira. As Uniões Homoafetivas nos Tribunais Superiores Brasileiros: Uma análise sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S.l.], n. 27, p. 98-120, jun. 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/4974/12539>. Acesso em: 01 set. 2021.

BISSOLI, Bruna da Silva. *et al.* IDENTIDADE DE GÊNERO E DIVERSIDADE SEXUAL: proposta de elaboração de microtesauro. *In*: V Encontro Regional dos Estudantes de Biblioteconomia. Documentação, Gestão e Ciência da Informação das Regiões Sudeste, Centro-oeste e Sul, 2018, Belo Horizonte. **Anais [...] Minas Gerais: UFMG**, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/moci/article/download/16909/13668/48010>. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 24 de mai. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de justiça. Provimento N° 63/2017. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos

filhos havidos por reprodução assistida. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.265/2019, de 20 de setembro. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero. **Diário Oficial da União**, 09 jan. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-2.265-de-20-de-setembro-de-2019-237203294>. Acesso em: 09 set. 2021.

BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.294/2021, de 27 de maio. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. **Diário Oficial da União**, 15 jun. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>. Acesso em: 31 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 778.889. Tema nº 782 de Repercussão Geral. Relator Min. Roberto Barroso. Distrito Federal, **Diário de Justiça**, 10 jun. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347>. Acesso em: 01 set. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça. Recurso Inominado Cível. Proc. 0706292-70.2019.8.07.0018. Relator Desembargador Arnaldo Corrêa Silva, Distrito Federal, **Diário de Justiça**, 03 jun. 2020. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858056145/7062927020198070018-df-0706292-7020198070018/inteiro-teor-858056165>. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Sentença. Proc. 0724641-93.2020.8.07.0016. Juiz de Direito Antonio Fernandes da Luz, Distrito Federal, **Diário de Justiça**, 09 fev. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/290205107/processo-n-0724641-9320208070016-do-tjdf>. Acesso em: 01 set. 2021.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CAMPOS, Daniela Mara Silva; OLIVEIRA, Ana Aparecida de; RABELO, Raquel Santana. **Adoção Homoafetiva e os Desafios da Nova Concepção Familiar**. IBDFAM, 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1279/Ado%C3%A7%C3%A3o+Homoafetiva+e+os+Desafios+da+Nova+Concep%C3%A7%C3%A3o+Familiar+>. Acesso em: 30 ago. 2021.

CHAVES; Marianna. **O julgamento da ADPF 132 e da ADI 422 e seus reflexos na seara do casamento civil.** Jusbrasil, 2011. Disponível em: <https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>. Acesso em: 31 ago. 2021

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI.** 6ª ed. reformulada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias.** 11ª ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

FERRAZ, Carolina Valença. *et al.* **Manual do direito homoafetivo.** – São Paulo: Saraiva, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, José Jairo. Reprodução humana assistida e filiação na perspectiva dos direitos de personalidade. *In:* JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.). **Revista de Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, a.6, n. 22, abr./jun. 2005.

GORISCH, Patrícia Cristina Vasques de Souza. **O reconhecimento dos direitos LGBT como direitos humanos.** Dissertação (mestrado) - Universidade Católica de Santos, Santos, 2013. Disponível em: <https://tede.unisantos.br/handle/tede/1564>. Acesso em 02 set. 2021.

LIMA, Márcia Fidélis. **Casos de reconhecimento de dupla parentalidade ainda deságuam na Justiça.** IBDFAM, 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8194/Casos+de+reconhecimento+de+dupla+parentalidade+ainda+des%C3%A1guam+na+Justi%C3%A7a>. Acesso em: 01 set. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil, volume 5: famílias**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

MOREIRA, Silvana do Monte. **Parentalidade em Abordagem Singular**. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade Sexual Direito Homoafetivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Melissa Barbieri de. **Famílias compostas por pessoas trans: O que muda nesta configuração familiar?**. In: GROSSI, Miriam Pillar (Coord.). Projeto de Pesquisa em “Feminismo, Ciências e Educação: relações de poder e transmissão de conhecimentos”, jan. 2013 – jul. 2015. Disponível em: <http://www.generoediversidade.ufba.br/wp-content/uploads/2016/09/Fam%C3%ADlias-compostas-por-pessoas-trans.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2021.

ORTIZ, Juan; BRUM, Maurício; NAKAMURA, Pedro; FONTANIVE, Stéfani. **O que você precisa saber sobre reprodução assistida**. *Veja Saúde*, nov. 2019. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/o-que-voce-precisa-saber-sobre-reproducao-assistida/>. Acesso em: 31 ago. 2021.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Direito da Família**. 2ª ed. rev. e actualizada. Lisboa: AAFDL, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 92.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Orgs.). **Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal 2016-2017**. São Paulo: Atlas, 2017.

PORTUGAL. **Lei n.º 9/2010, de 31 de maio**. Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/332460/details/maximized>. Acesso em: 02 set. 2021.

PORTUGAL. **Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro**. Elimina as discriminações no acesso à adoção, apadrinhamento civil e demais relações jurídicas familiares. Disponível em: https://dre.pt/home/-/dre/73740375/details/maximized?p_auth=r2yZWEod. Acesso em: 02 set. 2021.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.** Tradução: Jones de Freitas, 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 02 de set. 2021.

REIS, Toni (org.). **Manual de Comunicação LGBTI+.** 2ª edição. Curitiba: NEA-B-UFPR, 2018.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo.** 7ª ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2020.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “In Vitro” da Bioética ou Biodireito.** 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TERTO, Angela Pires; SOUZA, Pedro Henrique Nascimento. De Stonewall à assembleia geral da ONU: reconhecendo os direitos LGBT. Monções: **Revista de Relações Internacionais da UFGD**, Dourados, v.5. n.7, jan/jun., 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufgd.edu.br/index.php/moncoes>. Acesso em: 02 set. 2021.

VASCONCELOS, Ana Paula. **Licenças maternidade e paternidade para casais homoafetivos ainda geram divergências na jurisprudência.** IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8795/Licen%C3%A7as+maternidade+e+paternidade+para+casais+homoafetivos+ainda+geram+diverg%C3%A7%C3%A3o+na+jurisprud%C3%Aancia>. Acesso em: 01 set. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família e sucessões**, volume 5. 21. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

ZAMBRANO, Elizabeth. Parentalidades “impensáveis”: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. In: **Horizontes Antropológicos**, dez. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ha/a/tBBwkgGRBqtVGmJV7zFMXLK/?lang=pt>. Acesso em: 30 ago. 2021.

LICENÇA-PARENTAL: PERSPECTIVAS PELO DIREITO À PARTICIPAÇÃO ATIVA DOS GENITORES NA FORMAÇÃO DE LAÇOS AFETIVOS COM O RECÉM-NASCIDO E DA IGUALDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO FAMILIAR E NO MERCADO DE TRABALHO

GEÓRGIA MANFROI¹

1. INTRODUÇÃO

Conforme as transformações da sociedade, as normas são moldadas para se adequarem aos novos papéis sociais. Conseqüentemente, é perceptível a metamorfose da organização familiar a partir de fatores externos e internos ao longo da história.

No presente trabalho, questiona-se se, no contexto brasileiro atual, a licença-parental, instrumento adotado por países em destaque na promoção da igualdade de gênero, é ferramenta vantajosa em comparação ao sistema adotado atualmente, e suas respectivas implicações sociais. Ainda, discute-se se a diferenciação dos períodos de licença maternidade e paternidade são justificáveis no cenário social ou se são elementos que prejudicam a formação de laços afetivos do infante com seus pais, e, conseqüentemente, o desenvolvimento da criança.

É levantada a hipótese de que, a adoção da licença-parental é elemento extremamente relevante para a diminuição da desigualdade de gênero em diversos âmbitos sociais, além de beneficiar o recém-nascido com a possibilidade de ampliar seu contato com ambos os genitores em seus primeiros dias de vida. Por sua vez, as previsões legais da licença-mater-

1 Graduanda da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS), integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo professor Conrado Paulino da Rosa; georgia27.m@gmail.com.

nidade e licença-paternidade se demonstram insuficientes para alcançar as constantes transformações sociais, além de que acabam por reforçar os papéis de gênero- prejudiciais especialmente para as mulheres. Dessa forma, a adoção da licença-parental apresenta benefícios que abrangem toda a sociedade, desde a criação de laços de um recém-nascido com seus pais, até a igualdade de gênero no mercado de trabalho e no lar.

O estudo divide-se em tópicos a fim de garantir uma maior compreensão sobre o tema abordado. Primeiramente, realiza-se a análise de contexto histórico relevante que colaborou com a fortificação dos papéis sociais de cada gênero, e, conseqüentemente, a legislação que confere o período de afastamento a cada um dos pais de suas atividades laborais para cuidar do infante. Em seguida, com a finalidade de destacar a importância da atuação de ambos os pais nos cuidados com o recém-nascido, aborda-se o posicionamento de diversos profissionais da área da saúde que apontam os benefícios de tal medida. Também se destaca a desigualdade de gênero no âmbito familiar, a qual é reforçada a partir das disparidades correspondentes aos períodos de licença-maternidade e licença-paternidade previstas na legislação. Expõe-se as previsões legais de países desenvolvidos no que concerne aos períodos e modalidades de afastamento fornecidos aos pais, fazendo uma correlação com os aconselhamentos da Organização Internacional do Trabalho. Por fim, realiza-se uma breve análise da homoparentalidade e suas implicações no que concerne aos períodos de licença a fim de comparar com o sistema heteroparental.

2. ANÁLISE HISTÓRICA DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE E PATERNIDADE

Primeiramente, é necessário realizar uma retomada histórica para compreender como os papéis sociais se solidificaram e foram determinantes para a incidência de normas que regulassem a proteção à maternidade e paternidade.

Merece destaque o momento em que, a partir da Revolução Industrial, a mulher foi atraída ao mercado de trabalho, e, em especial, para o serviço de fiação, em razão de ser considerado uma especialidade feminina. Dessa forma, houve uma inversão no paradigma social, sendo o homem quem se encarregava das tarefas domésticas, enquanto a mulher laborava, sendo esta uma preferência dos empregadores, já que a remuneração era menor. Assim, em que pese haja uma crescente incorporação do trabalho feminino na produção capitalista, a remuneração

ração salarial das mulheres seguia com percentagem inferior aos homens (CARDONE, 1978).²

Por sua vez, a primeira norma trabalhista foi registrada em 1841, na França, que reduziu a carga horária de trabalho dos menores de 12 e 16 anos, para 8 e 12 horas, respectivamente. Nos anos vindouros, uma série de países promulgaram leis que protegeram as crianças e as mulheres, diminuindo não só a duração do trabalho, como também lhes restringindo o labor em minas ou trabalhos noturnos, por exemplo (CARDONE, 1978). Autores apontam que as normas protetivas apresentariam uma falsa benignidade, em razão de que o interesse em proteger as mulheres era tão somente de recordá-las do seu verdadeiro lugar na sociedade: em casa, cuidando da família (LOPES, 2006, p. 405-430). No mesmo sentido, pode-se observar que a inversão dos papéis de gênero, colocava em risco a autoridade do marido e, também, a organização hierárquica da família.

A Constituição Federal de 1988, acompanhando as transformações sociais, introduziu um capítulo específico para os direitos sociais e, entre eles, elencou, no artigo 7º, inciso XVIII e XIX, a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário com a duração de cento e vinte dias. O instituto da licença-paternidade, no art. 10, § 1.º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, é de 5 (cinco) dias. Ou seja, uma diferença de 95,3% entre as licenças mencionadas.

Em 2016, foi sancionada a Lei 13.257 que ampliou os períodos de licenças. Assim, é possível a prorrogação da licença-paternidade por mais quinze dias, ou seja, totalizando vinte dias ao trabalhador. A mesma Lei também possibilitou a prorrogação da licença-maternidade por mais sessenta dias à genitora.

Entretanto, para usufruir do benefício, é necessário que a empresa esteja inserida no Programa Empresa Cidadã, o qual concede incentivos fiscais à pessoa jurídica que oferecer aos seus funcionários o prolongamento da licença-maternidade e da licença-paternidade. De acordo com pesquisa de 2019 da Talenses Group, consultoria de recrutamento especializado em cargos de média e alta gerência, foi revelado que menos empresas estão aderindo à licença-maternidade de seis meses. Em 2015, 41% ofereciam o benefício. Em contrapartida, em 2018 eram apenas 34%.

2 Todas as referências deste trabalho que não apresentarem o número de páginas se deve ao fato de que o documento original consultado não é paginado.

3. O DIREITO DO RECÉM-NASCIDO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Diante das disparidades entre os prazos de licença-maternidade e de licença-paternidade na Constituição Federal, é evidente o acúmulo dos cuidados com a criança direcionado a somente um dos pais. O presente tópico propõe-se a demonstrar a importância do afeto nas relações familiares, enfatizando os efeitos positivos da presença de ambos os pais no início de vida de uma criança.

O novo conceito de família é fundado na afetividade, na pluralidade e no eudemonismo, sendo assim, é preciso uma visão pluralista da família, para desta forma, considerar como entidade familiar qualquer tipo de relacionamento que ocorra um vínculo afetivo, independentemente da sua formação. A união homoafetiva é o exemplo que ilustra a evolução do conceito de família, que antigamente influenciada pelo preconceito e proximidade do Estado com a igreja, não considerava com status de família a união de pessoas do mesmo sexo (TORRES, 2019, p. 227).

Para estabelecer um vínculo afetivo familiar, é necessária a disposição de tempo, suprindo as necessidades físicas, emocionais e mentais do bebê. Portanto, a proteção à maternidade e à paternidade deve ser valorizada, sendo assim, amparada pelo Direito de Família e pelo Direito do Trabalho. Faz-se necessário enaltecer os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade, garantindo ao recém-nascido um tratamento justo e com a devida formação de laços-afetivos.

O afeto, em especial, é mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais. De acordo com Rolf Madaleno (MADALENO, 2021, p. 103):

A sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto; é valor supremo, necessidade ingente, bastando atentar para as demandas que estão surgindo para apurar responsabilidade civil pela ausência do afeto. Como mostra Giselle Câmara Groeninga: 'O amor é condição para entender o outro e a si, respeitar a dignidade, e desenvolver uma personalidade saudável', e certamente nunca será inteiramente saudável aquele que não pode merecer o afeto de seus pais, ou de sua família e muito mais grave se não recebeu o afeto de ninguém.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, enaltece o valor contido na família e a considera como base da sociedade. A importância da família para o recém-nascido é sem dúvida imensurável. O amparo

dos pais para a manutenção da vida da criança e na criação de vínculos afetivos desde os primeiros dias de vida são fatores determinantes para seu desenvolvimento saudável.

Os dicionários de Psicanálise conceituam o afeto como uma pulsão, que exprime o estado afetivo, expressado por meio de uma descarga maciça de energia pulsional (TORRES, 2019, p. 228). Pulsão, por sua vez, é definido como a carga energética que se encontra na origem da atividade motora do organismo e do funcionamento psíquico inconsciente do homem (TORRES, 2019, p. 229).

Portanto, o afeto pode ser definido como a disposição energética investida por uma pessoa, para desta forma criar uma relação com outrem, ou seja, é todo o empenho, dedicação, carinho que é disposto nas relações pessoais para a criação e fortalecimento do vínculo entre pais e filhos (TORRES, 2019, p. 229).

Para a autora Jacqueline Filgueras Nogueira (TORRES, 2019, p. 229), a afetividade para a criança, supera inclusive a ligação biológica decorrente da filiação, sendo essa apenas o liame jurídico criado entre o genitor e sua prole, sendo que o vínculo afetivo só é obtido por meio da convivência familiar, suprimento das necessidades físicas e psicológicas da criança, garantindo o seu bem-estar.

No mesmo sentido, o psiquiatra John Bowlby (TORRES, 2019, p. 231), ao estudar a teoria da ligação, explica que o comportamento de ligação é desenvolvido principalmente nos nove primeiros meses de vida, e versa que o vínculo afetivo de uma criança, será determinado em virtude das experiências obtidas com aquele que está suprindo suas necessidades físicas e psicológicas. Desta forma, será preferido pela criança o contato com a pessoa que dispôs maior tempo nos cuidados maternos, sendo essa a principal referência afetiva para a criança.

Portanto, o período inicial da vida de um infante merece atenção completa de ambos os pais para que seja garantida uma maior interação, estímulos e aprendizados. No caso concreto, a figura da genitora é protagonista nos cuidados com o bebê, seja pelo prazo maior de licença-maternidade ou pelo estigma social, quando na verdade, a figura paterna também deveria ser incluída em momento tão determinante para o infante.

Para Aberatury (BENCZIK, 2011, p. 69), o contato corporal entre o bebê e o pai, no cotidiano, é referência na organização psíquica da criança, devido à sua função estruturante para o desenvolvimento do ego. No segundo ano de vida, já existe a imagem de pai e de mãe, e a figura paterna fica mais acentuada e tem a função de apoiar o desenvolvimento

social da criança, auxiliando-a nas dificuldades peculiares a este período e no desprendimento necessário da criança aos costumes da situação familiar, mantidos pela mãe.

Pode-se considerar que a presença do pai na vida de um filho é tão fundamental quanto a presença da mãe, quando se pensa em um bom desenvolvimento socioemocional da criança, sob vários níveis e circunstâncias, pois não só complementa como reforça o modelo dado pela mãe, no qual os dois assumem os papéis de autoridade (impondo regras e punições) e dos afetos (fornecendo carinhos e recompensas) (BENCZIK, 2011, p. 73).

4. DESIGUALDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO FAMILIAR

Essa diferença significativa entre os períodos de licença-maternidade e licença-paternidade possui implicações sociais que podem passar despercebidas, porém são um empecilho para o avanço da sociedade em termos de igualdade de gênero.

Em decorrência do período superior de licença-maternidade e a conseqüente maior disponibilidade da mãe para cuidar do infante, é reforçada a expectativa de seu dever inquebrável com o lar e os filhos, podendo até mesmo, ser julgada socialmente por optar pelo seu trabalho e ter uma carreira promissora. Não obstante, a mãe, além de cumprir com seu trabalho remunerado, acaba por também ter que cumprir uma segunda jornada em casa. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia Estatística- IBGE, no Brasil, em 2019, as mulheres dedicaram aos cuidados de pessoas ou afazeres domésticos quase o dobro de tempo que os homens (21,4 horas contra 11,0 horas). Também, a Taxa de participação, que tem como objetivo medir a parcela da população que está trabalhando ou procurando trabalho e disponível para trabalhar, aponta a maior dificuldade de inserção das mulheres no mercado de trabalho. Em 2019, a taxa de participação das mulheres com 15 anos ou mais de idade foi de 54,5%, enquanto entre os homens esta medida chegou a 73,7%, uma diferença de 19,2 pontos percentuais (IBGE, 2019, p. 02-03).

Em contrapartida, ao ter um período inferior de licença-paternidade, o genitor poderá sofrer limitações na tentativa de fortalecer laços e participar da criação do seu filho, bem como dividir as tarefas do lar. É reforçado o estigma de que o homem é o provedor do lar e não é de seu papel apresentar sensibilidade para criar e colaborar ativamente com o crescimento e desenvolvimento afetivo de seus filhos. Dessa forma, é

propagado os mitos sociais de que “homem não tem jeito com criança”, “mulher cria e o homem paga as contas”, ou ainda, “lugar de mulher é pilotando o fogão”. O recém-nascido, ainda que possa contar com a presença da mãe, tem como essencial direito a socialização com o pai, uma vez que a presença familiar garante seu melhor desenvolvimento social e afetivo, além de influenciar positivamente em seu comportamento.

Tais institutos, da maneira que estão previstos, afrontam o princípio da igualdade previsto no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Além desta afronta direta a tais normas, é perceptível que há consequências para a inserção da mulher no mercado de trabalho, uma vez que o ônus suportado pelo empregador difere de maneira considerável, além de endossar a discriminação da mulher no ambiente laboral.

5. LICENÇA-PARENTAL: ANÁLISE LEGISLATIVA INTERNACIONAL E IMPLICAÇÕES SOCIAIS

Percebe-se a necessidade inerente de criar alternativas e políticas legislativas que revertam, ou ao menos, amenizem esse quadro. É válido realizar uma comparação com o sistema de licença parental da Suécia, considerado o mais equitativo em termos de gênero do mundo. A Suécia oferece aos pais um total de 480 dias de folga remunerada. Daquele tempo, cada genitor deve tirar no mínimo 90 dias de licença, não podendo ser transferidos. A intenção por trás do aumento do tempo reservado a cada genitor é de garantir uma melhor distribuição de tarefas domésticas e cuidados com o recém-nascido, além de promover a igualdade no mercado de trabalho (MINISTRY OF EMPLOYMENT, 2019, p. 09).

Outros países também promovem licença semelhante para o fim de assegurar maior igualdade. A França, por exemplo, além de adotar a licença-maternidade e licença-paternidade, também inclui uma licença conjunta. Dessa forma, apesar da possibilidade de suspensão do contrato dos genitores, a empresa não pagará nenhum salário ao empregado durante o período. A legislação francesa concede aos trabalhadores uma licença parental em tempo integral, por ocasião do nascimento ou da adoção de uma criança, cuja duração varia em função do número de crianças nascidas ou adotadas simultaneamente. No final, há a possibilidade de retornar ao cargo com o mesmo salário prévio, sendo vedada a demissão nesse período (MELO, 2019, p. 41-44).

Já em Portugal, o benefício parental inicial é concedido pelo período de 120 ou de 150 dias consecutivos, e os pais podem reparti-los livremente entre si, observadas algumas regras devidas à condição biológica da mãe. O benefício parental inicial exclusivo da mãe pode ser concedido por um período de até trinta dias antes do parto e, obrigatoriamente, por seis semanas após o parto. Esses períodos integram o tempo total de concessão do benefício parental inicial (de 120 ou 150 dias). Por sua vez, o benefício parental inicial exclusivo do pai é de vinte dias. Dez deles são obrigatórios e podem ser usufruídos em dias consecutivos ou intercalados nos trinta dias seguintes ao parto, devendo cinco deles ser usufruídos imediatamente após o parto. Os dez dias facultativos da licença parental inicial exclusiva do pai podem ser tirados de forma consecutiva ou intercalada, mas devem coincidir com a licença parental inicial da mãe. O benefício parental adicional é concedido por um período de até três meses a qualquer um ou a ambos os pais biológicos ou adotantes, alternadamente, durante o gozo da licença parental adicional, desde que usufruída imediatamente após o período de concessão do benefício parental inicial ou do benefício parental adicional do outro progenitor (MELO, 2019, p.46-49).

Ao trazer para uma realidade mais próxima, em 2011, no Chile, foi instituída a licença-parental. Anteriormente, o sistema da licença-paternidade também garantia 05 dias ao genitor, assim como no Brasil. Entretanto, a partir da alteração, é possível a divisão da licença, a partir da sétima semana de licença-maternidade. Portanto, se pai e mãe forem empregados, qualquer um deles, conforme escolha da mãe, poderá usufruir da licença pós-natal parental, a partir da sétima semana desta, pelo número de semanas que a mãe indicar. As semanas utilizadas pelo pai deverão estar no período final da licença e darão a ele direito a um benefício equivalente à sua remuneração de referência (MELO, 2019, p. 33-35).

Assim, uma alternativa para a promoção da igualdade de gênero e alteração das disparidades entre homens e mulheres nos cuidados com os filhos e tarefas domésticas, além de reduzir a desigualdade no âmbito do mercado de trabalho, é a adoção da licença-parental. A adoção da medida seria capaz de ampliar e tornar mais igualitário o tempo que cada genitor passaria com o recém-nascido, garantindo, assim, uma maior formação de vínculos afetivos com ambos os pais, e, conseqüentemente, estimular o desenvolvimento saudável do infante.

É válido ressaltar que essa licença não busca a concessão indistinta de garantias entre homens e mulheres, uma vez que existem peculiari-

dades da mulher, quando se trata de filiação biológica, que necessitam de atenção em virtude da amamentação e tempo de repouso pós-parto. De acordo com o estudo publicado pela Organização Internacional do Trabalho, *Maternity and paternity at work: law and practice across the world* (ADDATI; CASSIRER, 2014, p. 60):

Enquanto a licença-maternidade visa proteger as mulheres trabalhadoras durante a gravidez e a recuperação do parto, a licença parental se refere a uma licença relativamente longa disponível para um ou ambos os pais, permitindo-lhes cuidar do filho durante um período de tempo, geralmente após a licença-maternidade ou paternidade.

Dessa forma, a possibilidade de constituir a licença-parental após o período exclusivo de licença-maternidade, garantiria a decisão de cada núcleo familiar de como seriam configurados os cuidados com o recém-nascido e com o lar.

Essa licença seria um marco legislativo extremamente relevante no que concerne a igualdade de gênero, sendo esse tópico um dos 17 objetivos de desenvolvimento sustentável estabelecidos pela Organização das Nações Unidas a serem cumpridos até 2030. Além de amenizar discriminações de gênero, tal benefício poderia e interferir na imposição fixada social e culturalmente de determinados comportamentos em razão do sexo.

Conforme avaliação da Organização Internacional do Trabalho-OIT, foi destacado que o benefício da licença-parental é essencial para o aprimoramento de diversos âmbitos sociais, seja no mercado de trabalho ou em casa (ADDATI; CASSIRER, 2014, p. 61-62):

O aumento da licença parental dos pais é um objetivo importante da política, não apenas para melhorar a igualdade de gênero no mercado de trabalho e em casa, mas também para o benefício mútuo de pais e filhos, aumentando o envolvimento, cuidado e tempo dos homens com seus filhos a longo prazo. [...] Políticas de licença parental mais justas também aumentam a probabilidade de que as mulheres retornem ao emprego depois da licença e gistem mais tempo em trabalho remunerado.

Diante da importância da implementação da licença-parental, constata-se que, a legislação brasileira, no que se refere aos direitos laborais das mulheres, especialmente no que diz respeito à licença da maternidade, endossa a ideia coletiva de que toca à mulher o papel da mater-

nidade. Esse cenário favorece a perpetuação da discriminação do gênero feminino no contexto do mercado de trabalho, seja com o desligamento após a licença da maternidade, seja com a sobrecarga de atividades paralelas ao trabalho formal.

Portanto, a licença-parental seria alternativa razoável para aliviar a desigualdade, de forma que seus efeitos incidiriam na esfera laboral. Da mesma forma, a figura paterna assumiria conjuntamente o protagonismo nos cuidados com seus descendentes, beneficiando não somente a mulher, que teria sua carga de trabalho aliviada, mas o recém-nascido, que terá a oportunidade de interagir com o genitor e desfrutar dos benefícios que esse envolvimento afetivo implicará em seu desenvolvimento.

6. LICENÇA PARA CASAIS HOMOAFETIVOS

Diante da ampliação do conceito de família e existência de diversas formas de entidades familiares, as normas e a jurisprudência foram moldadas a fim de que todas sejam dignas de proteção do Estado. Isso inclui a família formada por uniões homoafetivas, conforme já expresso pela larga jurisprudência, em especial, pelo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2011):

Assim sendo, as famílias formadas por pessoas homoafetivas não são menos dignas de proteção do Estado se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. O que se deve levar em consideração é como aquele arranjo familiar deve ser levado em conta e, evidentemente, o vínculo que mais segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil. Assim, se é o casamento civil a forma pela qual o Estado melhor protege a família e se são múltiplos os arranjos familiares reconhecidos pela CF/1988, não será negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos nubentes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas e o afeto. Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado tanto pelo STJ quanto pelo STF para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável deve ser utilizado para lhes proporcionar a via do casamento civil, ademais porque a CF determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3º). STJ, REsp 1.183.378-RS, 4a T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25-10-2011.

Apesar das considerações de igualdade entre famílias heteroparentais e homoparentais, a possibilidade de concessão de licença-maternidade ou paternidade aos pais integrantes de uma relação homoafetiva, seja em virtude de uma adoção ou técnicas de reprodução assistida, é um caminho nebuloso. Isso se deve ao fato de ainda estarem presentes lacunas na legislação, disparidades na jurisprudência, e, ainda, haver uma quebra de paradigmas no que se refere a atribuição de funções naturalizadas em virtude do gênero.

Independentemente do “modelo” de família do qual ela faça parte, toda criança merece a proteção devida. Assim, os institutos que garantem o amparo das crianças recém-nascidas ou adotivas devem ser estendidos para os pais homossexuais.

Nos casos de adoção, verifica-se que, a adoção conjunta permite a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes empregado ou empregada, sem distinção de gênero, conforme o § 5º do art. 392-A do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Logo, se tratando de companheiros homoafetivos, apenas um dos integrantes irá desfrutar da licença-maternidade. Esse debate a respeito da possibilidade de equiparação entre o prazo da licença-adotante e da licença-gestante no STF mostra que o Tribunal vem mostrando a relevância que o afeto ganhou nos processos decisórios, inclusive em zonas de intersecção entre o Direito Previdenciário, de Família e da Criança, apresentando-a até mesmo enquanto instrumento da busca da felicidade (ALVES; CARVALHO; PEREIRA, 2020).

Já quando se trata de inseminação artificial ou Fertilização In Vitro, no caso de um relacionamento composto por duas mulheres, a jurisprudência, em sua maioria, se posiciona no sentido de conferir a apenas a gestante o benefício licença-maternidade. Apesar de não existir uma norma que permita a concessão do benefício de licença à mãe que não gestou o filho, existem raras exceções em que ambas as mulheres possam desfrutar da licença-maternidade, ou, ainda, conferir a mãe não gestante a licença-paternidade.

No que concerne a gestação por substituição, o Brasil não possui legislação específica sobre o tema. As únicas normas sobre o assunto encontram-se na esfera da regulamentação expedida pelo Conselho Federal de Medicina- CFM, que são endereçadas às situações relativas às Técnicas de Reprodução Assistida (TRAs). O CFM determina que o útero de substituição seja de alguém com até o quarto grau de parentesco com um dos membros do casal. Quem não é parente de um dos pais pode doar o útero, contanto que seja alguém comprovadamente muito

próximo a um dos pais, além de ser submetido a uma rígida avaliação e posterior aprovação do CFM. Apesar de escassa, a jurisprudência aponta pela concessão de licença-paternidade estendida, nos moldes da licença-maternidade. Ou seja, comprovada a documentação que comprova a gestação por substituição para casal homoafetivo, é concedido o gozo de licença-paternidade com equiparação temporal à licença-maternidade (MINAS GERAIS, 2021).

Diante das experiências homoparentais no que tange aos papéis desempenhados pelos membros da entidade familiar, observa-se que é muito enriquecedora a comparação com a heteroparentalidade. Dessa forma, as famílias homoafetivas têm muito a contribuir para uma formação mais igualitária na divisão dos papéis tradicionalmente distribuídos pelo gênero, já que não há, em princípio, uma divisão sexual do trabalho no âmbito doméstico (PANDOLFO, 2017, p. 61).

Considerando que o critério biológico não é mais absoluto para a concessão da licença-maternidade, evidente que as atividades de ambos os pais merecem a mesma importância nos cuidados com o recém-nascido, independentemente do gênero de cada integrante sendo ambos os pais de suma importância para a proteção do recém-nascido.

7. CONCLUSÃO

Verifica-se que, embora a legislação internacional tenha avançado significativamente no que concerne a busca pela igualdade de gênero no mercado de trabalho, deveres do lar e cuidados com os filhos a partir da licença parental, a legislação brasileira continua estagnada em um modelo que ecoa as diferenças sociais entre homens e mulheres.

O trabalho doméstico está marcado por uma longa história de exclusiva responsabilidade feminina. Apesar das metamorfoses sociais e, inclusive, a mulher ter adquirido seu espaço no mercado de trabalho, os cuidados com o lar e os filhos ainda são direcionados a figura da genitora. Consequentemente, a diferença de 95,3% entre os períodos correspondentes as licenças maternidade e paternidade são apenas um reforço desse estereótipo, muitas vezes justificado- precariamente- por particularidades biológicas de cada sexo.

Não obstante as diferenças no âmbito do lar, os reflexos de tal desigualdade de gênero alcançam patamares elevadíssimos em comparação aos países desenvolvidos. Um exemplo disso é a deficiência na quantida-

de de mulheres que exercem cargos de liderança, ou ainda, o alto número de mulheres que abandonam os estudos.

Diante da possibilidade de formação de uma família homoparental, as atribuições de funções correspondentes a cada gênero são enfraquecidas. Dessa forma, a licença-maternidade, concedida majoritariamente a somente um dos integrantes do relacionamento homoafetivo, reforça que tal medida já não encontra mais embasamento em um critério puramente biológico, mas, conforme os estereótipos sociais aplicados aos parceiros heterossexuais. Essa realidade serve como uma reflexão no sentido de que, independentemente do sexo do casal, ambos os pais possuem os mesmos deveres e responsabilidades na criação de uma criança e cuidados com tarefas domésticas, não devendo apenas um dos integrantes ser encarregado com os cuidados com o recém-nascido e tarefas domésticas, e, conseqüentemente, ser prejudicado no mercado de trabalho.

Uma resposta para diminuir o presente déficit é levar em consideração a experiência internacional no que tange a adoção da licença-parental. A possibilidade de conferir a ambos os pais a autonomia de decidir e organizar os cuidados com o recém-nascido resultaria no enfraquecimento do estigma de que a mulher é a autoridade responsável pelos filhos e o lar. Conseqüentemente, com a devida divisão de tarefas, a mulher terá mais espaço para crescer profissionalmente e garantir seu espaço no mercado de trabalho. Da mesma forma, a preferência por trabalhadores homens pelos empregadores, será enfraquecida, uma vez que ambos os gêneros terão suas disparidades diminuídas em relação ao ônus suportado pelo empregador.

A socialização do infante também é fator que será beneficiado com a adoção da medida. Em virtude da ampliação de seu convívio com ambos os genitores, seu crescimento com a presença ativa de ambos os pais incidirá em uma maior capacidade de desenvolvimento saudável e com estímulos positivos. O envolvimento dos pais antes, durante e após o nascimento de um bebê é uma questão de grande importância para os campos dos direitos humanos e da saúde pública, sendo estratégico para uma gestação, parto e pós-parto saudáveis.

Ao adequarmos para a realidade brasileira, a possibilidade de garantir aos pais a escolha de como será o desfrute do benefício da licença-parental, após o período de licença-maternidade, não propulsãoária tão somente a diminuição da discriminação de gênero, também faria com que o homem fosse inserido no papel de genitor que também lhe corresponde, além de participar ativamente dos cuidados da criança.

Portanto, com base no exposto, resta claro que a adoção da licença-parental é medida essencial para a conquista de um dos objetivos fundamentais da República: a proteção da família e a não discriminação entre os gêneros.

REFERÊNCIAS

ADDATI, Laura; CASSIRER, Naomi; GILCHRIST, Katherine. **Maternity and paternity at work: law and practice across the world**. International Labor Office – Genebra: ILO, 2014. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_242615.pdf. Acesso em: 13 jul. 2021.

ALVES, Felipe Laurêncio de Freitas; CARVALHO, Eduardo Fabrício Segadilha; PEREIRA, Paulo Fernando Soares. Possibilidades da licença parental para pais adotivos em uniões homoafetivas. **Revista da Faculdade de Direito São Bernardo do Campo**, v. 26, n. 2, 2020. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/1025-Texto%20do%20artigo-3298-1-10-20201202%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/1025-Texto%20do%20artigo-3298-1-10-20201202%20(1).pdf). Acesso em: 05 set. 2021.

BENCZIK, Edyleine Bellini Peroni. A importância da figura paterna para o desenvolvimento infantil. **Revista Psicopedagogia**, São Paulo, v. 28, n. 85, 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-84862011000100007&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Recurso Especial 1.183.378-RS. Direito de família. Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivo). Interpretação dos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do Código Civil de 2002. Inexistência de vedação expressa a que se habilitem para o casamento pessoas do mesmo sexo. Vedação implícita constitucionalmente inaceitável. Orientação principiológica conferida pelo STF no julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 25 de outubro de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 01 fev. 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221183378%22%29+ou+%28RESP+adj+%221183378%22%29.suce>. Acesso em: 08 set. 2021

CARDONE, Marly A. Aspectos histórico-sociais do direito do trabalho da mulher. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 14/1978, jul./ago. 1978. Base RT Online.

CARDOSO, Ltycia. Menos empresas aderem à licença-maternidade de seis meses. **Extra**, 21 abr. 2019. Disponível em: <https://extra.globo.com/economia/menos-empresas-aderem-licenca-maternidade-de-seis-meses-23608842.html#:~:text=Um%20levantamento%20da%20consultoria%20de,em%202018%20eram%20apenas%2034%25.&text=%E2%80%94%20O%20Minist%C3%A9rio%20da%20Sa%C3%BAde%20recomenda,m%C3%A3e%20at%C3%A9%20os%20seis%20meses>. Acesso em 24 jul. 2021.

FEDERICI, Silvia. **O Calibã e a bruxa**: mulheres, corpos e acumulação primitiva. São Paulo: Elefante, 2017.

FILHO, Rodrigo da Rosa. Dia Internacional do Orgulho Gay: reprodução assistida para casais homossexuais. **Mater Prime**, 25 mai. 2021. Disponível em: <https://materprime.com.br/dia-internacional-do-orgulho-gay-reproducao-assistida-para-casais-homossexuais/>. Acesso em: 31 ago. 2021.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Plataforma Minha Biblioteca.

IBGE. **Estatísticas de Gênero**: Indicadores sociais das mulheres no Brasil, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 13 jul. 2021.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção. **Caderno Pagu**, São Paulo, 26ª edição, jan./jun. 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/250045666_Direito_do_trabalho_da_mulher_da_protecao_a_promocao. Acesso em: 05 set. 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Plataforma Minha Biblioteca.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de; NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. Licença Parental como agenda para a igualdade de gênero: diálogos entre os modelos sueco e brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito –UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 3, set./dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/48053>. Acesso em: 05 set. 2021.

MELO, Cláudia Virgínia Brito de. **Proteção à maternidade e licença parental no mundo**. Estudo Técnico Consultoria Legislativa, 2019. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/38219>. Acesso em: 13 jul. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Remessa Necessária Cível nº 1.0000.20.586948-0/001**. Relator: Des. Moacyr Lobato, 5ª CÂMARA CÍVEL, DJ: 11 mar. 2021. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=F8061EF74B614C8EF938DB-193DB992DF.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.20.586948=0-2%001F&pesquisaNumeroCNJ-Pesquisar. Acesso em: 03 set. 2021.

MINISTRY OF EMPLOYMENT. Gender equality policy in Sweden. **Government Offices of Sweden**, 2019. Disponível em: <https://www.government.se/information-material/2019/03/gender-equality-policy-in-sweden/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

MONDARDO AHE, VALENTINA DD. Psicoterapia infantil: ilustrando a importância do vínculo materno para o desenvolvimento da criança. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, v. 11, n. 3, 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/prc/a/5xPGHfXtTNCpDDFrW4f9qSz/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 05 set. 2021.

PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da Associação Brasileira de Estudos do Trabalho**, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 31 ago. 2021.

SILVA, Débora Simões da. Licença-parental e o enfrentamento da desigualdade de gênero no mercado de trabalho e âmbito familiar. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, jul./set. 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/88>. Acesso em 13 set. 2021.

TORRES, Felipe Queiroz. A criação do vínculo socioafetivo com o recém-nascido: as disparidades entre as licenças oferecidas aos pais e a importância dos laços afetivos. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, São Paulo, v. 4. 2019. Disponível em: <http://revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/793/pdf>. Acesso em: 24 jul. 2021.

IGUALDADE DA LICENÇA PARENTAL COMO PROTEÇÃO AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

ANA FLÁVIA SARTORELLI BALANCELLI¹

FERNANDA PANTALEÃO DIRSCHERL²

1. INTRODUÇÃO

As licenças-maternidade e paternidade possuem uma diferença que destoa ao se analisar o atual ordenamento jurídico, enquanto a mulher possui 120 dias de licença remunerada, o homem possui ao máximo, quando presentes os requisitos necessários, 20 dias de licença, sendo o prazo, em geral, de 5 dias. Acontece que a diferença de prazos não mais se justifica ao se analisar não apenas o ordenamento, mas também a conjuntura social em que são construídas as famílias atualmente.

O presente estudo visa verificar se a concepção de uma licença parental possibilitaria não apenas uma igualdade entre as licenças, mas também traria maior proteção ao melhor interesse da criança.

Nesse diapasão, entende-se por uma hipótese de que se a igualdade parental é benéfica à entidade familiar, então traz maior proteção ao desenvolvimento da criança. De outra maneira, verifica-se a segunda hipótese de que se não há alteração relevante nas entidades familiares, então não há justificativa para uma licença parental.

1 Bacharelanda do curso de direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP, integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais junto ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: anaflaviasartorelli1@gmail.com

2 Mestra em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Professora. Integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais junto ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Graduada em Biomedicina e Direito pela mesma universidade. Coordenadora do Núcleo IBDFAM Uberlândia. E-mail: fernandapantaleaod@gmail.com.

Para tanto, será utilizado o método de abordagem dedutivo, verificando-se como o ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre as licenças maternidade e paternidade atualmente, e justificativas para essas, bem como como as estruturas familiares são constituídas atualmente e as possíveis proteções a serem observadas aos indivíduos.

Pelo método de procedimento, será verificado por meio de revisão bibliográfica as posições doutrinárias, em consonância com a construção tanto legislativa quanto de julgados sobre o assunto, de forma a compreender a orientação que o ordenamento atual possui sobre as licenças.

De forma geral, o estudo demonstrará que as licenças-maternidade e paternidade tiveram sua função alterada ao longo do tempo e é necessária uma adequação em razão das atuais perspectivas que a sociedade possui em relação à constituição familiar e proteção da criança.

2. LICENÇA MATERNIDADE E PATERNIDADE NO BRASIL

A Constituição Federal assegura àqueles que possuem a autoridade parental a concessão de licenças para afastamento do trabalho, sem que haja prejuízo de emprego ou salário, quando do nascimento ou adoção dos filhos. Acontece que, o dispositivo que traz essa especificação, o artigo 7º, inciso XVIII, apresenta a expressão “licença à gestante”³, sendo a licença paternidade tratada no inciso seguinte⁴. Verifica-se, portanto, que há diferenciação pela modalidade de licença em razão dos nomes e duração.

O artigo 6º da Constituição Federal também aborda a concessão da licença-maternidade, de forma que se protege a maternidade, sem, no entanto, garantir de forma expressa a mesma tutela à paternidade, demonstrando a redução da importância e a ausência de proteção que deveria existir.

Ao observar a legislação infraconstitucional, verifica-se que a licença-maternidade, denominada pela Constituição como licença-gestante, é tratada pelo artigo 392 da Consolidação das Leis do Trabalho, determinando-se o período de 120 dias, em contrapartida, a licença-paternidade é de 5 dias ao se observar o artigo 10 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. No mesmo sentido dispõe o artigo 208, da Lei nº 8.112/1990.

3 Art. 7º [...] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

4 Art. 7º [...] XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei.

O ordenamento jurídico prevê a possibilidade de aumento das licenças quando há a participação ao Programa Empresa Cidadã, em que se aumenta 60 dias para a licença à gestante e 15 dias a licença à paternidade, conforme a Lei nº 13.257. Na mesma sequência, o decreto 8.737/2016 instituiu o Programa de Prorrogação de Licença-Paternidade para os servidores observados pela lei nº 8.112/1990, levando a prorrogação de mais 15 dias de licença, sem prejuízo dos 5 dias já concedidos.

Apesar da denominação de licença à gestante, os benefícios são concedidos de forma igual tanto na filiação constituída por meio de procedimento de adoção⁵, como no caso de falecimento da mãe biológica, em que nessa situação o cônjuge ou companheiro gozará da licença por todo o período ou pelo período remanescente a qual a mãe possuía o direito.

No ordenamento brasileiro atual ter as referidas previsões legislativas para as licenças maternidades e paternidades a discussão não se mantém inerte. Ocorrem tanto perante os tribunais para a concessão do benefício, quanto por discussões legislativas, em que conta com a existência de projetos de lei a fim de alterar a duração das licenças vigentes.

O Senador Álvaro Dias apresentou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 41 de 2015 que busca alterar o artigo 7º da Constituição Federal em seus incisos XVIII e XIX a fim de que haja alteração do nome da licença à gestante para licença-maternidade, bem como aumentar a duração de 120 dias para 180 dias, bem como modificar a licença-paternidade para 30 dias.

As justificativas para alteração respaldam-se na recomendação de amamentação nos seis primeiros meses de vida, buscando levar a Constituição uma prática que já ocorre, conforme Lei nº 11.770/2008 e Decreto nº 6.690/2008, e por fim utilizou-se da justificativa do pai auxiliar a mãe nos cuidados com a criança, uma vez que o primeiro mês de vida requer maior dedicação parental.

No mesmo sentido a proposta de emenda à Constituição nº 1, de 2018, proposta pela senadora Rose de Freitas foi apresentada com ampliação da licença maternidade de 120 para 180 dias, em contrapartida indicou modificação da licença paternidade para 20 dias, e não para 30 dias como a PEC de 2015. A elaboração de ambas as justificativas observaram a recomendação da Organização Mundial de Saúde (OMS) de amamentação da criança até os 6 meses de vida (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2009), bem como cita a relevância da manutenção dos vínculos parentais com os filhos.

5 Conforme artigo 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não obstante da fundamentação da licença-maternidade em relação a necessidade de amamentação da criança, hipotetiza-se que essa não é a única justificativa para o prazo da licença. Conforme análise do artigo 71-B, da Lei nº 8.213/1991, no caso de falecimento da mãe que é segurada pela previdência social, o cônjuge ou o companheiro receberá o benefício por todo o período ou o tempo restante, de forma que assim o pai faça gozo da licença-maternidade para exercício dos cuidados com a criança.

A atenção ao filho aqui não se restringe a amamentação, uma vez que o indivíduo homem, que possui a biologia masculina não possui a possibilidade de amamentação biológica do filho, exercendo os cuidados parentais de outras formas, incluindo a da alimentação.

Ultrapassando a análise legislativa, ao se observar julgados de tribunais brasileiros verifica-se que não há modificações de prazos em relação às denominações licença maternidade e licença paternidade, sendo inclusive respaldada por base nos gêneros, de que a primeira se refere ao feminino e o segundo ao masculino. Entretanto, há a alteração ou modificação perante casais homoafetivos, em que se argumenta o princípio do melhor interesse da criança.

Em um julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (2021) que concedeu à mãe não gestante, servidora pública federal, a licença-parental de 20 dias em razão do nascimento da criança, que adveio de reprodução assistida de um relacionamento homoafetivo, sendo o período equivalente a licença-paternidade concedida a servidores públicos. A concessão do período de 20 dias ocorreu após negativa do benefício pela via administrativa, uma vez não ser a servidora a mãe gestante. Entretanto, a desembargadora indicou em seu relatório a necessidade de concessão do benefício em razão da possibilidade de integração e contato da criança também com a mãe não gestante, a fim de que pudesse acompanhar os primeiros dias de vida.

O Recurso Extraordinário nº 778.889/PE, por sua vez, equipara a licença-adotante à licença-gestante sob a interpretação sistemática da Constituição e argumento da garantia da dignidade da pessoa humana, igualdade de filiação, doutrina da proteção integral, princípio da prioridade e interesse superior da criança. Não associado a questões de alimentação, mas à necessidade de cuidado e zelo em razão das crianças e adolescentes que passaram por instituições de acolhimento fazem parte de um grupo vulnerável e fragilizado.

Embora as fundamentações sobre a licença-maternidade estejam associadas à amamentação, verifica-se que atualmente a relação materno-

-filial nos primeiros dias de vida não se restringe apenas a essa função nutricional. Essas licenças foram elaboradas quando não havia a perspectiva de proteção ao melhor interesse da criança, a contemporaneidade ultrapassa essa ideia e verifica-se a necessidade de cuidados além nutricionais, buscando-se a consolidação de vínculos parento-filiais. Assim, a mera fundamentação das licenças com base na amamentação ou alimentação passa a ser insuficiente.

3. PROTEÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Ao falar dos princípios da criança e do adolescente, o princípio da proteção integral da criança é um dos primeiros lembrados, uma vez que se refere a modificação paradigmática da doutrina menorista para doutrina da proteção integral da criança e adolescente principalmente perante o ordenamento nacional.

A mudança paradigmática ocorreu com a promulgação da Constituição Federal em 1988 que rompeu com a ordem associada à doutrina da situação irregular, passando-se a adotar a doutrina da proteção integral (AMIN, 2019) de forma concreta, consagrando essa doutrina de forma expressa no artigo 227, ao determinar que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, [...]”, demonstrando que esses sujeitos passam a receber a proteção não apenas do poder estatal, mas da tríade Estado, família e sociedade, sendo esses responsáveis por assegurar direitos e dar proteção perante a violações a direitos fundamentais e humanos.

Entretanto, outro princípio tão importante quanto é verificado pela perspectiva de proteção estatutária é a proteção integral da criança e adolescente que se encontra disposto direto no artigo 1º do Estatuto da Criança e Adolescente, entretanto não é o único princípio que orienta a proteção desses sujeitos, gerando inclusive reflexos no desenvolvimento de princípios que também atingem a proteção do direito das crianças e adolescente (LOBO, 2019).

Em consonância com a doutrina da proteção integral da criança e adolescente, o “princípio tem suas raízes na mudança da estrutura da família que se deu ao longo do século XX” (PEREIRA, 2016, s.p.), relacionando com a modificação paradigmática dos binômios individual-patrimonialista e coletivo-social que alcançaram de forma significativa a constituição das estruturas das entidades familiares na contemporanei-

dade, e por consequência a percepção dos membros individualizados que compõem os centros familiares.

O princípio do melhor interesse da criança tem sua origem pelo *parens patriae* ao tratar da prerrogativa de proteção dos indivíduos que não podiam fazê-lo em causa própria pelo próprio Rei, tendo sido utilizado pela corte estadunidenses em 1813 no caso *Commonwealth vs. Addicks* ao apresentar um resultado pela perspectiva do melhor interesse da criança em desfavor dos interesses dos pais em um processo de guarda (PEREIRA, 2003).

Em relação aos dispositivos que o século XX desenvolveu em relação aos direitos da criança e adolescente, em uma análise a Convenção sobre os Direitos da Criança verifica-se no artigo 21 trata sobre o “melhor interesse da criança” ao tratar do sistema de adoção. Entretanto o princípio não alcança apenas o procedimento judicial de constituição de filiação, compreendendo que é um reflexo do “caráter integral da doutrina dos direitos da criança e da estreita relação com a doutrina dos direitos humanos em geral” (LÔBO, 2019, p. 129) percebesse que o princípio do melhor interesse da criança trata de proteção integral e com prioridade de seus interesses, observando conforme dispõe o artigo 227 da Constituição Federal, como dever do Estado, família e Estado assegurar as devidas proteções e promoções de direitos das crianças e adolescentes.

João Baptista Villella tratou das modificações familiares em 1980 manifestando sobre o “bem do menor”⁶ como novo interlocutor da família, indicando que aqueles que possuem as prerrogativas do poder parental, quais sejam os pais, tutores, ou guardiões, por exemplo, podem sofrer limitações quando observada a preservação do valor vinculado à criança e adolescente, de modo que há um aumento da liberdade desses visando o benefício do direito fundamental de desenvolvimento com garantias materiais e morais resguardadas (VILLELA, 1980).

Miguel Cillero Bruñol trata do princípio pela denominação do interesse superior da criança, destacando que é sempre satisfação de seus direitos e que não se trata de interesses dos pais nem do Estado que pode ser considerado como único interesse relevante para a satisfação dos direitos da infância, sendo os direitos da criança verificados de forma prioritária para o estabelecimento das políticas e suas execuções (BRUÑOL, s.d).

6 Termo utilizado indicando o vocábulo utilizado pelo autor no ano de 1980, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente ter sido sancionado, de modo que o ordenamento ainda se encontrava sob a égide da doutrina do menor.

Monaco (2005) indica a existência de orientações em relação ao princípio, destacando a orientação do Estado-legislador, do Estado-juiz, do Estado-administrador e orientação à família, de forma a indicar de forma explicativa o tripé de sustentação e suporte estabelecido pelo artigo 227 da Constituição Federal de dever por parte do Estado, sociedade e família na proteção dos direitos da criança e adolescente.

Conforme trata Paulo Lôbo (2019, p. 129) “o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”, demonstrando a necessidade de reafirmação do reconhecimento dos direitos da infância e juventude com a devida aplicação legislativa.

Assim, para que melhor atenda ao princípio do melhor interesse da criança, a licença-parental entra como uma boa opção, uma vez que a criança precisa desse contato com o pai nos primeiros meses de vida.

4. LICENÇA PARENTAL COMO PROTEÇÃO AO INTERESSE DO RECÉM-NASCIDO

O nascimento de uma criança transforma toda a dinâmica de um núcleo familiar, uma nova vida foi gerada, portanto, novas responsabilidades, novo ciclo na vida dos pais, que agora precisam adaptar sua rotina para acomodar uma criança da melhor forma possível.

Conforme já explicitado, no Brasil a licença é de 120 dias para as mães e de apenas 5 dias para os pais, podendo ser estendida para até 20 dias quando a empresa participa do Programa Empresa Cidadã. Porém, apesar de a licença quando do nascimento de uma criança tenha sido representada, por muito tempo como uma necessidade fisiológica da mãe gestante, em razão dos cuidados iniciais com o recém-nascido e da recuperação da mulher que passou pelo procedimento do parto, não mais se entende o período apenas como um direito da mãe ou do pai, mas, sim, uma garantia da própria criança (QUEIROZ, 2014), que necessita criar laços com seus genitores, o que não é possível no período ínfimo de 5 dias de licença-paternidade.

A necessidade da criação da licença parental como proteção ao interesse do recém-nascido se faz extremamente necessária, na medida em que é muito eficaz, a exemplo de países como Portugal e Suécia, em que o período de licença após o nascimento da criança é dividido entre os pais, que juntos assumem a função de proteger e educar o recém-nascido, não ficando apenas com a mãe a responsabilidade pela vida.

Em ambos os países da Europa anteriormente citados, a licença abrange tanto períodos específicos de resguardo para pai e mãe, quanto um período mais longo conjunto, em que o casal decide quem vai gozar da licença e quem vai trabalhar.

A consagração da licença maternidade com um período maior tem a sua construção na ideia de cuidado que a figura feminina possui perante a sociedade (FEDERICI, 2017). Estereótipo construído ao longo dos anos, mas ao mesmo questionado principalmente pelo movimento feminista, e as suas consequentes conquistas pela história.

Acontece que a ideia de cuidado apenas pela figura feminina deve ser considerada equivocada e ultrapassada, uma vez que os cuidados com os filhos devem ocorrer por ambos os pais. Ademais, com a participação cada vez mais ativa das mulheres no mercado de trabalho, essa responsabilidade não pode mais ficar exclusivamente com as mulheres, uma vez que ambos os pais geraram essa vida, portanto são igualmente responsáveis.

Susana Almeida (2012), ao tratar da licença perante a perspectiva de Portugal, indica que quando da equiparação o que ocorreu foi uma concessão, aos pais e às mães, da garantia do direito à proteção da parentalidade perante a sociedade e ao Estado, de modo que a criação e sustento não dos filhos não impeçam os pais de também participarem da vida cívica do país e de terem sucesso profissional.

Segundo Queiroz,

Há, no mundo, Países onde esse direito é reconhecido por lei, como a Suécia, que desde 1974 transformou a licença-maternidade em benefício remunerado para ambos os pais, com o objetivo de estimular os homens a assumirem papel mais ativo na criação dos filhos e propiciar divisão mais igualitária das tarefas domésticas. Na verdade, a legislação sueca concede a licença ao pai e à mãe, em conjunto, até o terceiro mês de vida da criança, e, a partir dali, até completar dezesseis meses (480 dias), o casal decide quem a gozará, podendo, inclusive, alternar-se. Portugal, desde 1999, adota a denominada “licença parental”, definida como o direito de ausência ao trabalho, até o máximo de três meses, ao pai e à mãe que não estejam impedidos ou inibidos totalmente de exercer o poder paternal, cujo gozo se sujeita a aviso-prévio de trinta dias (QUEIROZ, 2014, p.419/420).

A Espanha (SALDAÑA, 2021) também adere ao movimento de equiparação das licenças colocando ambas as licenças com ao menos 16

semanas de folga do trabalho, sendo que são em sua totalidade intransferíveis e remuneradas, com o escopo de incentivar os homens a usá-las, uma vez que a ausência gozo leva a impossibilidade de usufruir no futuro.

Por ser a licença paternidade intransferível na Espanha, ou seja, ou o pai usufrui da licença, ou perde tal direito, os pais acabam por aproveitar esse tempo para, de fato, ficar com os filhos, uma vez que impedidos de passar o fardo para as mães mais uma vez.

A parentalidade se atrela a necessidade de atuação de uma rede eficaz de suporte, utilizando das potencialidades e assistência dos agentes parentais, de forma conjunta, independentemente da situação jurídica pessoal que eles se encontrem, sejam aderidos a conjugalidade e a convivência, ou inexistentes vínculos entre os agentes. O conjunto de deveres entre as partes resguarda não apenas a criação material, mas também imaterial dos filhos, de forma que o cuidado possui especial atenção para o melhor interesse da criança (AMARILLA, 2002).

No mesmo sentido verifica-se que o direito de convivência familiar está relacionado a parentalidade, em que Kátia Maciel, discorre que é direito fundamental de todo sujeito, em que no caso da criança e do adolescente é possível equiparar ao direito à vida, uma vez que é vital para a formação e desenvolvimento desses, sendo, então, uma necessidade (MACIEL, 2020).

A construção da parentalidade vislumbra a proteção dada pela própria Constituição Federal no artigo 226, §7º, em que apesar a denominação apenas de “paternidade responsável”, entende que se trata do conjunto de garantias que são titularizados perante os filhos, a fim de que haja o desenvolvimento integral da personalidade, identidade e cidadania da criança e adolescente. É a perspectiva de cuidado desses no ambiente familiar como instrumento de processo civilizatório, em que tanto pai como mãe devem atuar (AMARILLA, 2002).

Além dos deveres de cuidados, na convivência familiar, o afeto é outro substrato a ser analisado perante as construções familiares da atualidade, uma vez que passa a ser analisada como base hermenêutica que se compreenda as regras e princípios do direito das famílias, vislumbrando as preocupações com o outro o devido comprometimento dos componentes da entidade familiar para com ela. Há uma relação da afetividade com o comportamento que é esperado pelos indivíduos que a compõem, prezando pela promoção de valores humanizados e civilizatórios em relação ao indivíduo (FARIAS; ROSA, 2020). A afetividade é, então, elemento regulatório necessário perante as famílias atuais.

A partir das considerações que levaram à alteração das estruturas familiares é importante, então, frisar as consequências dos eventos. Primeiramente em relação à figura da mulher como cuidado primário da família, as modificações e movimentos históricos colocam a figura feminina perante o mercado de trabalho, de modo que passa a ter responsabilidade fora do ambiente domiciliar. Nessa perspectiva, verifica-se que a ideia de cuidado com a família ainda é atrelada à figura feminina, apesar de a mulher ser mais atuante no mercado de trabalho e não mais ter a residência e família como único e prioritário objetivo.

Os princípios regulatórios da família e de proteção dos indivíduos que a compõem se alteram, dando maior visibilidade e proteção para aqueles que antes não possuíam a proteção como sujeitos de direitos perante o ordenamento, como no caso das crianças e adolescentes. Além do que a entidade familiar não é considerada apenas pela perspectiva patrimonialista, a convivência e a afetividade passam a ser consideradas em alto grau de importância não apenas para a formação da entidade, mas também para a manutenção dessa.

Por essa perspectiva, a forma de criação e consolidação dos vínculos familiares ocorrem desde o nascimento da criança, desde que o recém-nascido necessita dos cuidados primários de alimentação e sustento, mas para além, da atenção zelosa que possibilita a criação de vínculos parentais. Para tanto, necessita-se de que haja um aumento, e possivelmente, a equiparação das licenças maternidade e paternidade, para que haja, também, pelo outro a possibilidade de exercício da parentalidade.

5. CONCLUSÃO

A construção e justificativas para a fixação de prazos específicos para a licença maternidade e paternidade se deram por duas razões específicas, a primeira biológica, e a segunda em razão da construção social de indivíduos. A biológica trata a respeito de períodos necessários para a devida alimentação e nutrição do recém-nascido, a fim de que haja os cuidados biológicos necessários para o seu desenvolvimento saudável, enquanto a segunda se refere a verificação da mulher como cuidado primário da família, motivo pelo qual a licença paternidade possui um prazo muito inferior à licença-gestante (licença maternidade).

Entretanto, a sociedade modifica-se para adequar novas estruturas familiares, novas formas de proteção e garantias a indivíduos, entretanto

há figuras legislativas que não acompanham a evolução. A não modificação ocorre por diversos fatores, inclusive sociais que ainda mantém estruturas de pensamento atrelados à antiga forma de construção social, como por exemplo ainda entender que a gestação e o nascimento de uma criança estão mais relacionados à mulher do que a uma construção familiar.

Países como Portugal, Suécia e Espanha alteraram o ordenamento para que ocorra a modificação social de que apenas a mulher figura como primária do cuidado com os filhos e a família, e que a presença da outra figura parental não é tão relevante. A Espanha, por exemplo, apesar de não colocar a licença como obrigatória, coloca formas de que a ausência de gozo do benefício leva a perda para utilização em outro momento.

As justificativas de outros países referem-se à necessidade e importância que o outro agente parental possui no cuidado e desenvolvimento do recém-nascido. A percepção se dá tanto em relação aos cuidados biológicos iniciais na vida de um ser humano, como alimentação e atenção, até na criação de vínculos parento-filiais, que são necessários para o desenvolvimento completo de um filho.

A busca por uma licença parental não possui enfoque em apenas uma justificativa, mas há diversas ramificações demonstrando a necessidade dessa na atualidade.

O aumento da licença paternidade no ordenamento jurídico brasileiro possibilita o exercício da parentalidade responsável descrita na Constituição Federal, trazendo não apenas a responsabilidade ao outro agente parental perante o cuidado com os filhos, mas também a possibilidade de criação de vínculos afetivos que serão fundamentais para a construção e manutenção da entidade familiar, independente de qual seja.

Por fim, conclui-se que, além da busca do melhor interesse da criança, com a divisão da responsabilidade e da licença entre os pais possibilita-se uma menor desigualdade de gênero, diminuindo as chances de uma mulher ser discriminada no ambiente de trabalho, pois o empregador não teria aquela preocupação cruel de que a mulher vai engravidar e tirar uma longa licença para ficar com a sua prole.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Susana. **Parentalidade sócio-afectiva**: Portugal e Brasil. Coimbra: Almedina, 2012.

AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. **Parentalidade sustentável: o ilícito parental e a precificação do (des)afeto nas estruturas familiares contemporâneas.** Curitiba: Juruá, 2002.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.) **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 54-66.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 778.889/PE.** Relator: Min. Roberto Barroso, de 07 mar. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur352981/false>. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Concedida licença parental para mãe não gestante de criança fruto da união homoafetiva.** (2021). Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=15997. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. União. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 27 out. 2020.

BRASIL. União. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho no Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. União. **Decreto nº 6.690, de 11 de dezembro de 2008.** Institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabelece os critérios de adesão ao Programa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6690.htm. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. União. **Decreto nº 8.737, de 3 de maio de 2016.** Institui o Programa de Prorrogação da Licença-Paternidade para os servidores regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8737.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. União. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. União. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 06 de set. 2021.

BRASIL. União. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008.** Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. União. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

BRUÑOL, Miguel Cillero. **Infancia, autonomia y derechos: una cuestion de principios.** [s.d.]. Disponível em: http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/explotacion_sexual/lectura4.infancia.dd.pdf. Acesso em: 05 set. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria geral do afeto.** Salvador: Juspodivm, 2020.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação Primitiva.** Editora Elefante. Tradução: Coletivo Sycorax, São Paulo, 2017.

SENADO FEDERAL. Proposta de emenda à Constituição nº 41, de 2015. **Altera a Constituição Federal para ampliar a duração da licença-maternidade e licença-paternidade.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4289393&ts=1630416596199&disposition=inline>. Acesso em: 02 set. 2021.

LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IB-DFAM, 2019. p. 109-134.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (org.) **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 195-216.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Saúde da criança**: nutrição infantil. (2009). Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_crianca_nutricao_aleitamento_alimentacao.pdf. Acesso em: 03 set. 2021.

MONACO, Gustavo Ferraz de Camppos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Edição kindle. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Tânia da Silva; MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: os Direitos Fundamentais e os Princípios Constitucionais Consolidados na Constituição de 1988, **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003, p. 252-271, p. 265. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_252.pdf. Acesso em: 05 set. 2021.

SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição nº 1, de 2018. **Altera os incisos XVIII e XIX do art. 7º da Constituição Federal, para ampliar a duração da licença-maternidade e da licença-paternidade**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7631175&ts=1630427192719&disposition=inline>. Acesso em: 03 set. 2021.

VILLELA, João Baptista. **Liberdade e Família**. Comunicação à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (Manaus, 18 a 22 de maio de 1980), pp. 657-687p. 672. Disponível em: https://www.academia.edu/34285196/Liberdade_e_familia_Joao_Baptista_Villela_1980. Acesso em: 05 set. 2021.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito constitucional**. 16.ed. Leme: Editora JH Mizuno, 2014.

SALDAÑA, Cristina. **Espanha equipara licença paternidade e maternidade, e avança na igualdade de gênero.** 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-01-01/espanha-equipara-licenca-paternidade-e-maternidade-e-avanca-na-igualdade-de-genero.html>. Acesso em: 06 set. 2021.

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: COMPARAÇÃO ENTRE OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO, PORTUGUÊS E AMERICANO

LUÍZA SARTORI PARISE¹

NATÁLIA TRINDADE EMMEL²

1. INTRODUÇÃO

Tendo em vista que a gestação de substituição é a prática que permite a gravidez de uma mulher que não aquela que pretendeu desenvolver o projeto parental, verifica-se que há divergência entre os ordenamentos jurídicos dos países quanto a sua admissibilidade, regulamentação e abrangência da lei. Analisa-se, desta forma, os ordenamentos brasileiro, luso e americano.

No Brasil, a legislação silencia-se, havendo, pois, tão somente a Resolução n. 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina, a qual admite a cessão temporária do útero de forma relativa. No que tange ao ordenamento luso, apesar da Lei n. 32/2006 já ter admitido a gestação de substituição por um lapso temporal curto, os Acórdãos 225/2018 e 465/2019

-
- 1 Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especializanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais” do Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: lusparise@gmail.com.
 - 2 Advogada. Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especializanda em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais” do Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. E-mail: nataliaemmel@gmail.com.

tornaram-na inconstitucional e, por este motivo, regressou-se à proibição absoluta. Noutra sentença, vislumbra-se a ampla possibilidade nos Estados Unidos da América - apesar de alguns Estados não aderirem ao mesmo posicionamento -, sendo inclusive destino de muitos casais em busca do tão almejado sonho da parentalidade.

Neste diapasão, considerando a vasta divergência entre os sistemas jurídicos a respeito da maternidade por substituição, necessário averiguar a problemática quanto a sua viabilidade - ou não -, bem como a melhor solução a ser dada pelos Estados-Nações e, caso deva prevalecer a vontade das partes no que tange a escolha de realizar o procedimento, a regulamentação e a legislação pertinente à prática.

O objetivo central da investigação científica consiste em examinar a proibição relativa e absoluta, bem como a liberalidade da maternidade por substituição à luz de regulamentações e/ou legislações - se existentes - dos ordenamentos jurídicos brasileiro, português e americano. Com vistas a solucionar o problema apontado, bem como a hipótese acima aventada, perquiriu-se na averiguação da problemática de forma qualitativa, com caráter exploratório, tendo como abordagem os métodos dedutivo e comparativo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio de revisão doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

Destarte, ao final, restando a temática em evidente ascensão frente à realidade que se evidencia, foi possível verificar a perceptível diferença entre os três países estudados no que tange à possibilidade da técnica, sendo de fácil verificação que os Estados Unidos, conquanto cada estado tenha autoridade para legislar, é o maior expoente quanto à possibilidade - e um ponto de esperança -, sendo certo que serve de destino a todos aqueles que em seu país de origem impossibilitam a realização do feito.

2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Desde o advento do Código de Hamurabi até os Códigos Civis atuais, tanto do ordenamento jurídico brasileiro, quanto português e americano, existem presunções legais de parentalidade - para fins de reconhecimento da filiação -, as quais decorrem de premissas da maternidade - *partus sequitur ventrem* (o parto segue o ventre) e *mater semper certa est* (a mãe sempre é certa) (MADALENO, 2020, p. 938) - e da paternidade - *pater is est quem nuptiae demonstrant* (pai é aquele que as núpcias demonstram) (ROSA, 2018, p. 369). Nesse sentido:

Desde o Código de Hamurabi, a ciência jurídica vem admitindo a presunção de paternidade dos filhos nascidos de uma relação familiar casamentaria. É um verdadeiro exercício de lógica aplicada: considerando que as pessoas casadas mantêm relações sexuais entre si, bem como admitindo a exclusividade (decorrente da fidelidade existente entre elas) dessas conjunções carnavais entre o casal, infere-se que o filho nascido de uma mulher casada, na constância das núpcias, por presunção, é do seu marido. (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 584).

Contudo, ainda que, por um longo período, isto decorria do fato de que só era viável se ter filho por meio do ato sexual, na atualidade o projeto parental é amparado pelas técnicas de reprodução assistida (PAIANO; ESPOLADOR, 2017, p. 58). Isto é, a infertilidade, que já foi um destino que se teria de aceitar com resignação (FALCÃO; FALCÃO apud SENNA, 2020, p. 33), independentemente de se querer e de se planejar ter filhos, não impossibilita mais que um entre cada seis casais que apresente infertilidade (BADALOTTI apud SARTORI, 2015, p. 127) possa buscar a intervenção do homem no processo natural, a fim de que se satisfaça o desejo de alcançar a tão sonhada parentalidade (MALUF apud GARIERI; SILVA; SALOMÃO, 2014, p. 68). Fato é que as técnicas de procriação artificial assistida suprem a insuficiência biológica dos seres humanos (PEREIRA, 2019, p. 848), de modo que essas vêm ganhando grande destaque como sendo a solução para casais impossibilitados de gerar naturalmente uma vida (GARIERI; SILVA; SALOMÃO, 2014, p. 68). Com isso, evidentemente axiomas absolutos relativizam-se (SENNA, 2017, p. 71), já que é possível a gravidez ocorrer mediante o uso de material genético de outras pessoas, não sendo, necessariamente, a mãe a que gesta e o pai quem cede o material genético (DIAS, 2020, p. 181-182).

Em verdade, desde o Antigo Testamento já se visava a parentalidade para além das presunções do Código de Hamurabi, visto que em uma das histórias bíblicas, Raquel cedeu uma serva ao seu marido, com o escopo de que ela gerasse um filho em nome da sua dona (GÊNESIS apud PINHEIRO, 2019, p. 178). Contudo, foi em 1978 que ocorreu a técnica de transplante de embrião do útero de uma mulher para a outra (BARBAS apud COLOMBO, 2012, p. 123) – “mãe de aluguel”. No mais, ainda no século XX, em 1985, o casal Stern celebrou um contrato de gestação de substituição com Mary Beth Whitehead para que esta gerasse o bebê proveniente da união, em que também seria doadora do óvulo, a fim de que, posteriormente, entregasse a criança para que a Sra. Stern adotasse-

-a; entretanto, ao dar à luz, a contratada recusou-se a entregá-lo, havendo, pois, uma disputa judicial em que foi concedida, pela Corte de New Jersey, a guarda ao casal Stern, mantendo, todavia, os direitos parentais da Sra. Whitehead, que obteve direito limitado de visita (BOWMAN apud GRAZIUSO, 2017, p. 16-17).

Diante disso, cumpre referir que há uma mudança significativa do caso bíblico de adultério de Jacob, consentido por Raquel, para os casos da atualidade que recorrem a uma técnica de procriação medicamente assistida (PMA), pois naquele a gravidez da mãe de gestação decorre da prática de ato sexual; já nestes, a maternidade de substituição opera mediante o recurso da técnica de PMA (PINHEIRO, 2019, p. 180).

A respeito da gestação de substituição, cabe ressaltar que esta é conhecida como cessão temporária de útero, útero de empréstimo, útero de aluguel, gestação sub-rogada, gestação por outrem, maternidade por substituição, barriga de aluguel, mãe sub-rogada, mãe de empréstimo, mãe substituta, mãe hospedeira e mãe por procuração (RODRIGUES; MOREIRA; RIBEIRO; CABRAL, 2017, p. 66), e nada mais é do que uma prática que permite a gravidez de uma mulher que não é aquela que pretendeu desenvolver o projeto parental (GAMA, 2017. p. 36). A respeito disso, leciona Rosa:

O sonho da parentalidade nem sempre é possível a todos os casais, seja por impossibilidades já imaginadas desde o início do relacionamento, como nos casais homossexuais masculinos, ou nos casos descobertos após várias tentativas frustradas de inseminações, nos casais heterossexuais. [...] Quando extintas as possibilidades da maternagem biológica e, ainda o casal não deseja a filiação por adoção, a saída será a maternidade por substituição, também chamada de doação temporária do útero ou maternidade solidária. (ROSA, 2020, p. 411).

Fato é que, conforme o Parecer 63/CNECV/ 2012, a expressão “maternidade de substituição” passou a designar-se “gestação de substituição, a fim de melhor espelhar a realidade permitida pela lei, a qual veda a utilização de gametas da gestante no processo em que é participante, traduzindo-se o seu contributo simplesmente no processo de gestação (GANTE, 2018, p. 49).

Por fim, cumpre referir que não há como subestimar matérias de incontornável relevância jurídica. A maternidade de substituição existe e deve ser regulamentada, sob pena de se criar um vazio jurídico em

domínios muito sensíveis dos Direitos Humanos, como são os direitos de gênero e os direitos das crianças. Nesta perspectiva, não há como o direito impedir a concretização das possibilidades científicas que se vão oferecendo no domínio da gestação. É possível esgrimir por leis bem estruturadas sobre a matéria, sendo obrigatório realizar-se tal conduta no Estado Democrático de Direito.

3. GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL

A temática da gestação de substituição restou evidenciada em nosso país quando da exibição da novela *Barriga de Aluguel*, pela Rede Globo de Televisão, na década de 1990. À época, diante do fomento do tema, anúncios de jornal traziam casos de mulheres que estavam “alugando sua barriga” para a experiência, ato, até então, não normatizado, conforme a reportagem “Mineira quer alugar útero por US\$ 10 mil”, do *Folha de São Paulo* (PEIXOTO, 1992).

A primeira regulamentação acerca do tema foi de iniciativa do Conselho Federal de Medicina que, por meio da Resolução n. 1.358/1992, adotou normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida, pelo que trazia em seu conteúdo normas bastante genéricas a respeito da gestação de substituição (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1992). Em suma, além da doação temporária do útero não admitir caráter lucrativo ou comercial, seria necessário que existisse um problema médico que impedisse ou contraindicasse a gestação na doadora genética e que a doadora temporária do útero pertencesse à família daquela num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1992).

Apesar das contundentes objeções da Igreja Católica (MEIRELLES apud FARIAS, ROSENVALD, 2016, p. 569), após 18 (dezoito) anos ditando as regras da maternidade por substituição, a resolução anterior foi substituída *in totum* pela Resolução n. 1.957/2010, com a manutenção dos mesmos mandamentos no que tange à gestação de substituição. O regramento só foi alterado, de fato, com a edição, três anos mais tarde, da resolução nº 2.013/2013 pelo mesmo Conselho Federal de Medicina. Referida resolução ampliou o regramento sobre a maternidade de substituição (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2013). Uma alteração importante em relação às resoluções anteriores diz respeito ao grau de parentesco entre a gestante de substituição e os autores do projeto parental, que foi estendido para o

quarto grau. Outra mudança significativa é a de que agora o parentesco exigido pode ser entre a gestante de substituição e qualquer dos autores do projeto parental. Nas últimas resoluções, a regra geral era o parentesco com a mãe que doaria o material genético. Por fim, a regra do parentesco não mais conta com outra possibilidade senão a do parentesco familiar; antes, os demais casos eram avaliados pelos Conselhos Regionais de Medicina, medida que não cabe mais na resolução de 2013.

De qualquer sorte, resta controversa a proibição do caráter comercial da maternidade de substituição, ou seja, somente a forma altruística (voluntária) é permitida. A Resolução de 2013 seguiu, neste aspecto, um costume consolidado no Brasil, além de entrar em sintonia com as interpretações dos dispositivos constitucionais e civilistas aplicáveis ao tema. Outrossim, novidade é o limite de idade (50 anos) e um parecer médico positivo sobre a adequação clínica e emocional para atuar como gestante de substituição.

Em 2015, é editada nova resolução sob o n. 2.121, revogando, neste diapasão, a resolução de 2013, modificando-a em alguns pontos. Ressalta-se, por oportuno, a novidade introduzida pela nova edição: a impossibilidade de não familiares participarem da experiência de gestação de substituição foram retiradas do texto. Outrossim, informações que devem constar no prontuário do paciente foram modificadas para contemplar aspectos biopsicossociais, riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, e aspectos legais da filiação, este último com um tópico em separado, reforçando a informação. Além disso, o relatório médico com o perfil psicológico (que atesta adequação clínica e emocional) agora é exigido de todos os envolvidos, não somente pela doadora temporária do útero.

Na resolução de 2015 veio expresso que tal garantia de tratamento e acompanhamento médico à mãe que doará temporariamente o útero se dá por parte dos pacientes contratantes de serviços de reprodução assistida - na resolução anterior, não havia a designação de quem deveria garantir tais tratamentos e acompanhamentos (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2015).

Em 2017, em novo processo de revisão da resolução sobre reprodução assistida, foi editada a resolução nº 2.168 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017). Como mudança, atualizou-se o termo “doação de útero” para “cessão de útero”. Contudo, as novidades mais importantes se deram nos pontos 1 e 3.5 da resolução, eis que foi estendida a possibilidade de cessão temporária para descendentes, e também pessoas solteiras passam a ter direito de se utilizarem da cessão temporária de útero. O restante das normas seguiu o mesmo entendimento da resolução anterior.

Ainda esteve vigente a Resolução n. 2.283/2020, a qual nada modificou os termos ditos na anterior, visto que apenas a aprimorou sem revogá-la (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2020).

No presente ano, contudo, revogou-se as duas resoluções referidas, entrando em vigor, pois, a resolução n. 2.294/2021, de 27 de maio de 2021, a qual altera no item VII “problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.” para “problema médico que impeça ou contraindique a gestação, ou em caso de união homoafetiva ou de pessoa solteira”, já que, por vezes, necessário o uso de gametas de uma terceira pessoa do gênero feminino - inseminação heteróloga - nos casos de casais heterossexuais (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2021). Além disso, a resolução em vigor implementa, respectivamente, no ponto 1 e no ponto 2 do mesmo item: “A cedente temporária do útero deve ter ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Demais casos estão sujeitos a avaliação e autorização do Conselho Regional de Medicina” e “A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2021).

Em suma, portanto, os princípios que norteiam o regime de doação gratuita e temporária do útero, da primeira até a mais recente resolução do Conselho Federal de Medicina, conforme Santiago, são: o parentesco, a benevolência, a gratuidade e a impossibilidade de reprodução pelas vias normais (SANTIAGO, 2020, p. 40). Contudo, para Dias nada justifica negar a possibilidade de ser remunerada quem presta um serviço em tempo integral por longos nove meses e que acarreta dificuldades e limitações de toda ordem (DIAS, 2020, p. 227), já que se a gravidez ocorresse no corpo dos homens certamente o aluguel da barriga já seria um mercado regulamentado.

Apesar disso, é vedada constitucionalmente a comercialização de qualquer órgão, tecido ou substância, consoante o art. 199, § 4º, da CRFB, bem como seria nula a criança enquanto objeto do contrato, nos termos do art. 104, inc. II, do CC, e configurado ilícito penal, conforme o art. 242 do CP, já que se pune parto alheio como próprio e o registro como seu filho, enquanto criança de outrem (DIAS, 2020, p. 227). De fato, veja-se a carência legislativa no que tange a esta temática. A legislação silenciou-se no todo, já que não há nenhuma lei em sentido estrito que trate do assunto; e, sim tão somente projetos de leis esparsos com tramitações pendentes há anos. A ausência normativa e as dificuldades impostas pelo Conselho Regional de Medicina impedem a prática da maternidade de

substituição. Contudo, por certo, acabam por incentivar a clandestinidade, tendo em visto que a maternidade de substituição acaba ocorrendo à margem da existência de regulamentação específica.

Inclusive, para Rosa, a proibição em nosso ordenamento jurídico é desarrazoada, visto que viola o direito da personalidade daqueles que visam ser felizes em família, através do seu projeto parental, bem como da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, uma vez que o planejamento familiar se trata de uma livre decisão da pessoa solteira ou dos integrantes do relacionamento heterossexual ou homossexual, cabendo ao Estado propiciar recursos – técnicas e métodos – para o exercício deste direito, tal qual do direito à procriação (ROSA, 2020, p. 412).

Além disso, por fim, cumpre referir que, ainda que seja a mãe gestacional quem recebe a Declaração de Nascido Vivo (DNV), o registro do nascimento pode ser feito no nome de quem desejou o filho - mesmo que nenhum deles sejam pais biológicos - e vai assumir a parentalidade. A respeito disso, ver-se-á os Enunciados 103 e 108 da I Jornada de Direito Civil:

Enunciado 103 do CJF: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho. (BRASIL, 2004)

Enunciado 108 do CJF: No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva. (BRASIL, 2004)

Destarte, o registro será realizado independentemente de prévia autorização judicial, mediante o comparecimento de ambos os pais, seja o casal heterossexual, seja o casal homoafetivo, que apresentam o termo de compromisso de quem cedeu o útero, sem que o nome desta seja incluído no registro (DIAS, 2020, p. 182). Não constará, pois, no assento de nascimento do infante o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo (DNV), e sim tão somente os nomes dos autores do projeto parental (ROSA, 2020, p. 414), consoante se verifica no art. 17, § 1º, do Provimento n. 63 do CNJ³.

3 Art. 17, § 1º, do Provimento n. 63 do CNJ: “Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação”.

4. GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO EM PORTUGAL

Antes mesmo de se estabelecer, em 1997, no art. 67, n. 2, alínea “e”, da Constituição da República Portuguesa que incumbe ao Estado, para a proteção da família, regulamentar a procriação medicamente assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana (PINHEIRO, 2019, p. 165), o primeiro projeto de lei tocante à procriação medicamente assistida tem como data o ano de 1986, mas, independentemente disso, houve um vazio legislativo por, pelo menos, 20 anos, visto as divergentes posições políticas do parlamento a respeito das técnicas da procriação assistida (BRANDÃO, 2015, p. 25-26).

Nestes 20 anos, portanto, houve, antes da disposição constitucional, o despacho n. 37/86, o decreto-lei n. 319/86 e a lei n. 3/84 (NOGUEIRA, 2016, p. 8). Depois do dispositivo constitucional, porém, foi apresentada a proposta de lei n. 135/VII no ano de 1997, que se converteu no decreto n. 415/VII de 1999, o qual restou vetado pelo presidente, de modo que até o ano de 2006, manteve-se em vigor o decreto-lei n. 318/86, que tinha um regime provisório e restritivo permitindo a inseminação artificial homóloga, a fertilização *in vitro* e a fertilização intratubária (ALVES, 2018, p. 25).

Diante do veto do presidente, houve discussão e análise dos projetos de lei n.º 141-X, n.º 172-X e n.º 176-X que abriam a possibilidade da aceitação da maternidade de substituição, de modo que além da procriação medicamente assistida ser referida em artigos da Constituição da República Portuguesa, do Código Civil e do Código Penal, passou a ser regulamentada pela Lei n. 32/2006 (Lei da Procriação Medicamente Assistida – LPMA) (SENNA, 2017, p. 74). A gestação de substituição, contudo, foi absolutamente proibida na ordem jurídica portuguesa até a Lei n. 25/2016, que alterou a LPMA (PEREIRA, 2019, p. 874).

Inclusive, havia dois dispositivos legais a respeito desta proibição, quais sejam, o art. 8 e o art. 39 da LPMA (PORTUGAL, Lei n. 32, 2006). O primeiro determinava a nulidade dos negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição (PINHEIRO, 2015, p. 144) e, caso uma mulher se colocasse na posição de mãe portadora esta seria, para todos os efeitos, a mãe verdadeira (ABREU apud FERREIRA, 2015, p. 13). Já o segundo ressaltava que aquele que concretizasse contratos de maternidade de substituição a título oneroso ou promovesse, por qualquer meio, designadamente através de convite direto ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título

oneroso seria punida com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias (PORTUGAL, 2006).

A partir da Lei n. 25/2016, de 22 de agosto, contudo, passou a se admitir a título excepcional – proibição relativa – esta gestação em útero alheio no artigo 8º. Este dispositivo determinava a natureza gratuita do negócio jurídico; ausência de útero, bem como lesão ou doença que impedisse a gravidez de forma absoluta e definitiva da mulher ou de situações clínicas que justificassem; uso de uma técnica de PMA com recurso aos gametas de, pelo menos, um dos beneficiários e que não fosse da gestante de substituição; autorização prévia do CNPMA; contrato escrito estabelecido entre as partes e a não restrição de comportamentos da gestante de substituição, para fins de que a criança fosse tida dos beneficiários. No mais, seriam nulos e criminalmente puníveis os negócios jurídicos de substituição que não respeitassem os requisitos enunciados (PINHEIRO, 2019, p. 187-188).

Cumprir referir que não ocorreu nenhum nascimento em Portugal ao abrigo desta regulamentação que admitia a maternidade por substituição no ordenamento jurídico português, visto sua vigência curta (PEREIRA, 2019, p. 874). Isto se deu em razão das objeções anteriores à admissibilidade da gestação não cessarem e, em 24 de abril de 2018, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do art. 8 da LPMA, regressando a anterior proibição absoluta, o que veio a tornar nulo os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição, e a declarar a cedente do útero alheio havida, para todos os efeitos legais, como mãe da criança que vier a nascer (PINHEIRO, 2019, p. 189).

Em julho de 2019, por sua vez, a Assembleia da República aprovou uma nova iniciativa legislativa que, em processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade, voltou a ser declarada inconstitucional em duas normas, facto que levou o Presidente da República a devolver o Decreto à Assembleia da República, sem promulgação (CONSELHO NACIONAL DE PROcriação medicamente assistida). Assim, em 18 de outubro do mesmo ano, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019 se pronunciou no seguinte sentido:

Pronuncia-se pela inconstitucionalidade, por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos [...] (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2019).

A respeito disso, Pereira traz que nos países democráticos que admitem a gestação de substituição, a juridicidade sustenta-se a partir da retórica do altruísmo, da solidariedade entre mulheres férteis e inférteis, bem como de generosidade feminista pela falta de oportunidade procriativa e da modernidade. Entretanto, fato é que a gestação de substituição é um negócio bilionário a nível mundial e que as leis democráticas emergem de iniciativas legislativas que a cobrem com o manto do altruísmo e da solidariedade com quem pretende ter filhos e não o pode (PEREIRA, 2019, p. 886-888). Apesar disso, foram apresentados os Projetos de Lei 71/XIV/1.^a (PORTUGAL, 2019) e 247/XIV/1.^a (PORTUGAL, 2020), respectivamente, pelo Bloco de Esquerda e pelo Grupo Parlamentar do PAN (Pessoas-Animais-Natureza), a fim de que seja admitida a gestação de substituição a título excepcional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher, bem como seja admitido nesta o consentimento livre e revogável da gestante de substituição até ao prazo de 20 dias imediatos ao nascimento, devendo ela, preferencialmente, ser uma mulher que já tenha sido mãe. Estes foram aprovados pelo parlamento em 23.out.2020 (ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA PORTUGUESA, 2020) e estão pendentes de veto ou sanção presidencial.

Por este motivo, por fim, o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida informa que: “Atualmente não existe enquadramento legal que regule a gestação de substituição em Portugal, pelo que não é legal a prática desta técnica (CONSELHO NACIONAL DE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA). Isto, contudo, não impede muitos casais, em especial os inférteis, a procurarem a solução além-fronteiras (SANTOS, 2021, p. 54) através do turismo reprodutivo, que nada mais é do que migrar do sistema jurídico mais restrito para aqueles outros que se revelam mais liberais (RAPOSO apud FERREIRA, 2015, p. 39). Fato é que, diante disso, deve prevalecer o superior interesse da criança que nasceu e que é titular de direitos inalienáveis, não devendo ser prejudicada pelo fato de ter sido gerada com recurso a gestação de substituição (OLIVEIRA, 2019, p. 46).

A lei, porém, nada esclarece quanto ao estabelecimento da filiação decorrente da gestação de substituição, apesar de que a proibição total da maternidade de substituição vai elevar cada vez mais o turismo reprodutivo (FERREIRA, 2015, p. 61). Inclusive, apesar do nascimento e da filiação serem atos de registro obrigatório, ao se chegar em Portugal com o infante decorrente da gestação de substituição, pode-se conseguir

ou não proceder ao registro, de modo que não se conseguindo, a criança será apátrida, a filiação não será reconhecida e, no pior dos casos, a criança será entregue para adoção (SANTOS, 2021, p. 54-64).

5. GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS

Em que pese a maternidade de substituição não seja prevista pela legislação pátria e expressamente proibida pela lei portuguesa, outros países dispõem de dispositivos legais coercitivos acerca da temática, como é o caso dos Estados Unidos da América. Neste território, a partir da década de 80, alguns Estados constituíram comissão para estudar e apresentar sugestões acerca da técnica da gestação de substituição, a partir de um julgamento reconhecendo a constitucionalidade da prática – o caso emblemático do *Baby M*, já relatado no tópico 4.1.

Posteriormente, começaram a ser apresentados projetos de lei sobre maternidade de substituição, sendo que os primeiros surgiram em Nova York e na Califórnia - Estados constantemente considerados como pioneiros em formular leis e *case law* para mudanças sociais divergentes. Para averiguar estes projetos, atenta-se quanto ao sistema jurídico norte americano, com as implicações da adoção do *common law* inglês, direito que se revela pelos costumes e pela jurisdição, coordenado pelos precedentes. Na prática de gestação de substituição, um dos argumentos contrários à sua proibição baseiam-se nas cláusulas – e os casos exemplificativos de suas violações – que demonstram a importância do uso de precedentes no *common law* americano (FINKELSTEIN; MAC DOUGALL; KINTOMINAS; OLSEN, 2016).

A necessidade de um enquadramento sobre o tema em Nova York surgiu em 1987, quando o Governador Cuomo requisitou um parecer ao comitê de ética médica “*Task Force on Life and the Law*” (NEW YORK STATE, 2017), criado em 1985 com membros de diversas áreas de atuação. O parecer final foi apresentado em 1988, sugerindo a nulidade de contratos de gestação de substituição e a expressa proibição de pagamento às *surrogates*, utilizando o “enquadramento de venda de bebês” (MARKENS, 2007), considerando a prática na forma comercial como mercantilização da vida. Outro parecer desfavorável à prática comercial foi publicado em 1992 pelo Departamento de Saúde do Estado de Nova York, contando novamente com a cobertura da mídia, com artigo do *The New York Times*, definindo, na oportunidade, a *surrogate* como “mãe por pagamento” (THE NEW YORK TIMES, 1992).

Concomitantemente, no Estado da Califórnia, a primeira investigação sobre o tema apresentou uma abordagem positiva feita pelo Procurador-Geral do Estado, em 1988, por meio de um memorando requisitado pelo Departamento de Justiça. Referido documento demonstra a necessidade de prevenir qualquer exploração das partes envolvidas, reputando pela necessidade de uma regulamentação apropriada, sem apresentar uma concreta oposição à prática na forma comercial. Mais neutro e contido - diferentemente do enquadramento de gestação de substituição como “venda de bebês”, pelo Estado de Nova York -, o posicionamento adotado pela Califórnia enfatizou o apoio às pessoas com dificuldades reprodutivas e o direito à privacidade e à constituição familiar⁴.

Estas reações tão diferenciadas para pareceres proibitivos ilustram o cenário onde surgiram duas propostas legislativas no ano de 1992: em Nova York foi apresentado o projeto de lei “A 7367/S 1906” que estabelecia que contratos de gestação de substituição eram nulos e contrários à ordem pública, sendo qualquer forma de pagamento a *surrogate* totalmente proibida, o qual foi aprovado pela Assembleia e pelo Senado, sendo posteriormente assinado pelo Governador e publicado em forma de lei; de outra banda, na Califórnia foi proposto o projeto de lei “SB 937”, que declarava não serem os contratos de gestação de substituição contrários à ordem pública, bem como regulamentava a parentalidade legal da criança nascida por meio desta técnica, apesar de aprovado por Assembleia e Senado, foi posteriormente vetado pelo Governador (MILLER, 1994). Ambos os projetos foram apresentados por políticas mulheres⁵, as quais possuíam um histórico de propostas legislativas favoráveis aos direitos das mulheres, que legitimou suas vozes para tratar do conflito social de gestação de substituição (MARKENS, 2007).

À nível Federal, não há precedente da Suprema Corte sobre a prática, porém seus defensores acreditam que o direito à privacidade da 5ª e 14ª Emenda sustentam a possibilidade de firmar um contrato de gestação de substituição. Estes defendem que, de acordo com alguns precedentes da Suprema Corte (TRIMMINGS; BEAUMONT, 2013)⁶, decisões sobre pro-

4 A resposta da mídia no Estado da Califórnia também foi diferente de Nova York. Enquanto o *The New York Times* defendeu a posição contrária à prática, o *The Los Angeles Times* não publicou qualquer notícia sobre o parecer majoritário emitido pelo comitê. (MARKENS, 2007)

5 Em Nova York, pela Deputada Estadual Helene Weinstein e na Califórnia, pela Senadora Diane Watson.

6 *Skinner v. State of Oklahoma* (1942), *Griswold v. Connecticut* (1965) e *Roe v. Wade* (1973).

criação estão sujeitas ao mais alto grau de controle de constitucionalidade, o que deveria ser extensivo a procriação através de gestação de substituição (FINKELSTEIN; MAC DOUGALL; KINTOMINAS; OLSEN, 2016).

Historicamente, existiu uma tentativa de criação de abordagem unificada – em nível estadual – para a prática de gestação de substituição no país, no ano de 1988, intitulada “Uniform Status of Children of Assisted Conception Act”, propondo duas alternativas legislativas para o tema: a necessidade de uma aprovação judicial do contrato de gestação de substituição para este ser válido ou a opção de tornar qualquer contrato da prática nulo. Nas lições de Santos:

A National Conference of Commissioners on Uniform Status Law aprovou uma nova lei de acordo com a qual cada estado norte-americano tem o poder de optar pelo regime mais favorável em matéria de maternidade de substituição: atribuição da nulidade aos contratos celebrados [...] ou admissão da prática, desde que preencham determinados requisitos. Os requisitos seriam os seguintes: celebração de um acordo livre e consentido de todos os intervenientes, aptidão das partes para o cumprimento do contrato e a capacidade do casal contraente para satisfazer as necessidades da criança. (SANTOS, 2021, p. 50).

Apenas dois Estados adotaram a lei uniforme – o Estado de Virgínia optou pela regulamentação e o Estado da Carolina do Norte pela proibição. Assim, no ano de 2000, a lei foi substituída pelo “Uniform Parentage Act”, que apresenta diretrizes aos Estados sobre os procedimentos que devem ser seguidos com um contrato de gestação de substituição, como validação judicial do contrato e determinação da parentalidade legal dos pais intencionais. Atualmente, 11 Estados americanos aderiram à lei uniforme, porém apenas Texas e Utah aderiram ao art. 8º - que trata acerca do acordo gestacional autorizado -, de adesão opcional.

Com a legislação a ser feita ao nível estadual, cada Estado tem liberdade para legislar sobre a matéria, pelo que facilmente encontramos legislações diferentes de uns Estados para outros. A diversidade é tanta, que em alguns é realizada por transferência legal; em outros, por transferência judicial. Passa, ademais, pela questão da gratuidade, ao passo que em outros estados são permitidos contratos onerosos. Outrossim, até mesmo quando admitida, existem diferenciações: só casais, heterossexuais ou homossexuais; pessoas solteiras, independente do sexo; com o fornecimento de gametas de um, de ambos ou de nenhum. pela cele-

bração de um acordo livre e consentido de todos os intervenientes; pela aptidão das partes para o cumprimento do contrato; pela capacidade dos contraentes para satisfação das necessidades da criança; etc.⁷.

Um dos Estados que possuem uma regulamentação mais flexível e favorável à prática em comento, é a própria Califórnia - precursora na regulamentação -, onde o processo “além de ser totalmente controlado por advogados e pelos tribunais, pode ser gratuito como oneroso” (SANTOS, 2021, p. 51). Ainda, os pais legais podem ser considerados como genitores de fato antes do nascimento, desde que obtenham uma *pre-birth order*. Os Estados de Connecticut, Delaware, Maine, Nevada e New Hampshire acompanham estas mesmas características. Existem Estados, no entanto, que exigem a situação de casado dos beneficiários, a saber, Dakota do Norte, Flórida, Texas, Virgínia, Arkansas, Illinois e Utah. Oregon, por sua vez, eis que desprovido de regulamentação legal, depende de uma decisão do tribunal. Em outros Estados, ainda, a sentença do tribunal pode circunscrever-se ao mero reconhecimento do pai biológico, desencadeando-se o processo de adoção por parte da mãe beneficiária, tendo como expoentes Carolina do Norte, Carolina do Sul, Colorado e Alabada. Nas localidades de Michigan, New Jersey, New York e Washington, a maternidade por substituição somente é possível na modalidade altruística. Em caráter mais restrito, na Louisiana, somente os casais heterossexuais casados são passíveis de aceder à técnica de reprodução.

Do viés legislativo, as polêmicas da prática de gestação de substituição são de todo evidentes em um país como os Estados Unidos, com um sistema de common law que possibilita diferenças abissais entre seus Estados: desde regulamentações completamente proibitivas até algumas das abordagens mais liberais e permissivas do mundo⁸. Nas lições de Storrow, “os Estados Unidos são um microcosmo do resto do mundo, com um leque completo de abordagens legais sobre gestação de substituição dentro de suas fronteiras” (STORROW in O’BYRNE; GERBER, 2016). De qualquer sorte, é possível encontrar congruência entre os Estados da federação: em todos os casos, a técnica é realizada por meio de Contrato de Gestação, no qual a mãe substituta obriga-se a entregar o bebê aos pais que idealizaram o projeto parental, tão logo o nascimento da criança.

7 Em virtude da 10ª Emenda da Constituição Federal Americana.

8 Estudos separam os Estados americanos em 3 tabelas: 14 Estados com regulamentação permissiva por lei; 31 Estados sem regulamentação expressa e quatro Estados com regulamentação proibitiva.

Referido acordo, no entanto, é passível de críticas, uma vez que constitui uma ameaça à dignidade da criança, pois se mesmo antes do parto ela já é considerada uma pessoa em desenvolvimento, não pode, portanto, ser objeto de um contrato, pois tem direitos que devem ser respeitados.

Destarte, os Estados Unidos representam um caso único no seio de países desenvolvidos, pois em alguns dos Estados é admitida a gestação de substituição comercial, o que apresenta imenso atrativo a casais do resto do globo que, por inúmeros motivos, são impossibilitados de procriar pelos meios convencionais e, carecendo seus países de regulamentação própria, veem no sonho americano uma chance de serem felizes (SANTOS, 2021, p. 51).

6. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ANÁLISE COMPARADA ENTRE OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO, PORTUGUÊS E AMERICANO

Diante dos ordenamentos jurídicos apresentados, verifica-se que, enquanto no Brasil a maternidade por substituição é admitida e regulada pela Resolução n. 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina, em Portugal esta é proibida e disposta na Lei n. 32/2006 e nos Estados Unidos, em razão do seu sistema jurídico, há 14 Estados com regulamentação permissiva por lei, 31 Estados sem regulamentação expressa e 4 Estados com regulamentação proibitiva.

No Brasil, admite-se a gestação de substituição ao casal heterossexual, em que há problema médico que impeça ou contraindique a gestação, ao casal homossexual e é pessoa solteira, desde que haja o parentesco consanguíneo até o 4º grau entre a gestante de substituição e qualquer dos autores do projeto parental, havendo a possibilidade de cessão temporária para descendentes. Os demais casos, sujeitos a avaliação e autorização do Conselho Regional de Medicina. No mais, a cessão temporária de útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente. Por fim, a respeito da regulamentação, exige-se que a gestante de substituição tenha como limite de idade 50 anos e tenha ao menos 1 (um) filho vivo.

Além disso, no Brasil, notório referir a impossibilidade da cessão temporária de útero não poderá ter caráter lucrativo, visto que é vedada constitucionalmente a comercialização de qualquer órgão, tecido ou substância, consoante o art. 199, § 4º, da CRFB, bem como seria nula a criança enquanto objeto do contrato, nos termos do art. 104, inc. II, do

CC, e configurado ilícito penal, conforme o art. 242 do CP, já que se pune parto alheio como próprio e o registro como seu filho, enquanto criança de outrem. Por fim, neste ordenamento jurídico, na hipótese de gestação por substituição, não constará no registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, e sim daqueles que visaram o projeto parental, conforme o termo de compromisso firmado.

Em Portugal, apesar de já ter sido admitida, excepcionalmente, a cessão temporária de útero entre 2016 e 2018, em razão da Lei n. 25/2016, que alterou a Lei n. 32/2006, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019, respectivamente, declarou e pronunciou pela inconstitucionalidade, regressando, pois, a anterior proibição absoluta, o que veio a tornar nulo os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição. Além disso, passa a declarar a cedente do útero alheio havida, para todos os efeitos legais, como mãe da criança que vier a nascer. Em Portugal, além da proibição da gestação de substituição, há pena de prisão ou pena de multa, nos termos do art. 39 da Lei n. 32/2006. Apesar disso, é comum o turismo reprodutivo e, uma vez que a lei não esclarece quanto ao estabelecimento da filiação decorrente da gestação de substituição, há inúmeras possibilidades, seja do registro da criança, seja de a filiação não ser reconhecida e o encaminhamento da criança à adoção.

Em que pese a maternidade de substituição não seja prevista pela legislação pátria, nem mesmo admitida em Portugal, os Estados Unidos dispõem de dispositivos legais coercitivos acerca da temática. Neste território, a partir da década de 80, alguns Estados constituíram comissão para estudar e apresentar sugestões acerca da técnica da gestação de substituição.

Com a legislação a ser feita ao nível estadual, cada Estado tem liberdade para legislar sobre a matéria, pelo que facilmente encontramos legislações distintas. De qualquer sorte, é possível encontrar congruência entre os Estados da federação: em todos os casos, a técnica é realizada por meio de Contrato de Gestação, no qual a mãe substituta obriga-se a entregar o bebê aos pais que idealizaram o projeto parental, tão logo o nascimento da criança. Referido acordo, no entanto, é passível de críticas, uma vez que constitui uma ameaça à dignidade da criança, pois se mesmo antes do parto ela já é considerada uma pessoa em desenvolvimento, não pode, portanto, ser objeto de um contrato, pois tem direitos que devem ser respeitados.

Vislumbra-se que da mesma forma que os debates legislativos sobre gestação de substituição nos Estados Unidos iniciaram efetivamente

no ano da 1992, o mesmo ocorreu no Brasil de forma bastante diferente. O Conselho Federal de Medicina (CFM), no mesmo ano, sem qualquer proposta legislativa sobre a prática, publicou sua primeira Resolução a respeito da matéria, com o intuito de adotar normas éticas sobre técnicas de reprodução assistida para a classe médica. Entretanto, ao limitar a prática para mulheres com vínculo familiar ou afetivo, bem como vedar a compensação financeira, discute-se amplamente o papel normativo deste Conselho, bem como a legalidade e constitucionalidade de algumas das suas Resoluções.

Destarte, os Estados Unidos representam um caso único no seio de países desenvolvidos, pois em alguns dos Estados é admitida a gestação de substituição comercial, o que apresenta imenso atrativo a casais do resto do globo que, por inúmeros motivos, são impossibilitados de procriar pelos meios convencionais e, carecendo seus países de regulamentação própria, veem no sonho americano uma chance de serem felizes.

7. CONCLUSÃO

Conclui-se que, as técnicas de reprodução humana assistida são um grande marco da evolução do biodireito. Cada vez mais as sociedades de diversos países do mundo vêm se utilizando de tais técnicas para verem satisfeitos seus desejos de procriação e realização familiar. Na maternidade de substituição terceiras pessoas se encontram envolvidas no ato de geração de um novo ser. Portanto, novos paradigmas precisam ser analisados e confrontados sem nunca se perder de vista a dignidade da pessoa e a afetividade como base de qualquer relação familiar e humana.

Assim, cumpre referir que, além de países democráticos, como os Estados Unidos, admitirem a maternidade por substituição, em razão do altruísmo e da solidariedade entre mulheres férteis e inférteis, a proibição restrita – Brasil – ou absoluta – Portugal – viola o direito da personalidade daqueles que visam formar uma família, através do seu projeto parental, bem como da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, uma vez que o planejamento familiar se trata de uma livre decisão da pessoa solteira ou dos integrantes do relacionamento heterossexual ou homossexual, cabendo ao Estado propiciar recursos – técnicas e métodos – para o exercício deste direito, tal qual do direito à procriação.

Portanto, é forçoso reconhecer a necessidade de regulamentação da maternidade de substituição no ordenamento jurídico brasileiro e a admissão desta possibilidade em Portugal, a fim de que a prática possa

ser realizada de acordo com parâmetros estabelecidos, evitando-se assim a clandestinidade ou o turismo reprodutivo e dando segurança jurídica às gestantes e às pessoas que pretendem a realização do projeto parental.

REFERÊNCIAS

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019. Disponível em: <https://data.dre.pt/application/file/a/125468606>.

ALVES, Mafalda Teixeira. **O Princípio da Verdade Biológica e a Procriação Medicamente Assistida**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26516/1/O%20Princ%C3%ADpio%20da%20Verdade%20Biol%C3%B3gica%20e%20a%20Procria%C3%A7%C3%A3o%20Medicamente%20Assistida.pdf>. Acesso em: 09.set.2020.

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA PORTUGUESA. **Votações efetuadas em 2020-10-23**. Disponível em: https://app.parlamento.pt/WebUtils/docs/doc.pdf?Path=6148523063446f764c304653546d56304c334e706447567a4c31684a566b786c5a79394e52564e424c30464f52566850553046485255354551564e42636e463161585a764c7a4c43716942545a584e7a77364e764945786c5a326c7a6247463061585a684c31684a566c3879587a4533587a49774d6a41744d5441744d6a4e664d6a41794d4330784d4330794d7935775a47593d&Fich=XIV_2_17_2020-10-23_2020-10-23.pdf&Inline=true. Acesso em: 30.ago.2021.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado n. 103**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2004]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734>. Acesso em: 04.set.2021.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado n. 108**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2004]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/740>. Acesso em: 04.set.2021.

COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM), **Resolução 1.358 de 11 de novembro de 1992**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 19 de novembro de 1992, Seção I, p. 16.053. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358> Acesso em: 20 nov. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM), **Resolução 2.013 de 16 de abril 2013**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013> Acesso em 20 nov. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução n. 2.121 de 16 de julho de 2015**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de setembro de 2015. Seção I, p. 117. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121> Acesso em: 20 nov. 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução 2.168 de 10 de novembro de 2017**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 10 de novembro de 2017. Seção I, p. 73. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 10 nov. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução 2.283/2020 de 27 de novembro de 2020**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 27 de novembro de 2020. Seção I, p. 391. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2020/2283>. Acesso em: 30.ago.2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução 2.294 de 15 de junho de 2021**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 15 de junho de 2021. Seção I, p. 60. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294>. Acesso em: 04.set.2021.

CONSELHO NACIONAL DE PROcriação Medicamente Assistida. **CNPMA: cidadãos, gestação de substituição**. Disponível em: <https://www.cnpma.org.pt/cidadaos/Paginas/gestacao-de-substituicao.aspx>. Acesso em: 03.set.2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERREIRA, Edna Adriana Henriques. **Maternidade de substituição em Portugal**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34705/1/Maternidade%20de%20Substituicao%20em%20Portugal.pdf>. Acesso em: 30.ago.2021.

FINKELSTEIN, Alex. MAC DOUGALL, Sarah. KINTOMINAS, Angela. OLSEN, Anya. **Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking**. Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic. 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante de reprodução assistida póstuma**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GANTE, Sílvia Leonor Ferreira. **A Maternidade de Substituição Problema ou Solução?**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/85696/1/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20final%20pdf.pdf>. Acesso em: 09.set.2020.

GARIERI, Daniela Cristina Caspani; SILVA, Luisa Angelo Meneses Caixeta; SALOMÃO, Wendell Jones Fioravante. Reprodução humana assistida: as consequências do surgimento de famílias construídas *in vitro*. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v. 3, p. 65-83, nov./dez. 2014.

GRAZIUSO, Bruna Kern. **Gestação de substituição no Brasil e nos Estados Unidos: Regulamentações e práticas de casos nacionais e transnacionais**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade La Salle, Canoas, 2017.

HOLMES, Oliver Wendell. **The Common Law. Massachusetts: The Belknap Press**. 2009.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Livros.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus apud GARIERI, Daniela Cristina Caspani; SILVA, Luisa Angelo Meneses Caixeta; SALOMÃO, Wendell Jones Fioravante. Reprodução humana assistida: as consequências do surgimento de famílias construídas *in vitro*. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Porto Alegre: Magister, v. 3, p. 65-83, nov./dez. 2014.

MARKENS, Susan. **Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction**. Berkeley: University of California Press, 2007.

MEIRELLES apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MILLER, John D. **Surrogacy Legislation in California: A Political Review of Alternative Surrogacy Proposals**. 1994. University of San Francisco Law Review.

OLIVEIRA, Elsa Dias. A gestação de substituição e o Direito internacional privado. A realidade portuguesa. **Cuadernos de Derecho Transnacional**, v. 11, n. 2, p. 45-57, out.2019. Disponível em: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4949/3497>. Acesso em: 03.set.2021.

PAIANO, Daniela Braga; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa. As técnicas de reprodução assistida na resolução nº 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina - principais aspectos. **Revista Brasileira de Direito Civil RBDCivil**. Belo Horizonte, vol. 11, p. 57-71, jan./mar. 2017. Plataforma *HeinOnline*.

PALUDO, Anison Carolina. Bioética e Direito: Procriação Artificial e Dilemas Ético-Jurídicos. **Revista Justiça do Direito**, v. 15, n. 2, 2001. Plataforma *HeinOnline*.

PEIXOTO, Paulo. **Mineira quer alugar útero por US\$ 10 mil**. Folha de São Paulo, Belo Horizonte, 25 de junho de 1992. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=11735&anchor=4788080&origem=busca&originURL=&pd=fbfc94f807e0ac08f4b235bdd4010661>. Acesso em 30.ago.2021.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Direito da Família**. 3. ed Lisboa: AAFDL, 2019. Plataforma AAFDL Editora.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **Estudos de direito da família e das crianças**. Lisboa: AAFDL, 2015. Plataforma AAFDL Editora.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O Direito da Família Contemporâneo**. 6. ed. Lisboa: AAFDL, 2019.

PORTUGAL. **Lei n. 32/2006, de 26 de julho**. Procriação Medicamente Assistida, Lisboa, PT: Presidente da República, [2006]. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=lei_velhas&nverso=1&sso_miolo=. Acesso em: 04.set.2021.

PORTUGAL. **Projeto de Lei n. 71/XIV/1.^a**. Alteração ao regime jurídico da gestação de substituição (Sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho), Lisboa, PT: Bloco de Esquerda, [2019]. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a566b786c5a79394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c32595339694e6a6b354d4749335a4331684d474e6a4c54526b4d54597459544e6c4e53316b4d7a41354e3251354e574974e6a49755a47396a&fich=b6990b7d-a0cc-4d16-a3e5-d3097d95b362.doc&Inline=true>. Acesso em: 30.ago.2021.

PORTUGAL. **Projeto de Lei n. 247/XIV/1.^a**. Garante o acesso à gestação de substituição, procedendo à sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida). Lisboa, PT: Grupo Parlamentar do PAN (Pessoas-Animais-Natureza), [2020]. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a566b786c5a79394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c32595338354e44517a4d54417a4e5330354f54526b4c5451784e324d744f5745354d4330785957526c595455324f444d794e5449755a47396a&fich=94431035-994d-417c-9a90-1a-dea5683252.doc&Inline=true>. Acesso em: 30.ago.2021.

RODRIGUES, Daiany da Silva; MOREIRA, Raquel Veggi; RIBEIRO, Leila Maria Tinoco Boechat. CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. A Cessão Temporária do Útero: Análise de Limitação Etária de 50 Anos para a Cedente. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Porto Alegre: LexMagister, v. 21, p. 61-79, nov./dez. 2017.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

SANTIAGO, Juliana Faria. **Gestação por substituição: a ordem pública internacional e o melhor interesse do menor**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília – Faculdade de Direito, Brasília, 2020. Dis-

ponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/39024/1/2020_Juliana-FariaSantiago.pdf. Acesso em: 30.ago.2021.

SANTOS, Ana Carolina Sobral dos, **Gestação de substituição. E agora, filho(a) de que mãe?**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2021. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/94682/1/Tese%20Gesta%c3%a7%c3%a3o%20de%20substitui%c3%a7%c3%a3o.pdf>. Acesso em: 30.ago.2021.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Reprodução Humana Assistida: um direito fundamental?**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2015.

SENNA, Carina Cátia Bastos de. O estabelecimento da filiação na Lei de Procriação Medicamente Assistida Portuguesa. **Revista Eletrônica de Direito da Faculdade Estácio do Pará**. Belém, v. 4, n. 5, p. 70-95, jun. 2017. Disponível em: <http://revistasfap.com/ojs3/index.php/direito/article/view/37/40>. Acesso em: 09.set.2020.

SENNA, Carina Cátia Bastos de. Princípios fundamentais aplicáveis a procriação medicamente assistida. **Revista de Eletrônica de Direito da Faculdade Estácio do Pará**. Belém, v. 7, n. 10, p. 32-46, jul. 2020. Disponível em: <http://revistasfap.com/ojs3/index.php/direito/article/view/320/277>. Acesso em: 10.set.2020.

STATE, New York, **Task Force on Life and the Law**. Disponível em: https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/. Acesso 29.ago.2021.

STORROW, Richard F. Surrogacy American Style. In: O'BYRNE' Kate. GERBER, Paula. **Surrogacy, Law and Human Rights**. New York: Routledge, 2016.

The New York Times. “**New York is Urged to Outlaw Surrogate Parenting for Pay**”. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1992/05/13/nyregion/new-york-is-urged-to-outlaw-surrogate-parenting-for-pay.html>. Acesso em: 05.10.2017.

TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. General Report on Surrogacy. In: TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. **International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level**. Oxford: Hart Publishing, 2013.

(IM) POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE REGISTRAL: CONFLITO ENTRE VÍNCULOS REGISTRAL, SOCIOAFETIVO E BIOLÓGICO

IANE DIAS KRAUSE¹

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa sobre os efeitos jurídicos do reconhecimento voluntário de paternidade e a possibilidade ou não de desconstituição, anulação ou exclusão do nome do pai registral do assento de nascimento do filho registrado, através de uma análise dos conflitos entre vínculo registral, afetivo e biológico. O desenvolvimento da pesquisa parte de um estudo inicial das relações de parentesco, das espécies de filiação pertinentes ao tema e da possibilidade jurídica do reconhecimento da multiparentalidade, através de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do tema. Posteriormente analisa-se, através das hipóteses de maior incidência, a (im) possibilidade de desconstituição da paternidade registral quando em conflito com o vínculo socioafetivo. E, por fim, analisa-se, através das hipóteses de maior incidência, a (im) possibilidade de desconstituição da paternidade socioafetiva registral quando em conflito com o vínculo biológico.

Portanto, a problemática aqui estudada diz respeito a possibilidade ou não de se desconstituir a paternidade registral quando há vínculo

1 Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogada. ianedk@gmail.com.

afetivo entre o pai registral e o filho registrado, bem como a possibilidade ou não de se desconstituir a paternidade registral em razão da existência de vínculo biológico de paternidade. Para atingir o resultado e responder o problema de pesquisa, foi adotado o método dedutivo, utilizando-se de referências bibliográficas, identificando entendimentos na doutrina e na jurisprudência, acerca da impossibilidade de se desconstituir ou anular a paternidade registral.

2. RELAÇÕES DE PARENTESCO E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA MULTIPARENTALIDADE

As famílias, que até pouco tempo eram estabelecidas pelo vínculo matrimonial e baseadas na verdade biológica, negando-se legitimidade a qualquer outra forma, evoluíram, abrindo espaço para o reconhecimento de relações familiares construídas com base no afeto, que visam o bem-estar de seus membros e a proteção jurídica dos interesses dos filhos. Foram inúmeras as alterações nas famílias contemporâneas nos últimos anos que exigiram transformações que acabaram refletindo em diversas categorias jurídicas, pois por muito tempo, restringiu-se o reconhecimento de relações parentais apenas aos vínculos biológicos e registrais o que já não cabe, pois o elo socioafetivo é suficiente para formar vínculo de parentesco (CALDERÓN, 2013, p.129-141).

A partir da Constituição Federal de 1988 passou-se a priorizar o indivíduo, tendo como princípio constitucional fundamental a dignidade da pessoa humana.² Pode-se dizer, então, que a maior preocupação do direito contemporâneo está em preservar as relações constituídas com base no afeto e no amor, que tem como objetivo a busca pela felicidade. Frente a estes novos conceitos, a figura do pai vem sendo determinada pela convivência e pela relação socioafetiva que existe entre as partes e não pela genética, pelo registro de nascimento ou por presunção legal. Assim, passa-se a uma análise das relações de parentesco previstas no Código Civil, para que se possa estabelecer conceitos acerca das formas de paternidade presentes no ordenado jurídico e na contemporaneidade, conforme entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

2 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;”.

O Código Civil possui um capítulo intitulado “Das Relações de Parentesco”, exclusivamente para tratar dessas relações. Em seu art. 1.593, prevê como formas de parentesco o natural ou o civil, conforme resulte de consanguinidade ou de outra origem. O parentesco natural funda-se na relação de sangue que existe entre duas pessoas, descendentes ou ascendentes, na linha reta ou colateral, nos termos dos artigos 1.591 e 1.592 do Código Civil. Quanto ao parentesco civil, tem-se que é aquele decorrente de outra origem senão a consanguínea, pois a parte final do artigo 1.593 do Código Civil buscou deixar em aberto às hipóteses que podem originar uma relação de parentalidade, já que o vínculo biológico não é o único que deve ser considerado para determinar o parentesco entre duas pessoas (FACHIN, 2008, p.285).

A autora Jacqueline Filgueiras Nogueira (2001, p.63-95) e outros autores, como Paulo Nader (2010, p.311) e Álvaro Vilaça Azevedo (2013, p.259), entendem que são três as espécies de filiação presentes no ordenamento jurídico, quais sejam: a biológica, a jurídica e a socioafetiva. A filiação biológica pode ser definida como aquela decorrente do vínculo sanguíneo e natural entre pais e filhos, ou seja: “[...] uma verdade biológica, comprovável por meio de exame laboratorial que permite afirmar, com certeza praticamente absoluta, a existência de um liame biológico entre duas pessoas.” (DIAS, 2016, p.392). Tal espécie de parentesco, em que pese não se sobreponha as outras, possui enorme importância para o ordenamento jurídico brasileiro, visto que é assegurado àquele cuja identidade biológica não é conhecida o direito de a qualquer momento buscar sua origem genética, mesmo que dali não resulte relação de parentalidade. A filiação jurídica, ou registral, se dá a partir da certidão do termo de nascimento do recém-nascido e encontra respaldo legal no artigo 1.603 do Código Civil, que determina que a filiação se prova pelo registro de nascimento e ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta desta certidão, salvo provando-se erro ou falsidade.³ A filiação socioafetiva é aquela decorrente de vínculo afetivo formado entre os envolvidos e veio para comprovar que ser filho é algo maior do que ser geneticamente herdeiro posto que a figura paterna (ou materna) pode não ter contribuído biologicamente para o nascimento, mas abriu caminho para que um vínculo afetivo paterno-filial fosse construído (ALMEIDA, 2003, p.138). A parentalidade socioafetiva se resume na distinção da figura paterna da

3 “Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.” “Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.”

figura do genitor, considerando os laços afetivos formados pela convivência e pelo cotidiano, mesmo que não haja vínculo biológico. Considerando a importância desse instituto, merece maior atenção.

A parentalidade socioafetiva pode já ser registral, declarada em registro público, decorrente de reconhecimento voluntário de paternidade, ou apenas advinda de uma relação construída com base na posse de estado de filho, que consiste na filiação que se configura através da chamada “teoria da aparência”. Conforme Conrado Paulino da Rosa, a teoria da aparência consiste na forma como outras pessoas enxergam aquele núcleo familiar no qual residem pessoas que se portam como pais e filhos e onde, visto de fora da relação, não há como saber a origem da filiação, se biológico ou socioafetivo (ROSA, 2016, p. 265). Luiz Edson Fachin define três elementos capazes de caracterizar a posse de estado de filho, que reforçam a teoria da aparência: tratamento, nome e fama (FACHIN, 1999, p.202). Estes mesmos elementos serviram como fundamento para o voto do Ministro Luiz Fux nos autos do julgamento da repercussão geral acerca da parentalidade socioafetiva, nos autos do Recurso Extraordinário n. 898.060/SC. Portanto, tem-se que a parentalidade socioafetiva veio para contrabalançar a verdade biológica e a registral (ROSA, 2021, p.408) de forma a validar e conferir maior proteção as relações de parentesco constituídas a partir de um vínculo afetivo.

Até o ano de 2016, as relações socioafetivas eram reguladas pelo Superior Tribunal de Justiça, que possuía entendimentos específicos acerca de possíveis conflitos entre a paternidade registral, socioafetiva e biológica. A jurisprudência pátria vinha manifestando-se em face da prevalência de apenas uma dessas formas de filiação (MALUF; MALUF, 2014, p.19-43). No entanto, frente a reestruturação das entidades familiares, frente as famílias reconstituídas, fez-se necessário o reconhecimento da possibilidade de coexistência de diferentes relações de parentesco. Neste sentido, o Superior Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 898.060, tese de Repercussão Geral 622, por maioria e nos termos do voto do Relator Ministro Luiz Fux, reconheceu que: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.”

Atualmente, portanto, é possível o reconhecimento do instituto da multiparentalidade, através do qual uma mesma pessoa pode ver reconhecido mais de um vínculo de parentesco, simultaneamente e independente da origem. A multiparentalidade vem sendo utilizada como medi-

da efetiva na resolução de conflitos de parentalidade, principalmente nos casos em que uma mesma pessoa mantém mais de um vínculo afetivo (TEPEDINO, 2020).

3. OS EFEITOS JURÍDICOS DO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DE PATERNIDADE

Como bem explica Sílvio de Salvo Venosa (2011, p. 273) enquanto não há o reconhecimento da filiação está é estranha ao direito, pois toda gama de direitos e deveres entre pais e filhos decorre do ato jurídico do reconhecimento. Ou seja, enquanto não houver o reconhecimento dos filhos estes não poderão usufruir de seus direitos, pois para reclamar sua posição jurídica é indispensável o reconhecimento da relação de parentesco. Assim, passa-se a analisar os efeitos jurídicos do reconhecimento de paternidade, com foco nos casos em que o pai opta por reconhecer o filho de forma voluntária.

Em que pese neste artigo seja abordado o reconhecimento de paternidade voluntário, faz-se necessário breve apontamento acerca do reconhecimento judicial, que ocorre quando não há o reconhecimento voluntário por parte do pai biológico ou socioafetivo. Nestes casos, pode o filho buscar ser reconhecido pela via judicial, litigiosa, mesmo que representado pela genitora, por meio de ação investigatória ou declaratória de paternidade. A ação de investigação de paternidade é regulamentada pelas Leis n. 8.560/92 e 12.004/09. Assim, quando proposta a ação, o entendimento dos tribunais é de que o exame de DNA é prova suficiente para se comprovar a filiação consanguínea ou excluí-la (NADER, 2010, p.311). E, nos casos em que o suposto pai se recusa a se submeter ao exame de DNA, recai sobre ele presunção de paternidade, que será apreciada pelo magistrado em conjunto com as demais provas apresentadas, nos termos do artigo 2º-A da Lei 12.004/09. Já nas ações declaratórias, para os casos em que se busca o reconhecimento pelo pai socioafetivo, o que se requer é a declaração uma situação fática que já vem ocorrendo, da relação construída com base na posse de estado de filho.

O reconhecimento voluntário, por sua vez, como o próprio nome já diz, decorre de ato de vontade do pai em reconhecer aquela pessoa como seu filho e pode ser feito por declaração no registro do nascimento, por escritura pública ou escrito particular, através de manifestação judicial, por testamento, antes do nascimento do filho ou posteriormente ao seu

falecimento, conforme hipóteses previstas no artigo 1.609 do Código Civil. “O reconhecimento voluntário é, portanto, um ato pelo qual alguém declara unilateralmente, que outrem é seu filho, produzindo efeitos pela mera manifestação de vontade.” (AZEVEDO, 2013, p. 240). Pode advir de ato espontâneo, nos casos em que não existe contra o reconhecente a presunção de paternidade, então aceita e reconhece a paternidade de forma espontânea e vício de consentimento, situação que torna o ato irrevogável (LUZ, 2009, p.196). Corroborando este entendimento: “O reconhecimento voluntário é ato espontâneo, solene, público e incondicional. Como gera o estado de filiação, é irretroatável e indisponível.” (DIAS, 2013, p. 362).

Os filhos havidos na constância de relacionamentos matrimoniais também podem ser reconhecidos voluntariamente pelo suposto próprio pai, pois estão protegidos pela chamada “presunção de paternidade”. Nos termos do que dispõe o artigo 1.597 do Código Civil se presume concebidos na constância do matrimônio os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal e os nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução do matrimônio. Nesse conceito se incluem aqueles nascidos através de “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”, utilizadas em substituição à concepção natural quando há impossibilidade ou dificuldade do casal gerar um filho (DIAS, 2013, p.362).

A flexibilização do reconhecimento de paternidade, já que é ato meramente declaratório e de vontade do próprio pai, fez com que muitos se valessem desse pressuposto para registrar filho de terceiro como seu, prática que muitos juristas e doutrinadores chamam de “adoção à brasileira”. Segundo Christiano Cassettari (2017, p.47) essa é uma prática antiga, utilizada originalmente na época em que não era socialmente aceito uma mulher ser mãe sozinha, para o autor:

Essa conduta milenar tem origem na época em que era mal visto pela sociedade uma mulher dar à luz uma criança de pai desconhecido. [...] Como é sabido, uma das grandes certezas do Direito Civil é de que *mater semper certa est* (a mãe sempre é certa), pois, após o nascimento com vida, o médico atesta, na Declaração de Nascido Vivo (DNV), o laço materno daquela criança. [...] Já quanto à paternidade, temos que *pater is est quem justae nuptias demonstrant* (pai é aquele que demonstra justa núpcia), motivo pelo qual, em situações em que não cabem as presunções do art. 1.597 do Código Civil, a paternidade deve ser declarada pessoalmente perante o Oficial do Registro Civil. Assim, podemos afir-

mar ser muito fácil um homem assumir a paternidade de um filho que não é seu, razão pela qual tal conduta pode ser utilizada como forma de barganha para um desejo do rapaz, como, por exemplo, o casamento.

Gustavo Tepedino (2020) explica que costumeiramente a adoção à brasileira acontece por dois motivos: para burlar o cadastro de adoção ou naqueles casos em que o parceiro da genitora registra a criança mesmo sabendo não ser seu filho, mas com o objetivo de assumir a paternidade. Fato é que, independentemente da motivação para que fosse levado a efeito o registro da paternidade, ninguém pode reivindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo nos casos em que provado erro ou falsidade em seu registro, nos termos do artigo 1.604 do Código Civil. O registro levado a efeito é irretroatável, mas admite prova em contrário nos casos em que feito por erro ou coação (VENOSA, 2017, p.294), isso porque o pai registral pode ser ou não o ascendente genético.

Para o registro de paternidade dos filhos maiores de idade é precisa consentimento, conforme preconiza o art. 1.614 do Código Civil. Os menores de idade podem ser reconhecidos sem seu consentimento, e a estes cabe impugnar tal registro no prazo de quatro anos depois de atingida a maioridade, tendo em vista que à época não tinham compreensão do ato e nem capacidade para contestar (FARIAS, 2016, p.626). Entretanto, sabe-se que o direito à busca pela verdade biológica é imprescritível, personalíssimo e indisponível, de acordo com o disposto nos artigos 1.606 do Código Civil e artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) e, inclusive, pode ser exercido em face do genitor ou de seus herdeiros. Dessa forma, passado prazo de quatro anos, ainda cabe ao filho ação de investigação de paternidade e, inclusive, o pleito da anulação do registro em casos de falsidade, conforme afirma Valdemar P. da Luz (2009, p. 196):

[...] a regra que impõe ao perflhado o prazo de quatro anos para impugnar o reconhecimento não se aplica ao direito do filho havido na constância do casamento nem ao filho havido fora do casamento que pleiteie a investigação de paternidade e anulação do registro com base na falsidade deste.

Em verdade, todas as pessoas afetadas possuem legitimidade para pleitear a anulação do registro, inclusive os pais, desde que: “[...] fundadas razões se apresentarem, como se foram ludibriados, ou induzidos em erro, ou obrigados por coação a registrar.” (TARTUCE, 2016,

p.410). Isso ocorre normalmente quando o pai registral busca excluir seu nome do assento de nascimento do filho alegando a existência de vício de consentimento. Nestes casos, o vício de consentimento consiste em erro, pois o homem supõe ser o pai biológico, muitas vezes em razão do relacionamento estável que mantém com a genitora, e procede ao registro da paternidade. Neste sentido, cita-se Venosa (2011, p. 259):

O reconhecimento de filiação produz efeitos imediatos, a partir de sua manifestação e do lançamento no registro civil. Vimos que é irretratável e incondicional. Poderá, no entanto, emanar de vícios da vontade ou defeitos formais no registro. Na maioria dos casos, alega-se erro ou coação. A modificação do registro somente se admite com ação anulatória.

Quanto a filiação socioafetiva, têm-se que o reconhecimento dos filhos socioafetivos também pode ser feito de forma extrajudicial, através de reconhecimento voluntário, nos termos dos provimentos 63 e 83 do Conselho Nacional de Justiça, perante o registro civil das pessoas naturais, mediante consentimento do registrado que deve ser pessoa maior de 12 anos. O artigo 10-A do provimento 83 determina que o registrador deve atestar a existência de vínculo afetivo entre as partes mediante apuração objetiva de elementos concretos, como documentos, fotos, registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar, declaração de testemunhas, entre outros. O reconhecimento pode ser feito independente de já haver um pai registral (biológico ou não), sendo que pela via administrativa, só é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do lado materno, nos termos do que determina o artigo 14, inciso V, §1ª e 2º do Provimento 83 do Conselho Nacional de Justiça.

Assim, a parentalidade socioafetiva pode já ser registral, declarada em registro público, decorrente de reconhecimento voluntário de paternidade, ou apenas advinda de uma relação construída com base na posse de estado de filho, que consiste na filiação afetiva que se configura através da convivência diária. Nos casos em que a paternidade socioafetiva não for declarada em registro público, poderá o filho ou pai ingressar com ação declaratória de filiação socioafetiva para ver reconhecido o vínculo, uma vez reconhecido este irá gerar todos os direitos e deveres inerentes ao instituto da filiação, inclusive os de caráter registral e patrimonial, em consequência do reconhecimento do vínculo. Pode-se dizer, então, que a filiação socioafetiva, uma vez reconhecida, não pode ser contestada, pois seja mediante processo judicial ou através de escritura pública, o vínculo afetivo

restou comprovado para que fosse deferido o registro da paternidade ou da maternidade, por isso seria impossível a sua desconstituição após o reconhecimento voluntário ou por sentença judicial.

4. A (IM)POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE REGISTRAL

A partir do momento em que se passou a considerar o afeto como instrumento jurídico capaz de trazer validade às relações familiares, houve verdadeiro conflito para determinar, a partir da análise de cada caso concreto, se deveria prevalecer a filiação registral, em razão da impossibilidade de desconstituir o registro de nascimento levado a efeito de forma voluntária, a filiação biológica, em razão do direito a busca pela verdade genética ou a filiação socioafetiva, em razão do vínculo de afeto e carinho construído pelas partes e, mais além, em quais casos deve ser aplicado o instituto da multiparentalidade. Estes conflitos são solucionados com base no princípio da dignidade da pessoa humana, aliado aos requisitos da paternidade responsável, bem como em atenção ao melhor interesse da criança ou adolescente (no caso dos filhos que não atingiram a maioridade civil).

Diante da possibilidade jurídica da multiparentalidade, com a possibilidade de incluir mais de um pai/mãe no mesmo registro de nascimento, muitos conflitos foram resolvidos optando o julgador por manter todos os vínculos de filiação. No entanto, há situações em que através da análise do caso concreto, a realidade fática demonstra a necessidade de desconstituição do registro ou a improcedência do pedido de inclusão do ascendente biológico. Portanto, passa-se a análise das hipóteses em que uma mesma pessoa já possui um pai registral e uma das partes pleiteia a anulação deste registro ou a inclusão do ascendente biológico.

4.1. CONFLITO ENTRE PATERNIDADE REGISTRAL E VÍNCULO SOCIOAFETIVO

Como visto, o registro de nascimento levado a efeito é irrevogável e é impossível a sua desconstituição por simples vontade do pai registral, a teor dos artigos 1.603 e 1.604 do Código Civil. Assim, nos casos em que o pai registral é quem pleiteia a desconstituição do registro a ação tende a ser julgada improcedente. O que se extrai da jurisprudência do Tribunal

de Justiça do Rio Grande do Sul acerca do reconhecimento voluntário de filiação, é que quando o registro é feito de forma consciente, ou seja, quem registra tem plena ciência de não ser o genitor e decide mesmo assim registrar o filho de outrem, de formar livre e espontânea, mesmo que de forma irregular (adoção à brasileira), fica impossibilitado de anular ou desconstituir a paternidade, porque a invalidação do registro depende de prova inequívoca de erro ou coação (BRASIL, 2003).

O que ocorre em muitos casos é que, motivado pela relação estável que mantém com a mãe da criança, o homem deseja registrar como seu filho da companheira, e quando a relação acaba ingressa com ação negatória ou anulatória de paternidade (MALUF; MALUF, 2016). Acerca do assunto, pode-se citar o julgamento do Recurso Especial n. 1.352.529, de relatoria do ministro Luís Felipe Salomão (BRASIL, 2012), caso em que o pai registral ingressou com ação negatória de paternidade alegando inexistência de vínculo biológico, pois a sua companheira já estava grávida antes do início da relação. O recurso especial em análise foi interposto com o propósito de desconstituir a paternidade registral, para excluir o nome do recorrente de todos os registros notariais do recorrido, com a consequente desoneração de obrigações alimentícias e das demais obrigações inerentes ao estado de filiação. Em seu voto o ministro afirma que o autor reconheceu a paternidade do recorrido de forma voluntária, sabendo que a criança não era seu filho biológico e dessa relação estabeleceu-se vínculo afetivo que cessou apenas com o término da relação com a genitora. Assim, o pedido foi indeferido sob a alegação de que ao registrar a criança, o autor estava ciente de que não era seu genitor e, ainda assim, assumiu a paternidade. Seu arrependimento posterior não pode anular a presunção de veracidade e a autenticidade do registro de nascimento não pode sucumbir diante da falta de provas claras a autorizar a desconstituição do reconhecimento voluntário da paternidade. Como segue:

[...] A chamada “adoção à brasileira”, muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico vulgar sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida a condição resolutiva consistente no término do relacionamento com a genitora.[...] o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência

familiar. [...], ficou claro que o autor reconheceu a paternidade do recorrido voluntariamente, mesmo sabendo que não era seu filho biológico, e desse reconhecimento estabeleceu-se vínculo afetivo que só cessou com o término da relação com a genitora da criança reconhecida. [...] pretende negá-lo agora, por razões patrimoniais declaradas. [...] não se pode “vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”, do que efetivamente não se cuida no caso em apreço. Se a declaração realizada pelo autor, por ocasião do registro, foi uma inverdade no que concerne à origem genética, certamente não o foi no que toca ao desígnio de estabelecer com o infante vínculos afetivos próprios do estado de filho, verdade social em si bastante à manutenção do registro de nascimento e ao afastamento da alegação de falsidade ou erro. [...] (BRASIL, 2012).

Dos julgados recentes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul se extrai o mesmo entendimento. As ações negatórias de paternidade ou que ensejam a anulação de registro que foi feito de forma consciente e espontânea, não podem prosperar (BRASIL, 2017) para que aquela pessoa não seja prejudicada pelo arrependimento de quem lhe registrou.

O único caso em que se admite a desconstituição do registro é quando existe erro ou coração, nos termos do que determina o artigo 1.604 do Código Civil. A título exemplificativo, cita-se aqueles casos em que o pai registral busca excluir seu nome do assento de nascimento do filho alegando a existência de vício de consentimento. O vício de consentimento aqui consiste em erro, pois o homem supõe ser o pai biológico, muitas vezes em razão do relacionamento estável que mantém com a genitora ou em razão de presunção de paternidade, e procede ao registro da paternidade. A ação negatória é o instrumento jurídico utilizado por aquele que teve vínculo parental gerado a partir da presunção de paternidade imposta em razão do matrimônio, conforme permite o disposto no artigo 1.601 do Código Civil (ROSA, 2021, p.453-455).

Nestes casos, a intenção é que a prova do vício seja suficiente para afastar o vínculo afetivo e anular o registro. “Ou seja, a prova do vício (geralmente, o erro) faria sucumbir a filiação socioafetiva, quando da apreciação da ação de impugnação da paternidade pelo Poder Judiciário.” (TEPEDINO, 2020). Para alguns doutrinadores como Gustavo Tepedino e Conrado Paulinho da Rosa, no entanto, a procedência destes pedidos considerando apenas o erro, o vício de consentimento, pode vir contra o melhor interesse da criança e do adolescente, pois “[...] o foco principal

é a pretensão do pai enganado que, ao saber do registro falso, recusa-se a dar continuidade ao exercício da paternidade.” (TEPEDINO, 2020). Assim, mesmo nos casos em que o pai registral realizou o registro por vício de consentimento, seria necessário analisar se entre as partes foi constituído vínculo afetivo e, caso positivo, mesmo eivado de vício, o registro não pode ser desconstituído.

Porém, “[...] há situações que tornam imperioso desconstituir o registro: quando ele não corresponde nem à verdade biológica nem existe vínculo afetivo que justifique sua manutenção.” (2016, p.410). De uma análise de dez recentes julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que tratam sobre “paternidade socioafetiva” e “ação negatória de paternidade” verifica-se que o Tribunal vem se manifestando neste mesmo sentido, para que seja desconstituída a paternidade registral é preciso que haja prova cabal de que existiu vício de consentimento e que inexistiu vínculo socioafetivo entre as partes. Sobre o assunto, cita-se o entendimento dos autores Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (2016):

[...] como a parentalidade socioafetiva é baseada na *affectio* e não no vínculo biológico, inexistente qualquer nexo de sua perpetuação no caso em que duas pessoas não têm afeto uma pela outra, assim a reciprocidade de interesses é fundamental.

Cita-se caso interessante para análise, julgado recentemente pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que determinou a desconstituição da paternidade em um caso no qual um homem após descobrir que não era o pai biológico rompeu os laços afetivos com as suas duas filhas registrais. A ministra Nancy Andrighi (BRASIL, 2021) admitiu que “a instabilidade das relações conjugais na sociedade atual não pode impactar os vínculos de filiação que se constroem ao longo do tempo, independentemente da sua natureza biológica ou socioafetiva”, mas que, neste caso concreto, manter a paternidade registral, enquanto o pai não tem interesse em manter o vínculo afetivo e exercer a função de pai, seria um ato meramente ficcional.

Portanto, entende-se que para que haja anulação do registro deve existir prova cabal de que houve vício de consentimento na hora do registro, pois o reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento e para tanto é necessária prova robusta no sentido de que o pai registral foi de fato,

por exemplo, induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto e, mesmo assim, em face da constituição dos vínculos afetivos, a paternidade pode ser mantida, pois após se configurar a paternidade socioafetiva não é possível sua desconstituição por vontade única e exclusiva do pai registral. Isso porque o filho registrado, que sempre conheceu aquele como pai e manteve uma harmoniosa relação paterno-filial, não pode se ver, repentinamente, sem amparo por parte deste. Logo, tanto nas ações de investigação de paternidade, quanto nas ações negatórias de paternidade e pedidos de anulação de registro civil de nascimento, o vínculo biológico não é o único que deve ser levado em conta para análise do pedido. A partir de cada caso concreto deve ser igualmente analisada a relação socioafetiva existente entre as partes e quando comprovado que entre pai registral e filho registrado existe vínculo inegável de afeto, constituído com base na posse de estado de filho, fica impossível a desconstituição e anulação do registro.

4.2. CONFLITO ENTRE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA

Sabe-se que a paternidade socioafetiva não impede o reconhecimento simultâneo do vínculo de filiação baseado na origem biológica, nos termos do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Portanto, nos casos em que existe uma relação parteno-filiação constituída com base no afeto e reconhecida de forma voluntário ou jurídica, esta relação está plenamente protegida pelo Judiciário, pois o reconhecimento levado a efeito é irrevogável e a impossibilidade de sua desconstituição é medida que se impõe, uma vez que não se pode passar por cima disto em prol do reconhecimento da paternidade biológica. Se uma mesma pessoa mantém relação paterno-filial afetiva com o genitor e com o pai socioafetivo/registral, convivendo com os dois simultaneamente e estes dois se apresentam como pais, esta pessoa possui efetivamente dois pais (FARIAS, 2016, p.621), motivo pelo qual deve prevalecer o instituto da multiparentalidade.

Há casos, no entanto, em que o filho que já possui vínculo de parentesco socioafetivo consolidado, com quem já formou vínculo afetivo de filiação, e inclusive foi levado a registro, exercendo seu direito à busca pela verdade genética pretende ver reconhecido também o vínculo de parentesco biológico para que este gere efeitos patrimoniais. Faz-se necessário distinguir o instituto da multiparentalidade desses casos em que se almeja o simples reconhecimento de origem genética, pois a multipa-

rentalidade implica no reconhecimento de mais de um vínculo de filiação para que sejam reconhecidas e produzam efeitos jurídicos as situações vivenciadas por aquela pessoa ao longo da vida (TEPEDINO, 2020). Se não há intenção por parte do requerente ou por parte do requerido de exercer relação de parentesco na prática, não deve ser reconhecido pedido de reconhecimento da filiação, mas: “apenas o reconhecimento da origem genética, que não gera, por si só, efeitos de parentesco.” (TEPEDINO, 2020).

O Superior Tribunal de Justiça possui posicionamento no sentido de julgar improcedente o pedido, pois não basta a realidade biológica para que uma pessoa passe a ter uma relação de filiação (BRASIL, 2017). A prevalência será do vínculo afetivo, pois: “são pais aqueles que amam, não aqueles que doam o esperma e o óvulo. É pai aquele que se dedica à formação da personalidade e do caráter do filho” (BRASIL, 2017). Doutrinadores como Conrado Paulino da Rosa (2016) e Rolf Madaleno (2021) defendem esse posicionamento, concordando que deve haver a prevalência do vínculo afetivo.

Para Conrado Paulino da Rosa (2016, p.420), a boa-fé deve nortear as relações familiares e servir como base para evitar que demandas de cunho meramente patrimonial sejam admitidas, pois: “não podemos ter um parentesco de afeto e outro do dinheiro”. No mesmo sentido se posiciona Rolf Madaleno (2021): “Não é suficiente a mera verdade biológica, pois ela deve coexistir com a prevalente verdade afetiva, que a completa com a veracidade registral da filiação.”

Será garantido ao demandante, portanto, o conhecimento da sua origem genética, pois este direito é personalíssimo e indisponível e não necessariamente implica na alteração do registro de nascimento de quem o postula. Assim, é garantido o direito à verdade biológica para que o interessado tenha conhecimento de sua origem, porém sem que se produzam efeitos jurídicos da filiação em razão da existência de uma filiação socioafetiva plenamente caracterizada (MADALENO, 2021). Portanto, quando se está diante de uma ação proposta pelo filho, em respeito a gama de direitos ligados a personalidade, diante de seus elevados interesses e sem que pretenda adquirir direitos apenas patrimoniais, mas para que seja reconhecida situação fática, vivenciada por ele, deve ser aplicado ao caso o instituto da multiparentalidade. Agora, quando o que se busca é o reconhecimento pelo pai biológico apenas para fins patrimoniais ou para que seja conhecida a verdade genética, essa relação não deve gerar efeitos jurídicos inerentes as relações de parentesco.

5. CONCLUSÃO

A partir de uma de uma análise dos conflitos entre vínculos parentais que mais alcançam o judiciário, demonstrou-se que para decidir se é caso ou não de desconstituição da paternidade registral é necessário que seja analisada a relação socioafetiva existente entre as partes, pois a figura do pai vem sendo determinada pela convivência, pela relação de afeto e cuidado que existe entre as partes e não pela genética, pelo registro de nascimento ou por presunção legal. O registro de nascimento levado a efeito de forma voluntária e espontânea é irretroatável e impossível de se desconstituir, para que o filho registrado não fique desamparado por conta de arrependimento posterior do pai registral. E, em que pese seja admitida a exclusão do nome do pai do assento de nascimento do filho quando há prova cabal de que o homem procedeu ao registro em vício de consentimento, acreditando ser o pai biológico, mesmo nestes casos, o julgador deve analisar se entre as partes já não se firmou vínculo inegável e irrevogável de afetividade, porque o pai registral, mesmo comprovando não ser o ascendente genético, pode já ter se tornado pai socioafetivo e nesse caso fica impossibilitado de desconstituir tal registro, mantendo hígida suas obrigações parentais. Agora, se o registro foi realizado em erro e resta comprovado que inexistente relação socioafetiva ou que o vínculo afetivo foi rompido imediatamente após a descoberta, impositivo é a anulação do registro ou a procedência de possível ação anulatória/negatória para que não seja mantido no assento de nascimento daquela pessoa uma paternidade que não irá gerar efeitos em sua vida.

Analisou-se, ainda, os casos em que a demanda é proposta por indivíduo que já possui um pai socioafetivo registral e busca o reconhecimento do pai biológico apenas para fins patrimoniais ou para exercer seu direito a busca pela verdade genética. Nestes casos, a multiparentalidade não é uma opção e devem prevalecer os laços afetivos, pois pai é aquele que cria, educa, dá amor e carinho, como foi amplamente exposto. A multiparentalidade é ferramenta utilizada para que sejam mantidos todos os vínculos afetivos construídos entre pais e filhos durante a vida e não para que seja incluído no assento de nascimento daquele indivíduo um pai que não pretende exercer as funções inerentes a paternidade. Ou seja, deve-se reconhecer a paternidade biológica em concomitância a paternidade socioafetiva, apenas nos casos em que quem demanda convive e possui relação afetiva com ambos os pais.

Por fim, cabe ressaltar que o que se viu foram hipóteses de maior incidência o que não significa dizer que devem ser levadas em conta para todos os casos. Cada caso deve ser analisado de acordo com suas peculiaridades,

por isso tão difícil se chegar a um posicionamento unânime entre doutrinadores, ou mesmo entre a jurisprudência. Este artigo não visa esgotar as teses acerca do assunto, o objetivo principal é o debate, para que se possa formar uma opinião acerca da impossibilidade de desconstituição da paternidade registral quando configura vínculo socioafetivo, auferido pela posse de estado de filho, inclusive frente à existência da paternidade biológica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916. Código Civil de 1916**. Planalto, Brasília, DF, DOU de 05 de jan. de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto, Brasília, 5 de out. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Lei. 8.069, 13 de jul. de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Planalto, Brasília, DF, DOU de 16 de jul. de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70006263859**, Oitava Câmara. Relator: Rui Portanova, julgado em 26 de jun. 2003.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 7000595665**, Oitava Câmara, Relator: Alfredo Guilherme Englert, Julgado em 27 de fev.2003.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 5004451802188210037**, Oitava Câmara Cível, Relator: Rosana Broglio Garbin, Julgado em: 27 mai. 2021.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70083919118**, Sétima Câmara Cíve. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chave, Julgado em: 26 ago. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70084008143**, Sétima Câmara Cível, Relator: Afif Jorge Simões Neto, Julgado em: 25 jun. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70083222851**, Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 25 jun. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70083609362**, Sétima Câmara Cível. Relator: Afif Jorge Simões Neto, Julgado em: 28 mai. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70084007640**, Sétima Câmara Cível. Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em: 28 mai. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70082964644**, Sétima Câmara Cível. Relator: Afif Jorge Simões Neto, Julgado em: 28 de mai. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70082422577**, Oitava Câmara Cível. Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 23 abr. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70081552887**, Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova, Julgado em: 23 abr. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70083043976**, Oitava Câmara Cível. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 07 nov. 2019

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 898.060/SC**, Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em: 21 de set. 2019, publicado no seu Informativo n. 840.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.352.529 / SP 2012/0211809-9**; Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em: 19 de out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.622.330 / RS 2013/0004282-2**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 07 de ago. de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.622.330 / RS 2013/0004282-2**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 07 de ago. de 2017

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento 63**, publicado em: 14 de nov. de 2017. Disponível: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>; Acesso em: 05 de set. de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento 83**, Dje/CNJ n. 165 de 14 de ago. de 2019. Disponível: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>. Acesso em: 10 ago. 2021.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de Família**. 4 ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALDERÓN, Ricardo. **Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetividade e multiparentalidade**. Artigo CONJUR, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade>. Acesso em: 10 ago. 2021.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. A Socioafetividade nas Relações de Parentalidade: estado da arte nos tribunais superiores. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v.15, 2013.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 8. ed. rev. atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Vínculo Parental Parabiológico e Irmandade Socioafetiva (parecer). In: FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luiz Edson Fachin. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.6.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de direito de família**. 1ª ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2009.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>. Acesso em: 01 set. 2021.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. e-Book.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Parecer - As Relações De Parentesco Na Contemporaneidade - Prevalência A Priori Entre A Parentalidade Socioafetiva Ou Biológica - Descabimento - Definição Em Cada Caso Concreto Do Melhor Interesse Dos Filhos - Multiparentalidade - Reconhecimento em Casos Excepcionais. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, 2014. Base de Dados RT Online.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. **A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 4ª ed. v.05. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de direito de família contemporâneo**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.84.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Longo período de vínculo socioafetivo não impede desconstituição da paternidade fundada em erro induzido**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14122020-Longo-periodo-de-vinculo-socioafetivo-nao-impede-desconstituicao-da-paternidade-fundada-em-erro-induzido.aspx>>. Acesso em: 05 de set. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 12ª ed. v. 5. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família**. 6. Vl. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989965/>. Acesso em: 03 set. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11. ed. V.06. São Paulo: Atlas S.A, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Família**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 294. e-Book.

O CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM CASOS DE ABANDONO AFETIVO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA DO ASSUNTO

HENRIQUE SCHERER DE VERNEY¹

LUIZA TOSTA CARDOSO²

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal (CF/88), no art. 227, estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à alimentação, à educação, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar. Este núcleo de deveres determinados na Constituição Federal visa assegurar o desenvolvimento e formação da personalidade da criança e do adolescente.

O não cumprimento dos deveres parentais pode acarretar danos ao desenvolvimento sadio da criança e do adolescente. O Código Civil (CC/02), nos art. 186 e 927, aponta que diante da ocorrência de um dano, este deve ser reparado. Deste modo, este trabalho objetiva

-
- 1 Graduando em Direito pela FMP - Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais” vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da FMP - Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: henrique.s.verney@gmail.com;
 - 2 Mestre em Direito Processual pela UFES - Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Civil e Empresarial pela FDV - Faculdade de Direito de Vitória. Integrante do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais” vinculado ao Programa de Mestrado em Direito da FMP - Fundação Escola Superior do Ministério Público. Servidora Pública. E-mail: l.tostacardoso@gmail.com.

analisar a configuração do dano moral nos casos de abandono afetivo e a consequente indenização.

Este artigo visa abordar os pressupostos da responsabilidade civil para configuração do dano moral em razão do abandono afetivo dos filhos. Para o desenvolvimento deste trabalho, a pesquisa utiliza o método dedutivo de abordagem com análise bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema. A pesquisa é desenvolvida sobre três eixos, o estudo sobre o afeto nas relações familiares, a responsabilidade civil em face do abandono afetivo e a análise jurisprudencial do tema.

A análise jurisprudencial parte da análise qualitativa dos julgados do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Pretende-se verificar os acórdãos que abordam o tema, em sede recursal, que tenham tratado, nos fundamentos da decisão, acerca do dano moral nos casos de abandono afetivo. Para a pesquisa foram utilizados os termos “dano moral” e “abandono afetivo”. E por fim, após estudo sobre a afetividade, a responsabilidade civil nos casos de dano afetivo e da análise cronológica dos julgados do STJ, foram apresentadas as breves conclusões deste trabalho.

2. O AFETO COMO BASE DAS RELAÇÕES FAMILIARES

O afeto consiste no vínculo “apto a unir pessoas, de modo que haja identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando, conseqüentemente, comprometimento mútuo entre os integrantes da entidade familiar” (OLIVEIRA; SANTOS, 2017, p. 200). Luiz Felipe Brasil Santos afirma que atualmente “a família e o casamento passam a existir e se justificar como forma de propiciar o desenvolvimento da pessoa, em sua plenitude existencial” (SANTOS, 2010, p. 123).

A afetividade é a base da existência da família (VARGAS, 2019, p. 140). Insta ressaltar que no Direito, afeto não se caracteriza pelo sentimento de amor, o qual é aspecto individual. O afeto se traduz no dever de cuidado, que se materializa pela “assistência psicológica, de fraternidade e solidariedade” (OLIVEIRA; SANTOS, 2017, p. 200), que objetiva a proteção dos direitos de personalidade visando a promoção da dignidade da pessoa humana (LAURENTIZ, 2014, p. 82).

A Constituição Federal, em seus artigos 227, 229 e 230, dá ênfase especial às crianças e aos adolescentes, elencando os deveres da sociedade, do Estado e dos pais com este grupo (ROSA, 2020, p. 482-483). Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, criado especialmente

para tutelar este público, também reforça a necessidade da proteção, principalmente em seus artigos 3º, 4º e 5º (ROSA, 2020, p. 483).

Estes dispositivos, expressamente, trazem como dever da família assegurar “a efetivação dos direitos referentes à vida”, “à dignidade”, “ao respeito”, “à convivência familiar” e, proíbem a “negligência”, ou qualquer conduta que acabe por ferir os direitos fundamentais deste jovem, seja por ação ou omissão, entretanto, não preveem nenhuma consequência para a falta de prestação afetiva. Para assegurar qualquer das hipóteses acima, é necessário o cuidado, que anda concomitantemente ao afeto (ROSA, 2020, p. 483).

Segundo Paulo Lôbo, abandono afetivo é o “inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade”. E conclui, “quando há inadimplemento de deveres parentais estabelecidos em lei, como os referidos nos arts. 227 e 229 da Constituição, uma das consequências é a reparação civil” (LOBO, 2018, p.224).

A paternidade responsável, conforme estabelecido no art. 226, CF/88 abrange a assistência material e moral. E, assim, nos termos do art. 227 e 229 da Constituição Federal, cabe aos genitores assegurar à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, bem como assistir, criar e educar os filhos (LOBO, 2018, p.224).

Para Anderson Nogueira Oliveira e Gilvanice Lemos, o abandono afetivo configura-se pelo descumprimento dos deveres parentais, decorrente da omissão dos pais referente ao convívio familiar com seus filhos, o que pode gerar danos emocionais irreparáveis (OLIVEIRA; SANTOS, 2017, p.202).

Um dos aspectos da afetividade no seio familiar é o dever de convivência entre os integrantes da família. O art. 227 e 229 da Constituição Federal e o art. 1634 do Código Civil, bem como os artigos 3º, 4º, 19, 22 e 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) apontam para a proteção ao desenvolvimento da criança e do adolescente, determinando o dever de convivência entre pais e filhos.

Fernanda Carvalho Leão Barrento expõe que “a convivência familiar exhibe incontestemente importância no processo de formação e estruturação da criança” (BARRENTO, 2018, p. 648). E, ainda acerca da convivência familiar, a referida autora complementa

os afetos humanos se concretizam e consubstanciam o laço amoroso que mantém a família voluntariamente unida, em função de um projeto comum: o projeto de uma felicidade mais plena, mais completa, da felicidade que nasce da rede de solidariedade e apoio que esse convívio conforma. (BARRENTO, 2018, p. 648)

Deste modo, a convivência familiar é um direito fundamental da criança e do adolescente previsto no art. 227, CF/88, e nos demais diplomas legais acima apontados. José Luiz de Moura Faleiros Júnior e Carlos Eduardo Lamas (2019, p. 173) apontam que

Evidente está que a convivência passou a ter status de direito fundamental, considerando que a criança e o adolescente são pessoas em desenvolvimento, e que imprescindem de valores éticos, morais e cívicos para completarem a sua jornada em busca da vida adulta, e, somente com o convívio familiar, estas crianças e adolescentes estarão amparados emocionalmente para construir sua personalidade, perfazendo, de forma gradual, sua autonomia.

O direito fundamental à convivência familiar tem como finalidade a preservação do desenvolvimento sadio da criança e do adolescente, que são indivíduos em fase de formação da personalidade e apresentam-se em condição de vulnerabilidade e, portanto, demandam tratamento jurídico especial (FACHINETTO, 2009, p. 62).

Nos termos do art. 1634, CC/02, compete aos pais terem seus filhos em suas companhias (SILVA, 2009, p. 303). Deste modo, ainda que na hipótese de pais divorciados, cabe a ambos os genitores a participação efetiva no cuidado e formação de seus filhos (MORSELLO, 2019, p. 441), visto que é “um dever que a lei impõe àquele genitor que se vê privado da presença contínua do filho” (LEITE, 1997, p.223). O descumprimento deste dever configura o abandono afetivo desta criança/adolescente e acarreta dano à sua formação psíquica e emocional (LAURENTIZ, 2014, p. 83).

Maria Berenice Dias alerta que “a falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o seu desenvolvimento saudável” (DIAS, 2016, p. 164-165). E, a autora conclui que a omissão de um dos genitores ou de ambos em atender o dever de companhia com seu filho gera danos que devem ser reparados (DIAS, 2016, p. 164-165). Assim, o abandono afetivo dos filhos se caracteriza pelo descumprimento do dever parental de cuidados indispensáveis ao desenvolvimento da criança e/ou do adolescente, o que independe do sentimento subjetivo de amor (LAURENTIZ, 2014, p. 84).

3. RESPONSABILIDADE CIVIL - CONCEITUAÇÃO E CONSIDERAÇÕES SOBRE CABIMENTO NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO

Responsabilidade civil é “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário” (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 14), que tem como objeto o dever de indenizar (MIRAGEM, 2015, p. 115-116). Outrossim, Nelson Rosenvald apresenta definição de responsabilidade civil que destaca que: “É responsável todo aquele que está submetido a esta obrigação de reparar ou de sofrer pena” (ROSENVALD, 2019, p. 34).

A fim de melhor esclarecer o surgimento da obrigação de indenizar, leciona Flávio Tartuce (2021, p. 787) que este decorrerá da verificação da ocorrência de um ato ilícito, ou seja, em face do descumprimento de uma regra contratual ou de norma que regule a vida, assim, ante tal situação, a norma jurídica cria o dever de indenizar, isto é, de reparar o dano causado (TARTUCE, 2021, p. 790).

Pontes de Miranda aponta que “reparar e restituir compreendem a recomposição natural e a recomposição pelo equivalente. Indenizar, em sentido estrito, é somente prestar o equivalente” (PONTES DE MIRANDA, 2003, p. 213). Diante de um evento danoso, a responsabilidade civil visa reestabelecer a harmonia social (MEDINA; ARAUJO, 2018, p. 671). Assim, nos termos do art. 927 do Código Civil, “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Ademais, entende Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 661) que para caracterização da responsabilidade civil subjetiva é necessária a verificação de uma conduta antijurídica, seja ela motivada por comissão ou omissão. Concomitante a isso, sustenta o referido autor que deve ser percebida a existência de um dano e, por último, ser estabelecido um nexo de causalidade, ou seja, comprovar que o ato ilícito praticado efetivamente atentou contra o bem jurídico tutelado.

Nos termos do art. 186 do Código Civil comete ato ilícito “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, [...]”. O ato ilícito é a ação ou omissão que descumpra uma obrigação legal ou contratual (SOUZA, 1994, p. 216). É, portanto, um ato humano em desconformidade com o direito (RUGGIERO, 1999, p. 313), que viola o dever jurídico (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 14).

Por sua vez, o dano “é a lesão a qualquer interesse jurídico digno de tutela” (GUEDES, 2011, p. 51), podendo ser patrimonial ou extrapatrimo-

monial. O dano patrimonial é aquele que atinge um bem passível de apreciação econômica, enquanto o extrapatrimonial não se traduz em quantia monetária. Neste contexto, o dano moral atinge os direitos da personalidade, de modo que sua indenização tem como finalidade a compensação do dano moral sofrido pela vítima (LIMA, 2002, p. 89). Nos termos do art. 944 do Código Civil, a reparação do dano deve compreender toda sua extensão, seja patrimonial ou extrapatrimonial (MONTEIRO, 2003, p. 482).

Nesta senda, levanta-se o questionamento sobre a possibilidade da responsabilização por danos causados ao psicológico, ou seja, se seria cabível a indenização pecuniária por omissão de afeto. Ocorre que algumas correntes entendem não ser possível indenizar o dano proveniente da ausência de afeto sob a alegação de que “não é possível quantificar o amor”, que “não se pode obrigar ninguém a amar”, ou que “afeto não pode ser reconhecido como valor jurídico” (SILVA, 2016, p. 382).

Como se verá na pesquisa jurisprudencial, a 4 Turma do STJ, no ano de 2005 e 2009 entendeu nos julgados REsp 757411/MG e REsp 514350/SP pela impossibilidade de fixação de reparação pelo dano afetivo, visto que, no dizer dos Ministros não seria viável obrigar alguém a amar. No entanto, tais posicionamentos “tentam inculcar a ideia de que a família é imune ao instituto da responsabilidade civil, ou mais grave: que pais podem ser negligentes e omissos com seus filhos, que mesmo assim contarão com a impunidade a qualquer sanção (SILVA, 2016, p. 382).

Maria Berenice Dias (2016, p. 164-165) aponta que “não se trata de atribuir um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor”. Anderson Nogueira Oliveira e Gilvanice Lemos Santos (2017, p. 201) afirmam que

com a constitucionalização do Direito de Família e a valorização do vínculo de afetividade e solidariedade nas relações intersubjetivas, a inobservância ao dever de afeto (lato sensu) passou a se caracterizar como ato ilícito, passível de gerar responsabilidade civil pelos danos causados, devendo ser objeto de tutela por parte do Estado.

Assim, restará configurado o abandono afetivo em razão da ausência de convívio familiar entre pais e filhos, o que gera danos ao desenvolvimento psíquico e emocional dos filhos (OLIVEIRA; SANTOS, 2017, p. 202).

Imagine a situação em que um filho recebe de seus genitores apenas abandono, rejeição, frieza ou, até mesmo, uma infância inteira baseada em completa desídia. E, casos em que o filho é rejeitado, tratado

com indiferença e descaso pelo genitor, ou ainda com discriminação com relação aos demais irmãos. Tais situações estão cada vez mais sendo levados aos tribunais, visto o transtorno e patologias que podem decorrer dessas situações (SILVA, 2016, p. 382). Deste modo, tem-se que a responsabilização civil poderia ser aplicada, quando configurada a omissão no período infante-adolescente da prole, tendo em vista esta ser fase importante no desenvolvimento das capacidades intelectuais e motoras no futuro (ROSA, 2020, p. 486).

A fim de responsabilizar por abandono afetivo, deve-se verificar o ato/omissão, nexos causal e dano. A omissão se configura pelo descumprimento dos deveres de cuidado dos pais para com o filho, o que se encaixa no conceito de ato ilícito, de modo que “a conduta ilícita dos pais é, em regra, omissiva, eis que representada pelo descumprimento dos deveres do poder familiar que lhes são impostos por lei” (LAURENTIZ, 2014, p. 84). Por sua vez, o dano moral configura-se pela violação aos direitos da personalidade. Segundo Juliana Orsi de Laurentiz

o dano moral é percebido pela simples violação a um ou mais direitos da personalidade, de modo que, desnecessária a comprovação atual do abalo psicológico reflexo no âmbito do lesado – o que nem sempre é possível verificar. Diante disso, o dano moral surge *in re ipsa*. Assim, a lesão aos direitos de personalidade faz incidir diretamente a pretensão aos danos morais, sem qualquer necessidade de, para análise da imputação desse dano, se demonstrar a existência atual e latente da dor, sofrimento ou quaisquer prejuízos de características subjetivas e particulares a cada indivíduo. A responsabilidade, nestes casos, opera-se pela simples violação (*damnu in re ipsa*). (LAURENTIZ, 2014, p. 84)

Nos casos de dano moral, não se exige “prova palpável” do dano à sua honra, pois isso traria ônus excessivo para a vítima. No entanto, tal situação não exonera a vítima de provar a ocorrência da ofensa, “sendo a lesão verificada objetivamente, por meio de análise psicológica sobre a conduta praticada pelo ofensor e suas consequências no plano existencial da vítima” (LAURENTIZ, 2014, p. 85). E, ainda, na hipótese de abandono familiar, deve-se demonstrar a relação de causalidade entre a violação aos direitos de personalidade causado pelo descumprimento dos deveres de cuidados dos genitores” (LAURENTIZ, 2014, p. 86).

Assim sendo, passível de se admitir a indenização nos casos envolvendo o abandono afetivo, vez que abarcado pela Constituição Federal

e pelos diplomas legais infraconstitucionais (ROSA, 2020, p. 487). Entretanto, ressalta-se que a caracterização teórica do abandono como ato ilícito parece de simples aplicação, porém, conforme se observará pela análise dos julgados, o principal problema restará na comprovação do nexa causal (ROSA, 2020, p. 489).

Segundo José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo (2018, p. 1136), “a responsabilidade por indenizar, nesse caso, é excepcional e exige demonstração clara do nexa causal”. Em que pese a dificuldade da comprovação do nexa causal entre estes danos sofridos na infância ou adolescência e os transtornos vividos na posteridade, é inegável que, com as devidas provas - que não seriam de simples obtenção - plenamente cabível a responsabilização destes ditos “pais” (ROSA, 2020, p. 490).

Assim, restará preenchido os pressupostos da responsabilidade civil quando a omissão dos genitores decorrente do descumprimento dos deveres acarretar evidente ligação com o dano à personalidade da criança ou do adolescente (LAURENTIZ, 2014, p. 86). O reconhecimento da responsabilidade civil, e da conseqüente reparação pelo abandono afetivo atende a duas finalidades. Primeiramente, cumpre a finalidade de reparar os danos patrimoniais relativos às despesas da assistência material, como por exemplo com educação. E por outro lado atende a compensação pelos danos extrapatrimoniais referentes à assistência moral e afetiva (LOBO, 2018, p. 244).

4. PESQUISA JURISPRUDENCIAL

A pesquisa jurisprudencial foi realizada no site de busca do Superior Tribunal de Justiça - STJ, com os termos ‘dano moral’ e ‘abandono afetivo’.³ Diante desta busca, o site apresentou 09 (nove) acórdãos sobre o tema.

Dos 09 (nove) julgados, 02 (dois) não apreciaram o pedido com base na súmula 07 do STJ, 01 (um) julgado decretou a prescrição do pedido indenizatório, 04 (três) entenderam pela não concessão do pleito indenizatório, e 02 (dois) julgados reconheceram a responsabilidade civil do genitor. Em análise dos julgados, apresenta-se abaixo as conclusões extraídas de cada acórdão, em ordem cronológica de julgamento.

O julgado REsp 757411/MG (BRASIL, 2006), da 4ª Turma do STJ, em março de 2006, entendeu pela impossibilidade de indenização

3 Pesquisa jurisprudencial realizada entre os dias 30/08/2021 e 09/09/2021.

pelo dano sofrido em decorrência do abandono afetivo. Neste julgado, o Ministro Fernando Gonçalves afirmou que não pode o Judiciário obrigar ninguém a amar outrem. E, o voto do Ministro Cesar Asfor Rocha, no mesmo sentido, ressaltou que

por mais sofrida que tenha sido a dor suportada pelo filho, por mais reprovável que possa ser o abandono praticado pelo pai – o que, diga-se de passagem, o caso não configura – a repercussão que o pai possa vir a sofrer, na área do Direito Civil, no campo material, há de ser unicamente referente a alimentos; e, no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder, no máximo isso. Com a devida vênia, não posso, até repúdio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor.

O REsp 514350/SP (BRASIL, 2009) entendeu de igual forma que o julgado REsp 757411/MG, pela impossibilidade de indenização do abandono afetivo.

No ano de 2012, a 3ª Turma do STJ apresentou entendimento diverso dos julgados anteriores da 4ª Turma. O REsp 1159242/SP (BRASIL, 2012) julgou pela concessão de indenização ao dano moral ocasionado pelo abandono afetivo. O primeiro ponto trazido no voto da Ministra Relatora, foi no sentido de que inexistente no ordenamento jurídico brasileiro restrição de aplicação dos institutos da responsabilidade civil às relações familiares, sendo admissível a indenização por danos causados na esfera do direito de família. Ainda, durante o voto, a Ministra Nancy Andrighi ressalta que o cuidado “não é apenas um fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto”.

Com relação ao abandono afetivo e a (im) possibilidade de obrigar alguém a amar, o voto da relatora aponta que para análise do abandono afetivo “não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”. E, afirma “amar é faculdade, cuidar é dever”.

Na constatação dos pressupostos da responsabilidade civil, ação ou omissão,nexo causal e dano. A ação ou omissão que configura a ilicitude do abandono afetivo configura-se em “um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social”, cabendo a ponderação pelo julgador das situações fáticas em cada caso.

A verificação do dano e do nexo causal devem se basear em “laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determi-

nada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuidado por parte de um dos pais”.

Em divergência ao voto da Ministra Nancy Andrighi, o Ministro Massami Uyeda, se posicionou da seguinte forma:

se abriremos essa porta como Tribunal de unificação jurisprudencial de interpretação da lei federal – e, aqui, no caso, é o Código Civil –, e V. Exa. também cita a Constituição, na qual um dos pilares do fundamento do Estado é a preservação da dignidade da pessoa humana, também não podemos esquecer que a interpretação dos princípios constitucionais requer razoabilidade, proporcionalidade. E, se for assim, não haverá mais tranquilidade. Vamos causar aquilo que o Sr. Ministro Sidnei Beneti sempre fala: estabelecer uma cizânia dentro da família, porque essa pessoa, certamente, se o pai é abastado, irá concorrer na herança no dia em que ele faltar, ou esse pai negligente, vamos dizer.

E o referido julgador finaliza seu voto pela indenização do dano pelo abandono afetivo, e conclui: “então, abrir essa porta aqui, reconhecer isso como um direito não podemos, com todo o respeito. Existe uma lesão à estima. Todos nós... A nossa vida é feita de perdas e ganhos, talvez até mais de perdas do que de ganhos”.

Por fim, os Ministros Sidnei Beneti e Paulo de Tarso Sanseverino que manifestaram pela concessão da indenização pelo dano referente ao abandono afetivo, apenas com a redução do valor da indenização fixada pelo Tribunal de origem, por entender excessivo dentro do contexto familiar do caso. Então, por fim, este julgador, apesar de não unânime, confirmou o dano moral pelo abandono afetivo e configuração da responsabilidade civil dos genitores.

Já o REsp 1557978/DF (BRASIL, 2015) entendeu pela não concessão da indenização, sob o argumento que é de caráter excepcional a configuração do dano moral nas relações familiares. E para tanto, o julgador ressalta que deve ficar claro a existência de ação ou omissão de descumprimento do dever de convivência, o dano, e o nexos causal. Com relação ao nexos de causalidade, O Ministro Moura Ribeiro, em seu voto, pondera que

considerando a ausência de legislação específica tratando da matéria e a complexidade das relações familiares, principalmente no que tange a configuração do descumprimento do dever de cuidado, já consignei que os elementos autorizadores da responsabilidade civil devem estar presentes de forma muito clara e evidenciada.

Nessa toada, para que o magistrado possa verificar com acuidade a existência de tais elementos, a ferramenta mais adequada é a realização de um estudo psicossocial que aponte a existência de um dano psicológico e o vincule a ausência de cuidado por parte de um dos pais, daí não haverá dúvidas do dever de indenizar.

O AgRg no AREsp 811059/RS (BRASIL, 2016) não enfrentou a temática sob fundamento de impossibilidade de reexame de fatos e provas, nos termos da súmula 7 do STJ. No REsp 1579021/RS (BRASIL, 2017), o voto da Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti aponta que a análise de abandono afetivo não se trata de

questão moral ou religiosa e nem os complexos aspectos psicológicos da relação entre pais e filhos, no seio das múltiplas formas de família hoje equiparadas pelo Direito. Trata-se de definir se o ordenamento jurídico estabelece o dever de “cuidar afetuosamente”, cujo descumprimento dê causa à postulada indenização por abandono afetivo.

Por fim, a referida Ministra, em seu voto, pondera que amor e afeto não são deveres jurídicos, e conclui pela não indenização do abandono afetivo. Neste julgado apesar do reconhecimento da prescrição de 03 anos após a maioridade (Código Civil, art. 206, §3º, V), apontou o entendimento da 4a. Turma STJ (REsp 757411/MG) de que

O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável.

O AgInt no AREsp 492243/SP (BRASIL, 2018) aponta “não ser possível falar em abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade”. O julgado AgInt no AREsp 1286242/MG (BRASIL, 2019) apontou a impossibilidade de reexame de fatos e provas, com base na súmula 07 do STJ. Apesar disso, o julgado reafirma, nos fundamentos, o entendimento do STJ fixado no julgado REsp 1579021/RS.

Por fim, o REsp 1698728/MS (BRASIL, 2021) trata de caso acerca da desistência da adoção com a destituição do poder familiar e a devolução da criança para o abrigo. Inicialmente, o voto vencido do relator,

afirmou que em matéria fática, em virtude da súmula 7 do STJ, o Tribunal de origem seria soberano na análise das provas e que o referido tribunal entendeu pela não comprovação de danos físicos ou psicológicos. E deste modo, o voto vencido entendeu que “impossível juridicamente desconstituir as premissas fáticas adotadas pelo TJ/MS de que não foi comprovado o ato ilícito (abandono afetivo)”.

Por sua vez, o voto vencedor da Ministra Nancy Andrighi, quanto ao abandono afetivo, afirma que “o filho decorrente da adoção não é uma espécie de produto que se escolhe na prateleira e que pode ser devolvido se se constatar a existência de vícios ocultos”. Quanto a análise do dano moral, observa-se que o julgado pontuou que

é absolutamente crível e presumível concluir pela existência de grave abalo e de trauma psíquico em uma criança de 09 anos que, após anos de acolhimento institucional, é recebida em um lar em que espera permanecer e que, a partir de problemas que são cotidianamente enfrentados por todas as famílias do universo – talvez exponencialmente maiores em razão de sua vida pregressa, vê os seus pais agindo para devolvê-la ao albergamento aos 14 anos.

No entanto, neste julgado a Ministra analisa todo contexto familiar que envolvia a criança, e aponta que os pais adotantes eram idosos e, ainda, reconhece erros estatais quanto ao processo de adoção, e com isso estabelece uma indenização de R\$5.000,00 (cinco mil reais). Diante desse cenário, a decisão fixou:

O valor de R\$ 5.000,00, conquanto módico, considera todo o contexto anteriormente mencionado, a fim de equilibrar a tensão existente entre o direito à indenização a que faz jus a recorrente e o grau de culpa dos recorridos, bem como de modo a não comprometer a eficácia da política pública de adoção.

Da análise de todos os julgados apresentados acima, que apreciaram o mérito, percebe-se que 02 (dois) entenderam pela não concessão do pleito indenizatório com base na impossibilidade da configuração da responsabilidade civil em decorrência do abandono afetivo, sob argumento de que o Judiciário não pode obrigar os genitores a amarem seus filhos.⁴

4 Aponta-se que ambos os julgados são da 4ª Turma do STJ, REsp 757411/MG (BRASIL, 2006) e REsp 514350/SP (BRASIL, 2009), tendo sido julgados nos anos de 2006 e 2009, respectivamente.

No entanto, desde 2012 a 3ª Turma do STJ vem adotando posicionamento diverso, pela responsabilidade civil dos genitores em decorrência do dano moral face ao abandono afetivo, sob o argumento de que para a configuração do abandono afetivo “não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos” (BRASIL, 2012).

É possível apontar algumas conclusões para a possibilidade de responsabilidade civil do dano decorrente do abandono afetivo⁵. O primeiro ponto é que cuidado é um valor jurídico do ordenamento jurídico brasileiro, que se extrai do art. 227 da CF/88. O segundo ponto é “amar é faculdade, cuidar é dever” (BRASIL, 2012). O terceiro ponto é que descumprir o dever de cuidar da prole quanto à criação, educação e companhia constitui ilícito civil na forma omissiva, que gera possibilidade de compensação pelos danos morais decorrentes do abandono afetivo. O quarto ponto é que existe um núcleo mínimo de cuidados que os pais devem prover para o adequado desenvolvimento e formação da criança e do adolescente. O quinto ponto é que somente se discute o abandono afetivo após o reconhecimento da paternidade (BRASIL, 2018). E, por fim, o sexto ponto é que a indenização pelo dano moral nestas hipóteses possui caráter excepcional (BRASIL, 2015).

Deste modo, apesar de no ano de 2021, a Terceira Turma do STJ⁶, ter confirmado o entendimento pela responsabilização do genitor em caso de abandono afetivo com a concessão de indenização moral, ainda não se pode dizer que se trata de matéria uniforme no STJ, pois além de ambos os julgados apresentarem julgamentos não unânimes, ainda, são de uma única turma do STJ.

5. CONCLUSÃO

Percebe-se que com a evolução das obrigações legais das famílias, decorrentes do desenvolvimento de dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais para proteção dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, o afeto tornou-se um dever dentro das unidades

5 Estas conclusões foram extraídas dos seguintes julgados: REsp 1159242/SP (BRASIL, 2012), REsp 1557978/DF (BRASIL, 2015), AgInt no AREsp 492243/SP (BRASIL, 2018), REsp 1698728/MS (BRASIL, 2021).

6 Ver REsp 1698728/MS (BRASIL, 2021).

familiares, sendo este caracterizado como uma obrigação de cuidado e de prestação de assistência.

Ademais, com a criação da chamada “paternidade responsável”, conceito este que abrange o dever de cuidado tanto na esfera material, quanto na esfera moral, o abandono afetivo pode ser considerado como um descumprimento do dever de cuidado e, portanto, um ato ilícito passível de indenização civil.

Outrossim, considerando o disposto no art. 186 do Código Civil, que elenca o dever de indenizar frente a uma conduta causadora de dano, seja este patrimonial ou extrapatrimonial, possível a responsabilização civil dos genitores que abandonam afetivamente seus filhos, desde que verificado o nexa causal entre o descumprimento dos deveres de cuidado e a violação dos direitos de personalidade.

Portanto, passa a se admitir a postulação perante os tribunais de uma reparação civil pelos danos causados pelo abandono afetivo, haja vista que tal situação causa feridas psicológicas irreparáveis à prole.

Da análise jurisprudencial, percebe-se que há uma evolução no entendimento de que é possível a aplicação da responsabilidade civil às relações familiares, entretanto, há uma reiterada dificuldade na comprovação do nexa causal nos casos de abandono afetivo, requisito essencial para surgimento da obrigação de indenizar.

Entretanto, os julgados ainda são bastante divergentes entre si, havendo entendimento de que não é possível o Judiciário obrigar alguém a amar seus filhos, conflitando com julgado que reconhece o afeto como fator essencial para criação da criança e, portanto, sendo cabível a indenização nesses casos. Ainda, na esfera do STJ não se pode concluir que há uma uniformização no entendimento acerca dos requisitos concretos para configuração do dano moral por abandono afetivo.

Assim sendo, em que pese a possibilidade da indenização pelo abandono afetivo dentro do nosso ordenamento jurídico, este tema demanda reflexão dos operadores do direito a fim de se estruturar o cabimento e os pressupostos para responsabilização civil dos genitores.

REFERÊNCIAS

BARRENTO, Fernanda Carvalho Leão. Abandono afetivo e alienação parental podem ser causas de deserdação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice (coord). **Famílias e sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018. p. 633-668.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. AgRg no AREsp 811059/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. **Diário da Justiça**, 27 maio 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502873810&dt_publicacao=27/05/2016. Acesso em 04 set. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 1159242 / SP. Relator: Ministra Nancy Andrihgi. **Diário da Justiça**, 10 maio 2012. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 1557978 / DF. Relator: Ministro Moura Ribeiro. **Diário da Justiça**, 17 nov 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501879004&dt_publicacao=17/11/2015. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial 1698728/MS. Relator: Ministra Nancy Andrihgi. **Diário da Justiça**, 13 maio 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701550975&dt_publicacao=13/05/2021. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. AgInt no AREsp 492243/SP. Relator: Ministro Marco Buzzi. **Diário da Justiça**, 12 jun. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400653818&dt_publicacao=12/06/2018. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. AgInt no AREsp 1286242 / MG. Relator: Luis Felipe Salomão. **Diário da Justiça**, 15 out 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801003130&dt_publicacao=15/10/2019. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 514350 / SP. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. **Diário da Justiça**, 25 maio 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300209553&dt_publicacao=25/05/2009. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 757411 / MG. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. **Diário da Justiça**, 27 mar 2006. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500854643&dt_publicacao=27/03/2006. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 1579021/RS. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. **Diário da Justiça**, 29 nov 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017. Acesso em 04 set. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária**: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LAMAS, Carlos Eduardo. Convivência virtual: tecnologias de videoconferência e seu papel no exercício do direito-dever ao convívio. *In*: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira da (Org.). **Escritos de direito de família contemporâneo**. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2019. p. 171-189.

GUEDES, Gisela Sampaia da Cruz. **Lucros cessantes**: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LAURENTIZ, Juliana Orsi de. A reparação de dano moral por abandono do filho. **Revista de Direito Família e das Sucessões**. v. 2, p. 81-100, out-dez. 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Família monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura de vida conjugal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

LIMA, Hermes. **Introdução à ciência do direito**. 33. ed. rev. atual. por Paulo Condorcet. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 8. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código civil comentado**: com súmulas, julgados selecionados e enunciados das jornadas do CJF. 2. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTEIRO. **Curso de direito civil**: direito das obrigações. 1ª. parte. vol. 4. 2003.

MORSELLO, Marco Fábio. Autoridade parental: perspectiva evolutiva dos direitos da personalidade. Adultocentrismo x visão paidocêntrica. *In*: CORREIA, Atalá; CAPUCHO, Fábio Jun (coords.). **Direitos da personalidade**: a contribuição de Silmara J. A. Chinellato. Barueri: Manole, 2019, p. 425-448.

OLIVEIRA, Anderson Nogueira; SANTOS, Gilvanice Lemos. (In) Existência de limitação aos princípios da solidariedade e afetividade familiar para eventual responsabilização civil pelo abandono afetivo aos parentes de segundo e terceiro grau. **Revista de Direito Privado**. v. 73, p. 197-215, jan. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Teoria Geral do Direito Civil**. Instituições de Direito Civil, v. I, Rio de Janeiro: Forense. 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXII. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2003.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev. atual. e aum. Salvador: Juspodivm, 2020.

ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. vol. 1. Campinas: Bookseller, 1999. p. 313.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Parentalidade sociológica, uma afirmação da dignidade humana. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio. **Dignidade da pessoa humana**: fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 122-135.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro**: A Interface da Psicologia com o Direito nas Questões de Família e Infância. 3. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Forense, 2016.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Guarda de filhos não é posse ou propriedade. *In*: COLTRO, Antônio Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 297-314.

SOUZA, Daniel Coelho de. **Introdução à ciência do direito**. 6. ed. Belém: CEJUP, 1994.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume Único. 11. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Método, 2021.

VARGAS, Hilda Ledoux. O contributo da afetividade para a construção do conceito de família eudemonista na contemporaneidade. **Revista IBDFAM**: famílias e sucessões. v. 33, p. 139-161, maio-jun. 2019.

COMUNHÃO PARCIAL DE BENS: O ATUAL REGIME LEGAL DE BENS ATENDE AOS ANSEIOS SOCIAIS?

CECÍLIA NUNES BARROS¹

RAFAELA DE VARGAS PEREIRA²

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca promover a reflexão se o regime da comunhão parcial de bens, o atual regime supletivo, corresponde de fato aos anseios dos nubentes e companheiros na sociedade contemporânea. A partir da evolução do conceito das famílias e da valorização da autonomia provada, surgiu a inquietação e o questionamento se a separação convencional de bens não seria mais adequada como regime subsidiário.

Pretende-se demonstrar a inadequação do regime de bens supletivo atual para as famílias contemporâneas, verificando desde seu contexto histórico, social e normativo, perpassando o entendimento pela intervenção mínima do Estado nas relações de família. Também pretende-se destacar a necessidade de disseminação da informação acerca dos impactos dos regimes de bens no momento da habilitação para o casamento ou mesmo quando da formalização da união estável, a partir da Resolução nº 402 de 2021 do Conselho Nacional de Justiça.

O trabalho foi sistematizado em quatro capítulos, sendo que o primeiro trata das origens sociais e normativas, observando-se a evolução

1 Bacharel em Direito formada pela PUCRS; Pesquisadora no grupo Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, vinculado ao Mestrado da FMP/RS, sob a coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa; Advogada militante em Direito das Famílias e Sucessões; contato@ceciliabarros.com.br.

2 Bacharel em Direito; Pós-graduanda em Família e Sucessões; Pesquisadora no grupo Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, vinculado ao Mestrado da FMP/RS, sob a coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa; Assistente Jurídica; rafa_vargas26@hotmail.com.

histórica relativa ao instituto das famílias. No segundo capítulo analisa-se a inadequação do regime da comunhão parcial de bens como regime legal para as famílias contemporâneas, tendo em vista as transformações do instituto, que passou de um núcleo econômico e de simples reprodução para um núcleo de afeto, no qual prevalece a busca pela felicidade privilegiando-se a autonomia da vontade das partes.

O terceiro capítulo consiste em uma breve análise a respeito da evolução que intervenção mínima do Estado trouxe às relações familiares, vez que o entendimento vigente é que o Estado deve tutelar a família e dar-lhe garantias, preservando a autonomia da vontade dos envolvidos.

O quarto e último capítulo trata da adequação do regime bens supletivo, em que se sugere a alteração da comunhão parcial para o da separação convencional de bens, considerando-se o princípio da afetividade, da autonomia privada, bem como a tendência da amplificação da disseminação da informação referente ao processo de habilitação para o matrimônio e formalização da união estável, estimulada pela edição da Resolução nº 402 de 2021 do CNJ.

O método de abordagem utilizado no desenvolvimento da pesquisa foi o dedutivo e o procedimento técnico empregado foi o bibliográfico, com realização de pesquisas em doutrina e na legislação.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E NORMATIVA DAS FAMÍLIAS

A instituição família traz, em sua estrutura, aspectos relativos ao momento histórico em que ela é analisada, apresentando variações de acordo com a cultura e a legislação que, ao longo do tempo, foi alterando a sua concepção e atribuindo novos direitos aos partícipes. A atual Constituição Federal, após severas mudanças sociais, afastou a incidência dos princípios conservadores adotados pelas Constituições anteriores presentes no Código Civil de 1916, vigente à época de sua promulgação.

Por meio de atribuição de direitos e garantias que reconheceram a existência de diversos modelos de família, a Carta Magna, em seu artigo 226³, consagrou a família como base da sociedade e estabeleceu a

3 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

igualdade entre os cônjuges, bem como equalizou direitos adquiridos por meio do casamento e da união estável, reconhecendo esta, também, como entidade familiar. (OLIVEIRA, 2002, p.174)

Pouco a pouco, o núcleo familiar que não seria mais estabelecido apenas pelo casamento civil, passou a ser reconhecido pelos laços de afeto, visto que o direito moderno afastou o critério biológico como característica essencial da família (GONÇALVES, 2010, p.33-34). A afetividade, portanto, tornou-se um instrumento de formação e manutenção do núcleo familiar, que tem por objetivo a busca da felicidade de todos os entes que o compõe. (OLIVEIRA, 2002, p.191)

Porém, mesmo com os avanços sociais que reconheceram diversos tipos de famílias e seu lastro na afetividade, as relações familiares ainda se encontram estreitamente atreladas a aspectos patrimoniais, principalmente, em razão do regime legal de bens vigente, que por vezes, pode não corresponder aos anseios dos partícipes, por instituir a comunhão dos aquestos.

Anteriormente à constitucionalização do direito das famílias, os vínculos afetivos somente mereciam aceitação social e reconhecimento jurídico quando chancelados pelo sagrado matrimônio. A Igreja e o Estado exerciam poder sobre a sociedade, sendo a família considerada um meio produtivo, em que somente através da celebração do casamento poderia ser reconhecida, gerar efeitos patrimoniais e a consequente transmissão de bens aos descendentes.

A família tinha uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando uma unidade de

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

produção, com amplo incentivo a procriação. Era uma entidade patrimonializada, cujos membros representavam força de trabalho. O núcleo familiar dispunha de perfil hierarquizado e patriarcal. (DIAS, 2016, p. 30)

Com a transformação da economia agrária para a economia industrial e o êxodo rural, a família deixou de ser uma unidade produtiva, sendo a atividade doméstica substituída pela produção fabril. A industrialização fez aumentar a necessidade da mão-de-obra, o que gerou grandes concentrações urbanas para atendê-la, inclusive propiciando a inserção da mulher no mercado de trabalho, acarretando sua emancipação em nível jurídico e econômico (OLIVEIRA, 2002, p.78).

Venosa (2021, p. 43), assim também entende:

A passagem da economia agrária à economia industrial atingiu irremediavelmente a família. A industrialização transforma drasticamente a composição da família, restringindo o número de nascimentos nos países mais desenvolvidos. A família deixa de ser uma unidade de produção na qual todos trabalhavam sob a autoridade de um chefe. O homem vai para a fábrica e a mulher lança-se para o mercado de trabalho.

Na fase do capitalismo avançado, a família passou a caracterizar-se pela busca intensa da satisfação das necessidades dos seus membros, sendo nítida a função do estímulo ao consumo nesse processo. A mulher passou a dividir com o marido a governança da família, sendo recíprocas as proibições e autorizações (GOMES, 2004, p. 21-22).

O casamento, que em razão da forte influência da Igreja Católica, só poderia ser extinto pela morte, após certa evolução social, teve instituído, pelo artigo 315 do Código Civil de 1916⁴, o instituto do desquite, que rompia a sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e de fidelidade recíproca, assim como ao regime de bens, mas mantinha hígido o vínculo matrimonial. Nesse contexto, o termo desquite - signi-

4 Art. 315. A sociedade conjugal termina:

I. Pela morte de um dos cônjuges.

II. Pela nulidade ou anulação do casamento.

III. Pelo desquite, amigável ou judicial.

Parágrafo único. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos conjuges, não se lhe aplicando a preempção estabelecida neste Código

ficando não quites, em débito para com a sociedade - remete ao rompimento conjugal em uma época em que o casamento era perpétuo e indissolúvel, sendo que a mulher optante pela dissolução do matrimônio era discriminada pela sociedade. (GONÇALVES, 2010, p.609)

O Código Civil de 1916, vigente quando da promulgação da atual Constituição Federal, portanto, trazia em seu bojo um conceito de família limitado, influenciado pelo Cristianismo, o que levou o legislador a reconhecer como entidade familiar apenas aquela decorrente do matrimônio. A família, como dito, era aquela instituída pelo casamento, com distinções entre homens e mulheres, sendo que não havia o reconhecimento de qualquer legitimidade nas famílias estabelecida fora do casamento. (DIAS, 2016, p. 101-102)

Além do mais, o referido Código refletia uma sociedade conservadora e patriarcal, destacando-se a autoridade do homem. A mulher, ao casar-se, perdia sua plena capacidade, tornando-se relativamente incapaz, passando a necessitar da autorização do marido, inclusive para trabalhar. O homem era definido como chefe da família e único detentor do pátrio poder, atribuindo-se esse papel à mulher somente na falta ou no impedimento da figura masculina (DIAS, 2016, p. 101-102).

Teixeira e Tepedino (2020, p. 05) bem ilustram:

Até o advento da Constituição de 1988, só o marido representava a família (CC/1916, art. 233, I), administrava os bens comuns e mesmo os particulares da mulher, segundo o regime matrimonial adotado (CC/1916, art. 233, II), além de deter o direito de fixar o domicílio da família (CC/1916, art. 233, III) e a faculdade de autorizar a mulher a praticar uma série de atos da vida civil (CC/1916, art. 242). Todos estes poderes bem se coadunavam, em verdade, com o *poder marital* que, embora não atribuído expressamente pelo Código Civil de 1916 ao marido, esteve entre nós presente até a Lei 4.121/1962, enquanto vigorou a incapacidade jurídica da mulher casada.

Com as alterações culturais na concepção de família, coube ao legislador vencer as barreiras legislativas e atribuir à mulher plena capacidade. O Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121/62), eliminou a incapacidade relativa da mulher, o que atribuiu igualdade de direitos e deveres entres os cônjuges. (VENOSA, 2012, p.17)

O Estatuto da Mulher Casada instituiu o que se chamou de bens reservados, proporcionando autonomia econômica à mulher, visto que esses bens eram fruto de seu trabalho e não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que fossem contraídas em benefício da família. (VENOSA, 2012, p.17)

Rosa (2020, p.52) pondera que foi um passo significativo para que “o gênero feminino pudesse sair do plano das coisas, quando nosso ordenamento jurídico a colocava como uma espécie de propriedade do marido, que dela podia fazer o que bem entendesse”.

Nesse sentido, Pereira (2021, p.21) salienta ainda que “no Brasil, até a década de 1960 o sistema da família patriarcal ainda era muito forte. Foi somente com a Lei nº 4.121/62, Estatuto da Mulher Casada, que a mulher ganhou status jurídico de sujeito de desejo e direitos”.

Posteriormente, como mais uma forma de proporcionar a igualdade entre o homem e a mulher, surgiu a Lei do Divórcio (nº 6.515/77), que permitiu a dissolução definitiva do vínculo matrimonial, admitindo-se, assim, um novo casamento (SEREJO, 2004, p. 71). A Lei do Divórcio regulamentou a extinção do vínculo matrimonial pelo divórcio, desde que observados os requisitos legais em relação ao lapso temporal de três anos de prévia separação judicial, novo nome para o desquite, vez que a separação judicial adotou todas as suas características.

A referida lei possibilitou à mulher a faculdade de crescer ou não o nome do cônjuge, assim como estendeu ao marido o direito de pedir alimentos, o que antes só era assegurado à mulher. Alterou também, o regime legal de bens da comunhão universal para o regime da comunhão parcial. (DIAS, 2016, p.102)

Todavia, nenhuma lei posterior foi tão significativa quanto a Constituição Federal de 1988. A Carta Magna alterou os aspectos relativos ao Direito das Famílias, extinguindo, assim, a distinção que havia entre a família legítima e ilegítima, passando a estabelecer a igualdade entre o homem e a mulher e, especialmente, entre os cônjuges e companheiros, quanto aos direitos e às obrigações na sociedade conjugal. Eliminou, portanto, a chefia que o marido exercia sobre a mulher, que antes era sua mera colaboradora. (DIAS, 2016, p.102)

A família, como instituição social, é uma entidade anterior ao Estado, à religião e ao Direito que hoje a regulamenta, resistindo às transformações que sofreu a humanidade. Logo, como forma de atender às modificações legislativas ocorridas ao longo do tempo, coube ao legislador a instituição de um Código, responsável por trazer à tona um novo conceito de família, mais adaptado ao novo século. (OLIVEIRA, 2002, p.22)

O Código Civil de 2002 buscou atualizar os aspectos essenciais dos direitos das famílias, com o objetivo de adequar-se às diretrizes constitucionais, privilegiando, assim, a dignidade da pessoa humana. Além disso, excluiu expressões e conceitos que não correspondiam mais à nova estrutura jurídica e moderna da sociedade (DIAS, 2016, p.33).

Entretanto, a legislação Civil manteve a comunhão parcial de bens como regime supletivo no silêncio dos nubentes, passando a ser aplicado também às uniões estáveis na ausência de contrato escrito, conforme determina o art.1.725⁵ do referido Código. Diante disso, passaremos a analisar a inadequação do regime supletivo da comunhão parcial de bens às famílias contemporâneas.

3. A INADEQUAÇÃO DO REGIME DE BENS SUPLETIVO ÀS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS

Como dito anteriormente, o regime de bens subsidiário aplica-se ao casamento e à união estável na hipótese de não ser outro regime expressamente estabelecido. Nesse sentido, cabe agora analisar o atual perfil das famílias, tendo em vista as modificações sociais que ocorreram ao longo dos tempos, bem como, os impactos do regime legal vigente.

A família contemporânea tem como finalidade a busca da felicidade e realização dos seus membros, passando a ser designada, portanto, como família eudemonista, que em sua literalidade significa que “felicidade é viver com bons espíritos.” A família eudemonista tornou-se o novo vetor do direito das famílias, podendo ocorrer em qualquer modelo de entidade familiar, independentemente de estar explícita ou implícita na Constituição Federal (ROSA, 2020, p.174).

Os valores eudemonistas ganharam força e projeção a partir da transformação do caráter institucional da família, que primava pela formação de um núcleo econômico de reprodução, passando-se a valorizar, a partir daí, o vínculo de afeto entre os membros como nova razão de ser da família (PEREIRA, 2021, p. 21):

Assim, família eudemonista é aquela que tem como princípio, meio e fim a felicidade. Essa ideia da busca da felicidade vincula-se diretamente a valores como liberdade e dignidade da pessoa humana, que por sua vez pressupõe o sujeito de direitos como sujeito de desejos, isto é, a felicidade do sujeito de direito está diretamente relacionada ao desejo do sujeito.

5 Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Rosa (2020, p.175) ao tratar do assunto, pondera que “o conceito de família para realização de fins estatais foi substituído pelas realizações de fins da pessoa humana. A família se constitui para sua própria felicidade, e não para a felicidade do Estado.”

Em sendo o afeto algo totalmente apartado das questões patrimoniais, parece lógico que a organização da entidade familiar deveria abrir espaço para a deliberação de tais questões à luz da autonomia privada, partindo-se do princípio da separação de patrimônio e não da comunhão parcial de bens, como regime supletivo.

O regime da comunhão parcial de bens como regime supletivo implica em uma contundente intervenção estatal, a partir do momento em que passa a prevalecer a comunicabilidade dos aquestos no silêncio dos nubentes no casamento⁶, bem como, aos companheiros, na ausência de contrato escrito na união estável⁷. O Estado intervém ainda, quando estabelece a vênua conjugal para os atos elencados no art. 1.647⁸ do Código Civil de 2002.

Embora seja possível, após o casamento, realizar-se a alteração do regime de bens, destaque-se a necessidade da autorização judicial para tanto, mediante pedido motivado de ambos os cônjuges⁹, o que acaba por acarretar, mais uma vez, a interferência estatal na autonomia privada. A propósito, tal procedimento deveria ser retirado da competência do judiciário, tendo em vista que poderia ser solucionado diretamente pelas partes, pensamento compartilhado por diversos autores.

6 Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.

7 Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

8 Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

9 Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. [...]

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Com a promulgação da Lei 11.441 de 2007, que permitiu a separação e o divórcio consensuais, além da partilha por meio de escritura pública, não são raros os doutrinadores que refletem acerca da possibilidade da autorização da alteração extrajudicial do regime de bens, desde que assegurada, evidentemente, a proteção de terceiros.

Segundo Teixeira e Tepedino (2020, p.107), “é a tendência que vem se desenhando de maior privatização da família, principalmente quando se trata de questões entre pessoas livres e iguais, tal qual os cônjuges.” Nesse mesmo sentido, Rosa (2020, p.293) salienta, ainda, que considerando a autonomia privada, “o melhor seria que tal alteração pudesse ser realizada de modo administrativo, nos ofícios extrajudiciais, liberando o magistrado de mais um feito a tramitar em meio a tanta morosidade.”

Corroborando do mesmo entendimento, Tartuce (2021, p.224), destaca:

Se o casamento é celebrado em um Cartório, se o regime de bens é escolhido em um Cartório e se cabe o divórcio no Cartório, desde a Lei 11.441/2007, o que foi confirmado pelo art. 733 do CPC/2015, por que a alteração do regime de bens deve ser judicial? A dúvida demonstra que as previsões atuais, de judicialização dessa medida, não têm sentido técnico-jurídico.

Além disso, como mais uma forma de incentivar a desjudicialização das contendas, foi proposto Projeto de Lei conhecido como Estatuto das Famílias, que trazia a admissibilidade da alteração do regime de bens mediante escritura pública, ressalvados os direitos de terceiro¹⁰. Embora não esteja mais em trâmite, a iniciativa tornou evidente o anseio social para que seja possível aos nubentes solicitarem a modificação do regime de bens por meio de um procedimento menos burocrático e moroso (TARTUCE, 2021, p.224).

No que toca à modificação do regime de bens na união estável, é necessário destacar que, cada forma de relacionamento existente possui suas peculiaridades, no entanto, não cabe a imposição de um formalismo exacerbado a uma instituição familiar cuja característica é a informalidade. Logo, a simples vontade de alterar o que já foi pactuado anteriormente, por si só, já seria suficiente. Assim, dentro da esfera da autonomia privada, poderiam os companheiros convencionar e readequar regras em relação a vida patrimonial (ROSA, 2020, p.301).

10 Projeto de Lei do Senado nº 470, de 2013, dispõe sobre o Estatuto das Famílias.

Tal realidade evidencia que não há incentivo por parte do Estado ao exercício da autonomia privada, principalmente no que se refere ao planejamento patrimonial familiar, considerando que no Brasil não é comum a prática de pactos antenupciais, assim como não é a do testamento. É que tais instrumentos jurídicos estão vinculados à ideia de morte e à dificuldade de se discutir as regras econômicas do casamento (PEREIRA, 2021, p.148).

Portanto, o pacto antenupcial somente é utilizado quando, munidos de boas informações, os nubentes optam por adotar regime diverso ao da comunhão parcial de bens, sendo o pacto antenupcial negócio jurídico facultativo, porém necessário para a escolha de determinados regimes patrimoniais. Não é outro o entendimento de Farias e Rosendal, 2020, p.362:

Considerando que, na maioria das vezes, os casais elegem a comunhão parcial como regime de bens de seu casamento, considerando as suas “vantagens explícitas”, a escolha de outros modelos de regime patrimonial tornou-se extremamente rara, implicando em pouquíssimo uso do pacto antenupcial.

Diante disso, resta claro, que a falta de informação, bem como a ausência de conhecimento acerca dos direitos e deveres que decorrem do regime de bens, são os principais motivos pelo qual não deve ser mantida a imposição de um regime patrimonial de participação nos aquestos aos nubentes, uma vez que a família enquanto base da sociedade, merece proteção especial e não interferência estatal.

4. INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Em sendo o direito das famílias do âmbito do direito privado, e nos dizeres de Farias e Rosendal (2020, p 47) a “mais particular de todas as relações que podem ser estabelecidas no âmbito da ciência jurídica”, não se podendo “imaginar uma relação jurídica mais privada que esta”, estimula-se e cada vez mais defende-se o Direito de Família Mínimo, com a reduzida intervenção estatal nas relações familiares.

Conforme ensinamentos de Pereira (2020, p. 93):

A intervenção do Estado deverá ocorrer tão somente para tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo. Este princípio tem suas raízes

na Declaração Universal dos Direitos dos Homens, aprovada na ONU, em 10/12/1948.

A autonomia da vontade, portanto, é o elemento ético e intrínseco à dignidade da pessoa humana, sustentada pelo livre arbítrio para a constituição das famílias, cuja finalidade é o alcance da felicidade. O artigo 1.513 do Código Civil vigente traduz o princípio da intervenção mínima ao estabelecer que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

Considerando-se esta premissa, nos parece razoável que o regime legal de bens não fosse o da comunhão parcial, vez que a comunicação dos aquestos estabelecida a cada relação em que não tenha havido a expressa declaração dos nubentes ou companheiros por outro regime, acaba por vezes, exigindo a intervenção estatal para apaziguar conflitos advindos das dificuldades que surgem a partir da necessidade de partilha.

Não é outro o entendimento de Farias e Rosenvald (2020, p.383), que sintetizam as características fundamentais da separação convencional de bens:

Administração particular dos bens, de liberdade de alienação e de responsabilidade individualizada, não se pode deixar de perceber que o regime da separação convencional reduz, em grande escala, a potencialidade de litígios futuros de ordem patrimonial entre o casal.

Pereira (2020, p.94) observa que, “o desafio fundamental para a família e das normas que a disciplinam é conseguir conciliar o direito à autonomia e liberdade de escolha com os interesses de ordem pública, que se consubstancia na atuação do Estado apenas como protetor”.

Assim, considerando-se a evolução do Direito das Famílias, a crescente importância do direito à intimidade e liberdade dos sujeitos, os apontamentos acerca da inadequação do regime da comunhão parcial de bens como regime subsidiário, e, ainda, a necessária disseminação da informação acerca dos impactos patrimoniais dos casamentos e uniões estáveis, o mais apropriado seria o estabelecimento da separação convencional de bens como regime subsidiário, adequando-se o regime supletivo de bens aos anseios sociais atuais.

5. ADEQUAÇÃO DO REGIME DE BENS SUPLETIVO DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL: SEPARAÇÃO DE BENS

Na seara do que já explanado, entendemos pela necessidade da reflexão a respeito do regime subsidiário dos casamentos e uniões estáveis, pois, com o avanço dos princípios norteadores do direito das famílias, com a evolução das famílias patrimonialistas para as eudemonistas, com a defesa do direito de família mínimo e fortalecimento da autonomia da vontade, um regime de bens com a premissa da separação de patrimônio, ao que parece, estaria mais alinhado ao contexto social atual.

A um porquê do Estado não fomentar a necessária disseminação de informação útil aos integrantes das famílias contemporâneas, para que tenham presente a obrigatoriedade da comunicação do patrimônio amealhado a partir da constituição da relação, de forma inequívoca, bem como todos os impactos disso decorrentes. Não raro, ao desfazimento da relação que se concretizou sob o regime supletivo, aquele que mais contribuía para a economia familiar, sente-se injustiçado pela imperiosidade de divisão dos aquestos, por puro desconhecimento que acarretou a falta de planejamento.

Muito embora previsto no artigo 1.528 do Código Civil vigente seja dever do oficial do registro esclarecer aos nubentes a respeito de fatos que possam ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens, ao menos até a edição da Resolução 402/2021 do CNJ, do que trataremos a diante, salvo melhor juízo, a desinformação imperou.

A falta de conhecimento fez e ainda faz com que muitos acabem ingressando em uma relação cujos efeitos patrimoniais futuros muitas vezes serão alheios à sua vontade, o que aumenta as chances de conflitos que chegarão ao judiciário. A instituição do regime da separação convencional de bens¹¹ como regime supletivo, em muito simplificaria as relações patrimoniais advindas da conjugalidade, já que no silêncio das partes quanto ao regime de bens, manter-se-ia o status quo patrimonial,

11 Art. 1.640 [...] Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

ficando claro a ambos que a constituição da família, embora permeada pelo princípio da solidariedade, em nada interferiria nas relações negociais¹² dos cônjuges ou companheiros.

Da mesma forma leciona Lôbo (25021, p. 171):

O regime de separação absoluta é o que melhor corresponde ao princípio da igualdade de gêneros, como tendência das sociedades ocidentais. No modelo igualitário de família, é o mais justo e o que melhor respeita a dignidade e a liberdade de cada cônjuge. Em virtude de sua simplicidade e da ausência de interesses patrimoniais superpostos, o regime reduz sensivelmente o quantum de litigiosidade ou conflituosidade que os demais propiciam.

A separação de bens como regime legal, a exemplo do que ocorre no Japão e grande parte dos estados norte-americanos, auxiliaria na organização econômica da família, vez que estimularia o exercício do diálogo acerca da comunicação dos aquestos, o que seria realizado com plena consciência pelos cônjuges e companheiros (LÔBO, 2021, p.172).

Farias e Rosenvald (2020, p.382) ponderam que “deveria o sistema jurídico disciplinar as famílias sem atribuir bens reciprocamente, afastando as consequências econômicas. Dividir patrimônio e permitir a comunicação patrimonial têm de decorrer, exclusivamente, do ato de vontade dos interessados”.

Ademais, a discussão acerca do estabelecimento do regime da separação de bens como regime supletivo e a questão da obrigatoriedade da separação de bens aos maiores de 70 (setenta) anos encontram sua origem no mesmo ponto: a autonomia privada e a mínima intervenção do estado. Da forma como vem sendo tratada hoje, “a família sofre a intervenção do Estado para proteger, limitar e restringir”, o que interfere diretamente na dignidade da pessoa humana (SPENGLER, 2018, p. 37).

Diante disso, cabe destacar a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, que por meio da Resolução nº 402, publicada em 28 de junho de 2021, dispõe sobre ações de caráter informativo, no âmbito do Registro Civil das Pessoas Naturais, para que haja uma melhor preparação dos nubentes, no que se refere ao casamento civil.

A resolução instituiu que no âmbito do Registro Civil é obrigatório a disponibilização aos nubentes, no momento da habilitação para o matri-

12 Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

mônio, material informativo, que também será disponibilizado a qualquer interessado que compareça a uma unidade do Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais para obter informações sobre o casamento¹³.

A resolução determina que o material informativo consistirá em manuais, cartilhas, guias rápidos, cartazes a serem afixados nas unidades do Registro Civil e vídeos¹⁴ acessíveis por meio eletrônico, por intermédio de link a ser fornecido aos interessados, pelo registrador. O material informativo teria por objetivo prestar, aos interessados em se casar, as informações jurídicas necessárias à compreensão do casamento, de suas formalidades, de seus efeitos jurídicos, do regime de bens entre os cônjuges, dentre outras questões relevantes¹⁵.

A referida resolução, editada por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça traz à tona a importância da informação para o exercício a autonomia privada, no sentido de conscientizar aqueles que irão se ha-

13 Art. 1º Instituir, no âmbito do Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais, a obrigatoriedade de disponibilização aos nubentes, no momento da habilitação para o matrimônio, de material informativo para melhor preparação para o casamento civil. Parágrafo único. O material informativo será também disponibilizado a qualquer interessado(a) que compareça a uma unidade do Serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais para obter informações sobre o casamento.

14 Art.3º [...] Parágrafo único: Os vídeos informativos serão disponibilizados nos sítios eletrônicos das unidades do Serviço de Registro Civil de Pessoas Naturais, após sua aprovação pela Presidência do CNJ e pela Corregedoria Nacional de Justiça.

15 Art. 4º [...]

II – conscientizar os(as) nubentes sobre a relevância e o significado do casamento, sobre a importância do diálogo como forma de superação de conflitos familiares e de se evitar o divórcio irrefletido, e sobre o interesse da sociedade e dos(as) próprios(as) contraentes na estabilidade e permanência das relações matrimoniais;

III – possibilitar aos(as) nubentes a antevisão de seus direitos e deveres e a previsão das consequências jurídicas de suas condutas;

IV – conscientizar os(as) nubentes sobre o exercício adequado da parentalidade, como forma de se assegurar o sadio desenvolvimento de crianças e adolescentes, e de prevenção de maus tratos e abusos; e

V – esclarecer os(as) pretendentes ao matrimônio sobre o fenômeno da violência doméstica e familiar contra a mulher e as formas de sua prevenção e enfrentamento.

§ 1º O material informativo deverá ser produzido em linguagem acessível ao grande público.

§ 2º Os conteúdos informativos poderão ser desdobrados por temas, no formato de minicursos, de modo a possibilitar maior verticalização de conhecimentos.

bilitar para o matrimônio, ressaltando questões relativas aos regimes de bens previstos em lei, que são, muitas vezes, completamente desconhecidos pela maioria da sociedade.

A iniciativa certamente viabilizará, tanto aos nubentes quanto àqueles que decidam formalizar a união estável, a possibilidade de escolha do regime de bens que melhor atenderá aos interesses dos envolvidos.

6. CONCLUSÃO

A família contemporânea é a soma de muitas mudanças ao longo do tempo, permeado por avanços e até por retrocessos. O patriarcalismo, que até então constituía o núcleo familiar caminha para a completa extinção, vez que não atende mais às necessidades da maioria dos sujeitos sociais. Assim, a instituição familiar hoje é reconhecida por sua natureza plural e não mais singular, bem como pela igualdade de seus integrantes, refletida nas sucessivas alterações legislativas, principalmente a partir da edição da Constituição Federal de 1988 e de um Código Civil constitucionalizado.

Entretanto, não obstante os inúmeros avanços, a legislação civil manteve como regime subsidiário a comunhão parcial de bens, o qual foi instituído como regime subsidiário no ano de 1977 pela Lei do Divórcio, permanecendo até os dias atuais como regime aplicável no silêncio dos nubentes e companheiros. Logo, verifica-se a inadequação do regime supletivo ao contexto social, diante da evolução das famílias, uma vez que a participação nos aquestos é imposta quando inexistente a necessária reflexão acerca dos impactos patrimoniais do estabelecimento da nova família, o que acaba por interferir diretamente no livre arbítrio a respeito dos bens dos envolvidos a partir do casamento.

Além disso, é de se salientar que a judicialização do das questões das famílias ocorre muito em razão dos conflitos acerca da divisão de bens quando da dissolução do vínculo conjugal. Ao instituir-se como regime legal a separação de bens, na hipótese de silêncio acerca das questões patrimoniais, certamente muitos dos litígios restariam extintos, haja vista a inexistência de comunicação dos aquestos.

Ademais, o casal que desejasse, além da comunhão de vidas, a comunhão do patrimônio, deveria expressamente declará-lo, o que privilegiaria o exercício da autonomia da privada, contribuindo para a plena realização da família na seara afetiva e também patrimonial.

A separação de bens como regime supletivo estaria, portanto, mais adequada ao contexto contemporâneo, já que privilegiaria o livre arbítrio nas relações econômicas e certamente promoveria o diálogo sobre questões que ainda são consideradas tabus, como o planejamento da economia familiar e o planejamento sucessório. Ao analisar-se a evolução das entidades familiares e a retração da intervenção estatal, nos parece que, o direito das famílias contemporâneo encontra-se maduro para a análise crítica e discussão acerca da alteração do regime de bens subsidiário vigente, para aquele regime em que somente haverá comunicação patrimonial, se a família assim desejar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 3. 071, de 1916**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm#art1806. Acesso em 24 set 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20. set. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.441 de 2007**. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, DF: Presidência da República. [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em: 20. set. 2021.

BRASIL. **Resolução nº 402**, de 28 de junho de 2021. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1726582021070160dd-fae2366e7.pdf>. Acesso em: 20.set.2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 12.ed. Salvador: Juspodium, 2020.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 11. ed. Saraiva Jur, 2021, v.5.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias. Rio de Janeiro**: Forense: 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. Ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

TARTUCE, Fernando. **Direito Civil: direito de família**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (org.). **Direito de Família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação no direito familista e sucessório**. Santa Cruz do Sul. Essere nel Mondo, 2018. *E-book*.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ANÁLISIS COMPARATIVO SOBRE LOS PROCESOS COLECTIVOS REGULADOS EN MÉXICO A NIVEL FEDERAL EN EL CFPC Y LOS QUE SE ENCUENTRAN CONTEMPLADOS EN EL CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA

HUGO CARRASCO SOULÉ¹

1. NOTA INTRODUCTORIA Y BREVES ANTECEDENTES

En términos generales, Armenta (2006) indica que el ejercicio de la *acción colectiva* comprende todos los supuestos en que un conflicto jurídico afecta a una pluralidad de sujetos *lato sensu*, es decir, tanto cuando un derecho o interés del que son titulares indivisibles una pluralidad de sujetos (intereses supraindividuales -colectivos y difusos-), como cuando se trata de una pluralidad de derechos e intereses individuales, homogéneos y que fueron lesionados por un mismo hecho o la misma actividad antijurídica (intereses plurindividuales-individuales homogéneos-).

En México las *acciones colectivas in genere* son procedentes para tutelar:

I. Derechos e intereses² difusos y colectivos, en *stricto sensu* entendidos

- 1 Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Catedrático de los niveles Licenciatura y Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, hcarrascos@derecho.unam.mx.
- 2 En palabras de Meroy (2008, p. 39-40), la noción de interés no es privativa del Derecho, no obstante ser en este campo donde ha adquirido un desarrollo destacado. Se trata, nada menos que de un concepto común a todas las ramas cuyo examen pertenece propiamente a la Teoría General y a la Filosofía del Derecho. Mas allá de concepciones objetivas y subjetivas acerca del interés, coincidimos en su apreciación como elemento conectivo entre la necesidad –humana— y el bien –apto para satisfacerla— respecto del cual importa tanto el factor posicional cuanto el valorativo.

como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes.

En estos casos en opinión de Lorenzetti (2010, p. 19):

el bien afectado es colectivo, el titular del interés es el grupo y no un individuo en particular. En estos supuestos puede existir la legitimación difusa (interés difuso) ... o de una asociación que tiene representatividad en el tema (interés colectivo) o del Estado (interés público).

A estos casos habría que añadir como reflejo del interés colectivo al conflicto donde la propia colectividad es representada por uno de sus miembros.

II. Derechos e intereses *individuales homogéneos de incidencia colectiva*, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho. Al respecto sostiene Lorenzetti (2010, p. 19):

la afectación en estos supuestos es individual, y por ende la legitimación debería ser individual, el interés es homogéneo y susceptible de una sola decisión, ya que puede haber también muchos individuos interesados en la misma pretensión y por eso es razonable que se dicte una sentencia que sirva para todos los casos similares... hay homogeneidad objetiva entre todos ellos, y una sola causa o evento generador del daño (factor común de afectación); por tanto, es conveniente y viable procurar una sola decisión.

De lo todo anterior, se advierte que a través de la *justicia colectiva* se busca la protección de *derechos* o de *intereses*, por lo que también es indispensable reflexionar sobre qué debe entenderse por *interés*; al respecto, hay que recordar que alrededor de esta figura del *interés* existe una primera categorización que origina los siguientes conceptos: *Derecho subjetivo*, *interés legítimo* e *interés simple*. Sobre ello refiere Meroi (2008, p. 40):

Sintetizando las diversas posturas, podría decirse que el derecho subjetivo implica una posición jurídica favorable y diferenciada

de libertad absoluta que faculta al individuo a exigir una conducta prestacional a otro; el interés legítimo implica una posición jurídica administrativa favorable de interés personal y directo, concurrente o exclusivo, para exigir a la administración la adecuación de su conducta a la legalidad objetiva; el interés simple implica una posición jurídica favorable al concurrente y sin interés personal directo, apenas para peticionar sin exigibilidad la adecuación a la legalidad objetiva por parte de la administración.

En relación con este tema el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1972) ha establecido tradicionalmente que para acudir a los órganos jurisdiccionales es indispensable acreditar interés jurídico³. De esta manera, el interés jurídico, reputado como un derecho reconocido por la ley, no es sino lo que la doctrina jurídica conoce con el nombre de derecho subjetivo, es decir, como facultad o potestad de exigencia, cuya institución consigna la norma objetiva del derecho. Este criterio se había mantenido durante mucho tiempo como piedra angular en el sistema procesal mexicano, pero tuvo que flexibilizarse en razón de las dinámicas procesales contemporáneas que buscan generar una tutela judicial efectiva —lo anterior sobre todo en el área administrativa y para efectos del juicio de amparo—, y así dar cabida al *interés legítimo* como una opción para solicitar la protección judicial

Independientemente de que se mantenga o no la clasificación clásica tripartita⁴ en el Derecho Mexicano con sus respectivas consecuencias legales (*Derecho subjetivo/jurídico, interés legítimo, e interés simple*), hay que reconocer que existen nuevas categorías que lidian por formar parte de este catálogo —que muchas de ellas surgen precisamente por la incorporación del tema de procesos colectivos en las legislaciones locales—, y que en dichas circunstancias todos los operadores jurídicos deben considerarlas para generar una correcta implementación de los procesos colectivos, por ejemplo: *interés individual, intereses plurales o pluriindividuales, intereses supraindividuales o transindividuales*.

3 Este criterio se ha ido flexibilizando para que en casos específicos se pueda acudir a buscar la protección judicial acreditando solo el *interés legítimo*; desde luego la inserción de los procesos colectivos en el marco normativo mexicano supone revisitar este instituto para determinar si es posible accionar acreditando el interés simple o no, y si es viable, hay que determinar en qué casos procede.

4 Existen autores como Carlos Balbín que sostienen que el modelo tradicional tripartito ha entrado claramente en crisis.

En dicha tesitura, Montero (1994, p. 61) consigna que el *interés individual* es el supuesto normal contemplado por el Derecho, bien porque el mismo se origina desde una concepción individualista de las relaciones de los hombres en sociedad, bien porque estadísticamente los conflictos suelen presentarse entre dos personas. En este mismo sentido, Meroi (2008, p. 46), sostiene que “la tutela procesal se brinda al sujeto en su calidad de titular de una situación jurídicamente individualizada y propia”. Al respecto refiere Lorenzetti (2010, p. 19):

[...] el interés es individual, la legitimación también, y cada interés es diverso de otros; cada titular inicia una acción y obtiene una sentencia en un proceso bilateral. Estamos acostumbrados a que se concedan acciones individuales como reconocimiento de un interés individual, sea un derecho subjetivo o un interés legítimo o de hecho no reprobado por la ley. Es el modelo tradicional del litigio singular.

Ahora bien, el interés plural es la suma de intereses individuales qué por lo general, en opinión de Gutiérrez (1999), este tipo de intereses tienen un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo. En realidad, los conflictos que se sustentan en intereses plurales son accidentalmente colectivos, toda vez que pueden ser cabalmente imputables a cada uno de sus interesados. En este concepto descansa la típica *class action for damages*, en donde prevalece la dimensión colectiva sobre la esfera individual.

Caso diverso al anterior son los intereses *supraindividuales* o denominados también *transindividuales*, en las que el interés se fragmenta en una pluralidad de situaciones subjetivas referidas a sujetos particulares, más no son posiciones subjetivas exclusivas, sino que dan lugar a situaciones jurídicas análogas, compartidas, cualitativamente iguales, coincidentes con otras de igual contenido, que hacen referencia a diversos sujetos, unidos por el mismo fin. (MEROI, 2008)

Al respecto Antonio Gidi (2003) sostiene que la intencionalidad de emplear el término *intereses* para referir la materia de protección en un proceso colectivo consiste en que la indivisibilidad del objeto e imprecisa determinación de la titularidad de los derechos *superindividuales* no permitiría encajar adecuadamente en la rígida delimitación conceptual del derecho subjetivo como un fenómeno de la subjetivación del derecho objetivo; dicho en otras palabras, no se pretende admitir la categoría de los *intereses simples* como tutelables a través de los procesos colectivos, ya

que tal y como lo sostiene Zaneti (2003) parte de la doctrina insiste en la necesidad de aceptar la denominación de *intereses* porque esta configuraría una mayor amplitud de tutela también para situaciones no reconocidas como derechos subjetivos (teniendo en cuenta la propia *novedad* de los derechos colectivos *lato sensu*). Lo anterior permitiría arribar a la conclusión de que, en materia de procesos colectivos, se pretende emplear el término *intereses* con la manifiesta intencionalidad de ampliar el concepto de derecho subjetivo para crear mayores opciones judiciales que permitan proteger los derechos de tercera generación conocidos como de solidaridad, es decir se busca ampliar el concepto de derecho subjetivo, pero sin llegar a incluir el de intereses llanos o simples.

No obstante, lo anterior, al respecto hay autores como Kazuo Watanabe, que insisten en que los términos *intereses* y *derechos* fueron utilizados como sinónimos y que por ello el análisis anterior resultaría vano, ya que a partir del momento en que pasan a ser amparados por el derecho, los *intereses* asumen el mismo estatus de derechos, desapareciendo cualquier razón práctica, y aún teórica, para la búsqueda de una diferenciación ontológica entre ellos.

Si lo anterior no fuera suficiente explicación para justificar el empleo de los términos *intereses* y *derechos* como sinónimos para efectos de los procesos colectivos, entonces habrá que recurrir a lo expresado por Barbosa Moreira, quien es citado Gidi (2003, p. 25):

Desde que se esté persuadido de la necesidad de asegurar a los titulares de la protección jurisdiccional eficaz, no importa tanto saber a qué título se les otorga esta protección. A final de cuentas, no existe un principio a priori, en el cual toda situación jurídica subjetiva requiera que los candidatos a tutela estatal deban obligatoriamente exhibir una carta de ciudadanía entre sus *derechos*, en el sentido estricto de la palabra.

De lo anterior se desprende qué para efectos de la *justicia colectiva*, los términos *intereses* y *derechos* deberán gozar de flexibilidad en cuanto a su interpretación para hacer efectiva esta vía de protección jurisdiccional que se está habilitando para las colectividades; sin embargo, esta flexibilidad no nos lleva a habilitar al interés liso y llano para que puedan iniciarse procesos colectivos, quedando el interés jurídico y el interés legítimo como figuras que si dan lugar a la justicia colectiva. Por ejemplo, en México, el art 583 del *CFPC* dispone que el juez debe dilucidar las normas y los hechos de forma compatible con los principios y

objetivos de los procedimientos colectivos, en aras de proteger y tutelar el interés general buscando la mayor protección de los derechos fundamentales de las personas⁵.

De todo lo expuesto con anterioridad es posible concluir que el *Código Modelo* y el *CFPC* tienen entre ambos una gran coincidencia: Ambos como complejos normativos están empeñados en la transformación de los sistemas positivos nacionales para dar cabida junto con los procesos individualistas a los procesos sociales, como lo son los que engloban las *acciones colectivas*.

Una vez formulada la nota introductoria, caminaremos por el sendero de proporcionar una breve reseña histórica de cómo se insertó en el marco normativo mexicano el tópico de procesos colectivos.

Hasta antes del 2010 en México las *acciones colectivas* se habían mostrado en el ámbito federal en campos del derecho sumamente concretos, por ejemplo, en materia laboral, agraria y de protección del consumidor (OVALLE, 2013 c).

Así entonces, es importante referirse a las *acciones colectivas* en la esfera del derecho procesal del trabajo. Las encontramos cuando, con fundamento en las leyes de la materia que datan de 1931, se ejercían acciones por parte de los sindicatos, de la colación de la mayoría de los trabajadores y/o de los patronos para crear o modificar condiciones generales de trabajo.

Respecto del proceso agrario, tenemos como *acciones colectivas* las que se intentaban con fundamento en el artículo 107 constitucional reformado en 1962 por parte de los núcleos de población ejidal y comunal para reclamar el amparo en contra de actos de autoridad que les privaban de sus derechos colectivos.

Por último, en materia de protección al consumidor (la *acción de grupo*) pretende que un conjunto de personas que hubiesen sufrido perjuicios en circunstancias homogéneas respecto de una misma causa puedan reclamar la satisfacción de sus intereses individuales para que se les reconozca el perjuicio que cada individuo resintió, y su finalidad consiste en que se le indemnice a cada uno (esta acción es el antecedente in-

5 En este mismo sentido, se ha pronunciado el Magistrado Juan José Rosales Sánchez al expresar en su artículo titulado *Introducción de las acciones colectivas* publicado en la obra "Acciones Colectivas. Reflexiones desde la judicatura", que lo que el legislador pretendió que la acción colectiva es procedente para tutelar derechos e intereses colectivos como un mecanismo para ampliar la protección de los grupos y colectividades mediante el acceso a la Justicia.

mediato de las *acciones individuales homogéneas* de incidencia colectiva contemplada en el *CFPC*). (ROSALES,2013)

De esta manera, en el ámbito federal en México, tenemos como referencia previa al 2010, el artículo 26 de la *Ley Federal de Protección al Consumidor*, en donde se establecía que la *Procuraduría Federal del Consumidor* (en lo sucesivo *PROFECO*) tendría legitimación procesal activa para ejercer ante los tribunales competentes *acciones de grupo* en representación de consumidores para que los órganos jurisdiccionales dictaran:

- a) Sentencias en donde se declare que una o varias personas hubiesen realizado una conducta que hubiere ocasionado daños o perjuicios a consumidores y, en consecuencia, debía proceder la reparación por la vía incidental a los interesados que acreditaran su calidad de perjudicados. En este caso la *PROFECO* debía contar previamente con mandato de los consumidores perjudicados; o
- b) Mandamientos para impedir, suspender o modificar la realización de conductas que pudieran ocasionar daños o perjuicios a consumidores o previsiblemente pudieran ocasionarlos⁶.

Siguiendo este mismo orden de ideas, el 26 de mayo de 2011 la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México resolvió dos amparos directos, estableciendo un antecedente relevante en esta materia. Se trató de una resolución propuesta por el ministro José Ramón Cossío para resolver un litigio entre una constructora y un grupo de sus clientes, representados por *PROFECO*. La Corte determinó que los efectos de la sentencia, condenatoria para la empresa, no se limitaban a los consumidores que hubieran presentado quejas ante la *PROFECO* esta Procuraduría o que participaron en el juicio principal, sino que cubría a todos los miembros de la clase afectada, definida por el hecho de poder estar afectados por la fuente de daño. Esta sentencia también determinó que la empresa debía indemnizar a los condóminos con una cantidad que no fuera menor a 20% del monto del detrimento que hubieren sufrido en su patrimonio.

Esta resolución subrayó que la *acción de grupo*, entonces vigente, tenía una doble función: por una parte, protegía con mayor extensión a consumidores afectados por la obtención de bienes o servicios normalmente producidos y comercializados en masa y, por otra, incentivaba a mejorar los controles de calidad de los propios proveedores en la produc-

6 Las atribuciones antes mencionadas eran discrecionales y se ejercitaban previo análisis de su procedencia.

ción, distribución y comercialización de bienes y servicios. Sin embargo, la *acción de grupo* se tramitaba por la vía ordinaria civil federal, pues estaba diseñada para el trámite de acciones individuales, por lo cual no incluía los elementos característicos de la *acción colectiva*

Antes de la reforma constitucional para incluir las *acciones colectivas* como tal en el marco normativo mexicano, la PROFECO obtuvo bajo el esquema de *acciones de grupo* 8 sentencias favorables representando alrededor de 3000 consumidores en los diferentes asuntos en un periodo aproximado de 8 años; posterior a la reforma antes mencionada que generó el andamiaje jurídico para que se instrumenten las *acciones colectivas*, a la fecha se ha obtenido una sola sentencia favorable, bajo este nuevo paradigma constitucional, sin embargo en este asunto se han visto beneficiados casi 15,000 consumidores, en un periodo de tres años. estos datos muestran la utilidad que genera los procesos colectivos cuando hay suficiente regulación como lo son hoy las *acciones colectivas* frente a las incipientes *acciones de grupo* que se regulaban con anterioridad en la *Ley Federal de Protección al Consumidor*.

Al comprender el grado de alcance que puede tener una *acción colectiva* frente a las anteriores *acciones de grupo* adquiere vigencia fáctica lo que autores Gidi y Rosales (2013, p. 13) sostienen:

las *acciones colectivas* tienen tres objetivos: proporcionar economía procesal; asegurar el acceso efectivo a la justicia y hacer efectivo el derecho material. Lo primero al permitir que una multiplicidad de acciones individuales repetitivas en tutela de una misma controversia sea substituida por una única *acción colectiva*, con lo que se promueve el ahorro de tiempo y de dinero para el grupo actor, para el Poder Judicial y para el demandado. Lo segundo, porque las *acciones colectivas* aseguran acceso efectivo a la justicia a pretensiones que, de otra forma, difícilmente podrían ser tuteladas por los tribunales. Y lo último, porque las *acciones colectivas* hacen efectivas las políticas públicas del Estado, a través de la realización autoritaria de la justicia o en el caso concreto de un ilícito colectivo, o bien estimulando el cumplimiento voluntario del derecho.

La última institución procesal que puede ser referente en el marco de los procesos colectivos es el amparo, en el marco jurídico mexicano el juicio de amparo se ha consolidado como la institución procesal más importante, cuya finalidad es proteger a las personas por violaciones a sus Derechos Humanos.

A partir del 6 de junio de 2011 se publicó la nueva Ley de Amparo en la que se estableció el objeto del juicio de amparo de la siguiente forma:

Artículo 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y

III. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley.

En esta nueva ley de amparo, en palabras de Valencia (2013, p. 251) no sólo se extendió el ámbito protector del juicio de amparo, sino que además se ampliaron algunos principios del juicio de amparo, como son el interés legítimo individual o colectivo, el agravio personal y directo, y la relatividad de las sentencias de amparo, entre otros.

Con la nueva ley de amparo se habilita la posibilidad de que se protejan los derechos colectivos.

2. ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA LEGISLACIÓN MEXICANA Y EL CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA

A continuación, se formula, a través del Derecho Comparado, un análisis sobre los procesos *colectivos* regulados en México a nivel federal en el *CFPC* y los que se encuentran contemplados en el *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (Código Modelo)*.

2.1. TIPOLOGÍA DE ACCIONES COLECTIVAS

En cuanto a las categorías de los *Derechos o Intereses* (en los sucesivos los *DoI*) materia de protección, el *Código Modelo*⁷ se refiere, principalmente a dos: Los *difusos*⁸ o *supraindividuales*; y los *individuales homogéneos*; mientras que en el *CFPC*⁹, las divide en tres: Los *difusos*; los *colectivos*; y los *individuales de incidencia colectiva*, tal y como se muestra en la siguiente lámina comparativa:

7 Artículo 1º en el Capítulo I Disposiciones Generales del *Código Modelo*.

8 Cabe mencionar que en la exposición de motivos del *Código Modelo* se indica que en los *DoI* difusos se subsumen los *DoI* Colectivos; sin embargo, dada la comparación que en esta categoría se realiza, es útil tener en mente que en un ordenamiento solo se manejan expresamente dos categorías y en otros tres.

9 Artículo 580 del *CFPC*.

01.

CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA

ART 10 - **Ámbito de aplicación de la acción colectiva - La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de:**

I - intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base;

II - intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.

02.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

ARTICULO 580.- En particular, las acciones colectivas son procedentes para tutelar:

I. Derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes.

II. Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho.

De esta manera, la primera nota diferenciadora entre ambos cuerpos normativos es el número de categorías. Para el *Código Modelo*, se reducen a *DoI difusos* y a *DoI individuales homogéneos*; mientras que, en el *CFPC*, se emplean tres, los *DoI difusos*, los *DoI colectivos* y los *DoI individuales de incidencia colectiva*.

Al propio tiempo, es importante resaltar que la terminología manejada en ambos instrumentos no es del todo coincidente, ya que en el *Código Modelo* se recurre a la expresión *DoI individuales homogéneos*; en tanto que, en el *CFPC*, se apela a la frase *DoI individuales de incidencia colectiva*. En este mismo orden de ideas, en el primer ordenamiento se indica, *in genere*, como titular de estos a un grupo, categoría o clase de personas; mientras que, en el segundo, la titularidad corresponde a una *colectividad de personas*¹⁰.

Una vez atajadas las diferencias que nos proporciona la arista gramatical es menester hacer otro tipo de aproximaciones de carácter más sustancial, no sólo para remarcar las discrepancias, sino también para enunciar los puntos de encuentro, por ejemplo, los *DoI difusos*, tanto en el *Código Modelo*, como en el *CFPC* son de naturaleza indivisible y gozan de transindividualidad. Ovalle (2011a, p. XI) indica en la Introducción que elaboró para la obra colectiva que coordinó intitulada “*Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*”, que José Carlos Barbosa Moreira advertía que las dos características enunciadas eran comunes en los dos tipos de intereses, ya que éstas significan que los interesados se encuentran siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno sólo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, *ipso facto*, la lesión de la entera comunidad. José Ovalle también explica que se presupone que la solución a los conflictos en los que se manifiesten estos tipos de intereses debe ser la misma para todas las personas que integran la comunidad

Ahora bien, regresando al tema de las diferentes categorías, en consonancia con lo expuesto por Vigoriti (1979), el *CFPC* distingue los

10 De acuerdo con el diccionario de la *Real Academia de la Lengua*, la locución *colectividad* se emplea para denotar a un conjunto de personas reunidas o concertadas para un fin. Al expresarse en el *CFPC*, que es una *colectividad de personas* se incurre en redundancia, y, por ende, dicha expresión se estima innecesaria para que tenga sentido completo la misma, sin embargo, se reconoce que con su empleo se añade expresividad a lo dicho. Habría acarreado mayor pulcritud referirse lisa y llanamente a la colectividad. En el caso de la fracción II del artículo 580 del *CFPC*, es aún mayor la superabundancia cuando se expresa “...cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas...”.

intereses colectivos de los *intereses difusos*, cuando el *Código Modelo* no lo concibe de igual forma, toda vez que en el mismo rubro solo maneja los *DoI difusos*. Al existir una distinción entre estos *DoI* en la normatividad del *CFPC*, es propio hacer referencia a las notas características entre una y otra categoría:

- ✓ La colectividad titular de los *DoI difusos* es indeterminada¹¹, encontrándose sus integrantes relacionados por circunstancias de hecho¹².
- ✓ En cuanto a los *DoI colectivos*, se trata de una colectividad, determinada o determinable, cuyas personas están relacionadas por circunstancias de derecho común.

Al respecto, la titularidad de los *DoI difusos* enunciados en el *Código Modelo* recae en un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base.

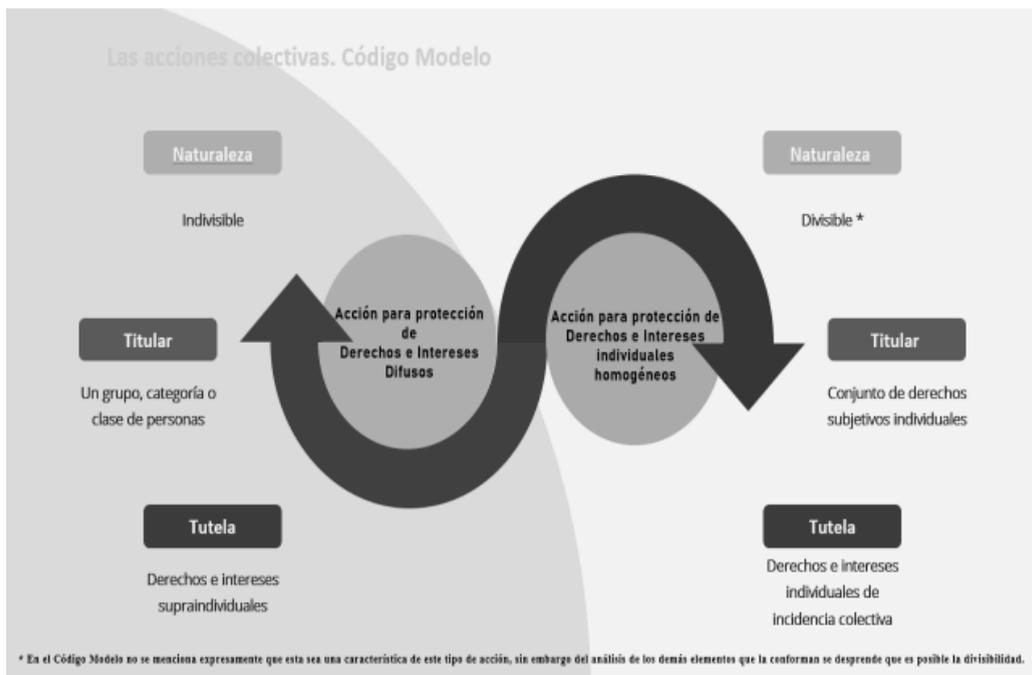
Ahora bien, en tratándose de los *DoI individuales homogéneos* (*Código Modelo*) o los *DoI individuales de incidencia colectiva* (*CFPC*), es preciso mencionar que en el primer cuerpo normativo es omiso en expresar si su naturaleza es indivisa o no; mientras en el *CPCF*, si menciona que son divisibles. No obstante, las particularidades que el *Código Modelo* enuncia para este tipo de *DoI* se puede derivar su divisibilidad como nota definitoria.

Por su parte, el *CFPC* establece que la titularidad de los *DoI individuales de incidencia colectiva*, pertenece a los individuos integrantes de una *colectividad de personas*(sic) que es determinable y que se encuentran relacionadas por circunstancias de derecho.

11 Propiamente no se debiera hablar de colectividad indeterminada, sino una colectividad de personas indeterminada, ya que el grupo como colectividad si debe estar perfectamente delimitado, lo que no es posible individualizar son quienes conforman dicha colectividad.

12 Para fortalecer la división entre los intereses difusos de los colectivos, es útil acudir al *Código de Defensa del Consumidor* brasileño en donde se definen estos dos tipos de intereses. Son difusos, de conformidad con la fracción I del artículo 81 del citado ordenamiento, los intereses transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho. En tanto que en la fracción II, se indica que son colectivos los intereses transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base.

A continuación, sendos cuadros que permiten comparar las acciones contempladas en ambos complejos normativos tomando en consideración su naturaleza, titularidad y qué tutelan:



Las acciones colectivas. Código Federal de Procedimientos Civiles

	 Naturaleza	 Titular	 Tutela
Acción difusa	Indivisible	Colectividad indeterminada	Derechos e intereses difusos
Acción Colectiva, en sentido estricto	Indivisible	Colectividad determinada o Determinable con base en circunstancias comunes	Derechos e intereses colectivos
Acción individual homogénea	Divisible	Individuos agrupados con base en circunstancias comunes	Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva

En cuanto al objeto que se puede perseguir en este tipo de procesos, el tratamiento que le da el *Código Modelo* se origina en un lugar diferente de aquel del que el *CFPC* marca, ya que, aquella toma como *kilómetro cero* la circunstancia consistente en si el bien objeto de la pretensión es jurídicamente divisible o no; mientras que el último ordenamiento citado determina un resultado específico para cada tipo de acción atendiendo a su naturaleza.

En dichas circunstancias, el *Código Modelo* dispone que cuando el proceso tenga por objeto el cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer, el juez debe asegurar el *resultado práctico equivalente* al del cumplimiento. De esta manera, la conversión de la obligación en daños y perjuicios solamente es admisible:

- Si el actor opta por ella; o
- Si es imposible la tutela específica o la obtención del resultado práctico correspondiente.

El *Código Modelo* dispone que, si la resolución definitiva ordena el pago de los daños provocados al bien indivisiblemente considerado, en-

tonces el órgano jurisdiccional debe obligar a que la cantidad que resulte con motivo del resarcimiento se destine a un *Fondo de Derechos difusos e Individuales Homogéneos* (cuyo análisis se realizará más adelante). Los recursos así dispuestos se deben emplear para lograr la reconstitución de los bienes lesionados o, en su defecto, a la ejecución de acciones encaminadas a reducir al máximo posible el daño, o a impedir en la medida de lo posible que dicha lesión se repita. Con relación a este tópico, el CFPC establece que por conducto de la *acción difusa* se debe exigir la compensación del daño generado a la colectividad, por lo tanto, la restitución de las cosas al estado que guardaban antes de que el ilícito se hubiese configurado, y que puede residir en la ejecución de una o más actividades, o bien puede ser solamente el asumir la obligación de abstenerse de realizarla(s); o, ya en último de los casos pugnar por el cumplimiento sustituto. En esta última hipótesis, la cantidad resultante se envía a un Fondo de recursos que administra el *Consejo de la Judicatura Federal*¹³.

Por otro lado, si se trata de una *acción colectiva*, la reparación del daño consiste en la realización de una o más acciones o de abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños de manera individual a los miembros del grupo, previo incidente de liquidación que se tramite en el que cada integrante de la colectividad debe demostrar el daño sufrido. En este supuesto, el pago debe realizarse de manera directa y en ningún caso por conducto de representante común. Por último, la *acción individual homogénea de incidencia colectiva* tiene como fin reclamar judicialmente a un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con las consecuencias y efectos legales correspondientes. Al igual que la *acción colectiva*, los miembros de la colectividad deben promover el incidente de liquidación correspondiente y el pago debe efectuarse a los interesados y no por medio de representante común.

A continuación, las tablas comparativas respecto del objeto que se persigue en cada tipo de acción de acuerdo con lo que dispone cada ordenamiento:

13 De conformidad con el artículo 94 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, la administración, vigilancia y disciplina del *Poder Judicial de la Federación*, con excepción de la *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, está a cargo del *Consejo de la Judicatura Federal*.

Acciones colectivas en el Código Modelo.

	Objeto	Existencia de Vínculo Jurídico
<p>Bien jurídicamente divisible</p> <p>Acción para protección de Dol Difusos</p>	<p>En el proceso que tenga por objeto el cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o determinará las medidas que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento. La conversión de la obligación en daños y perjuicios solamente es admisible si por ella optare el actor o si fuere imposible la tutela específica o la obtención del resultado práctico correspondiente. La indemnización por daños y perjuicios procederá independientemente de la multa a la que se haga acreedor el demandado por incumplimiento de la sentencia o de las determinaciones que el juez dicte para la tutela anticipada.</p>	<p>Ligados por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base</p>
<p>Bien jurídicamente Indivisible</p> <p>Acción para protección de Dol individuales homogéneos</p>	<p>En la sentencia que condene a la reparación de los daños provocados al bien indivisiblemente considerado, el juez debe disponer que la indemnización sea vertida al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos, administrado por un Consejo Gestor Gubernamental, del que participarán necesariamente miembros del Ministerio Público, jueces y representantes de la comunidad. Sus recursos se destinan a la reconstrucción de los bienes lesionados o, si esto no es posible, a la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o a evitar que ella se repita, entre otras que beneficien el bien jurídico perjudicado.</p>	<p>Provenientes de un origen común de que sean titulares los miembros del grupo, categoría o clase</p>

Las acciones colectivas en el CFPC

	Objeto	Existencia de Vínculo Jurídico
Acción Difusa	Reclamar la reparación del daño causado a la colectividad, restituyendo las cosas al estado que guardaban antes de la afectación, que puede consistir en la realización de una o más acciones o de abstenerse de realizarlas; o en su caso el cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad. En su caso, la cantidad resultante se destinará al Fondo que administrará el Consejo de la Judicatura Federal	No existe un vínculo jurídico pre-existente entre la colectividad y el demandado
Acción Colectiva en estricto sentido	Reclamar la reparación del daño consistente en la realización de una o más acciones o de abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños de manera individual a los miembros del grupo. Cada miembro de la colectividad puede promover incidente de liquidación, en el que deberá probar el daño sufrido. El pago que resulte será hecho a los miembros de la colectividad y en ningún caso a través del representante común.	Vínculo jurídico que deriva de mandato de ley entre la colectividad y el demandado
Acción individual homogénea de incidencia colectiva	Reclamar judicialmente a un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con las consecuencias y efectos legales que correspondan. Cada miembro de la colectividad puede promover incidente de liquidación, en el que deberá probar el daño sufrido. El pago que resulte será hecho a los miembros de la colectividad y en ningún caso a través del representante común.	Vínculo jurídico creado entre las partes integrantes de una relación jurídica

2.1.1. CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS

Es importante realizar un análisis comparativo sobre la clasificación de las *acciones colectivas lato sensu* en los ordenamientos materia del presente estudio. En dicha tesitura, se revisará primero lo contemplado por la normatividad mexicana, y consecutivamente lo regulado por el *Código Modelo*.

La inserción de las *acciones colectivas* en el artículo 17 Constitucional¹⁴ y la posterior modificación de la normatividad secundaria mexicana implicó el reconocimiento por parte del legislador federal consistente en que algunos derechos de carácter transindividual quedaban fuera de cualquier ámbito de protección a través de los medios convencionales de índole individual, y por ende, resultaba fundamental garantizar a los afectados, el acceso a la justicia con la implementación de procesos colectivos. Dentro de este contexto Rosales (2013) sostiene lo siguiente:

En la reforma Constitucional, y luego en la legal se adoptó el término *acciones colectivas* para referirse a los medios para hacer efectivos los derechos difusos y colectivos.

Incluso, en los artículos 579 y 580 del Código Federal de Procedimientos Civiles, se indica que las *acciones colectivas* son procedentes para la tutela de las pretensiones cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas; y que en particular dichas acciones son procedentes para tutelar derechos e intereses difusos y colectivos, e intereses individuales de inferencia colectiva.

Además, en el artículo 581 de ese código se hizo una tipología de las *acciones colectivas* desarrollando esos conceptos.

Sin embargo, con independencia de que no hay uniformidad teórica ni legal en cuanto al término *acciones colectivas*, ni respecto de su naturaleza, lo que repercute en los elementos que las integran, su caracterización no es adecuada.

De lo expresado por Rosales (2013), se desprende que la tipología de las *acciones colectivas* en el marco normativo mexicano se encuentra

14 El 29 de julio de 2010 se reformó el artículo 17 de la Constitución mexicana para insertar las bases sobre las cuales se estructurarían las *acciones colectivas* en el ámbito federal. El referido numeral quedó redactado de la siguiente forma: Artículo 17. ...El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las *acciones colectivas*. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

dividida en tres categorías fundamentalmente: las *acciones difusas*, las *acciones colectivas* en sentido estricto y las *acciones individuales homogéneas*; y, no obstante, que estas se encuentran debidamente tipificadas, considera que no hay una uniformidad teórica ni legal para su manejo, por lo que su caracterización no es la apropiada. Por ello consideramos relevante que en los siguientes apartados se realice un análisis sobre los elementos que las caracterizan en la legislación federal mexicana.

De conformidad con el artículo 580 del *CFPC* las *acciones colectivas* en general son procedentes para tutelar: i. Derechos e intereses difusos y colectivos entendidos como aquellos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionada por circunstancias de hecho o de derecho comunes; y ii. Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquellos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas determinable, relacionadas por circunstancias de derecho.

No obstante, lo anterior el artículo 581 del *CFPC* establece que para proteger los derechos e intereses objeto de tutela de las *acciones colectivas* en lato sensu, las acciones se deben de clasificar en: i. *Acción difusa*; ii. *Acción colectiva* en sentido estricto y; iii. *Acción individual homogénea*. Una vez enunciada la clasificación en este precepto, en cada categoría indica si la acción de qué se trate es de naturaleza divisible o indivisible.

Tipo de acción	Naturaleza
Acción Difusa	“Es aquella de naturaleza indivisible...”
Acción colectiva en sentido estricto	“Es aquella de naturaleza indivisible...”
Acción individual homogénea	“Es aquella de naturaleza divisible...”

En este punto coincidimos con lo expresado por el Magistrado Juan José Rosales en el sentido de que el *CFPC* señala como características de las acciones enumeradas las que corresponden a los derechos e intereses que las originan, incurriendo en inexactitud, ya que la acción como tal no puede reputarse como divisible e indivisible, toda vez que esta característica de divisibilidad o no le corresponde propiamente a los intereses o derechos objeto de la protección de las referidas acciones y no a la acción en sí misma.

Por su parte, para la defensa de los derechos e intereses transindividuales, el *Código Modelo* clasifica a los procesos colectivos en dos grandes universos: Los que tienen como objetivo defender los derechos e

intereses difusos (a los cuales fueran subsumidos los colectivos); y aquellos que cuyo fin es proteger los intereses individuales homogéneos (se buscaron en el sistema norteamericano los requisitos de la predominancia de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto (*predominance and superiority*). De esta manera el artículo 1º del *Código Modelo* expresa que la *acción colectiva* servirá para ejercer acciones de tutela de:

- a) Intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base;
- b) Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.

A continuación, la tabla comparativa sobre la diferencia en tipologías de acciones entre el *CFPC* y el *Código Modelo*:

Clasificación de acciones colectivas

Código Modelo

Acción difusa

01

02

03

04

05

Código Federal de Procedimientos Civiles

Acción difusa

Acción individual
homogénea de incidencia
colectiva

Acción individual
homogénea

Acción colectiva

2.1.1.1. ACCIÓN DIFUSA

De conformidad con el *CFPC* es aquella de naturaleza indivisible¹⁵ que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los *DoI* de la colectividad, sin que necesariamente exista vínculo jurídico alguno entre dicha colectividad y el demandado. Al respecto sostiene Ovalle (2012b, p. 52) que:

La definición contiene varias afirmaciones cuestionables. En primer término, el titular de la *acción difusa* no puede ser una colectividad indeterminada, pues si así fuera el demandado estaría colocado en estado de indefensión, ya que no sabría cuál sería la colectividad que lo demanda. Seguramente lo que los autores de la reforma quisieron decir es que el titular es una colectividad de personas indeterminada. En segundo lugar, el objetivo de las *acciones colectivas* se limita a la restitución de las cosas a su estado anterior o al cumplimiento sustituto, pero omite considerar como finalidad evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los *DoI* colectivos, como si lo hace la legislación colombiana para las acciones populares. Por último, la definición señala que no es necesario que exista vínculo jurídico entre dicha colectividad y el demandado, lo cual es correcto, pero no precisa que tampoco se requiere que exista vínculo jurídico entre los integrantes de la colectividad.

En torno a este tema el primer tribunal colegiado en materias administrativa y de trabajo del décimo primer circuito (México, 2011), al resolver el amparo en revisión 329/2010 sostuvo que los intereses difusos se relacionan con aquellas situaciones jurídicas no referidas a un individuo, sino que pertenecen a una pluralidad de sujetos indeterminable, que están vinculados únicamente por circunstancias de hecho en una situación específica que los hace unificarse para acceder a un derecho que les es común.

15 De acuerdo con lo expresado por el Magistrado Juan José Rosales la acción no es divisible, sino más bien se debe referir a la divisibilidad o indivisibilidad de los intereses o derechos que con su ejercicio se tutela.

Por ejemplo, si un buque encalla frente a las costas de un parque ecoturístico, en la Riviera Maya generando daños ecológicos en los arrecifes de coral Sábalo, Tortugas y Barracuda, es indudable que existirá una *colectividad indeterminada* que estará sufriendo un daño derivado de una circunstancia de hecho en una situación específica –que el barco haya encallado y causado deterioros en los arrecifes de la zona—. Si bien es cierto que existe una colectividad afectada que se encuentra unida por el lazo que genera esta circunstancia de hecho, también lo es que la misma no es susceptible de ser fragmentada para determinar qué individuos en concreto pueden ser perjudicados con la conducta ilícita, en este caso el ejercicio de la acción no admite división por ser ésta impracticable, pues los resultados que pudiese conseguir un individuo en lo personal para que se restituyera su derecho desmerecería mucho con la división. Por otro lado, determinar con precisión qué individuos resultan afectados cuando se destruye un arrecife es imposible, ya que se deteriora directamente un ecosistema que es una comunidad de los seres vivos cuyos procesos vitales se relacionan entre sí y se desarrollan en función de los factores físicos de un mismo ambiente, por lo que no es posible pensar que la afectación será en perjuicio de un solo miembro de la colectividad.

A mayor abundamiento, entre aquel que genera el daño y la colectividad no existía *jus vinculum* alguno, es decir no concurría una unión o atadura entre el primero con aquella previa a la conducta ilícita que genera el daño. Una vez que se produce la afectación producirá efectos que se traducirán en la posibilidad de que la *colectividad indeterminada* reclame judicialmente del demandado la reparación del daño causado, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo con la afectación de los *DoI* de la colectividad. En el caso que nos ocupa, la reparación del daño –deterioro de arrecifes— a cargo del demandado sería humanamente imposible ya que los arrecifes de coral son un banco formado en el mar por piedras, puntas de roca, pólipos, principalmente madreporicos, casi a flor de agua, por lo que es prácticamente imposible su restauración toma millones de años. Lo que quedaría es el cumplimiento sustituto; sin embargo, qué cantidad será suficiente para restituir el daño.

En este sentido, se emplea la voz latina *difusus*, para describir que el ejercicio de la acción para este tipo de conductas ilícitas se encuentra dilatado de tal forma que pueda restituirse a la colectividad su interés y/o derecho a gozar de los arrecifes dañados.

Por su lado, el párrafo uno del artículo 1º indica que la *acción colectiva* (en lato sensu) puede ejercerse para hacer valer pretensiones de tutela de *DoI difusos*; entendiendo estos como aquellos supraindividuales de naturaleza indivisible cuyo titular es un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hechos o vinculadas entre sí o por la parte contraria por una relación jurídica base.

Al comparar en este punto el *Código Modelo* y el *CFPC*, el primero refiere de manera expresa a los *DoI difusos* como supraindividuales, mientras que el segundo no lo hace, sin que ello impida que se llegue a la misma conclusión de manera tacita al analizar las demás características que le definen. En ambos casos la indivisibilidad es una nota característica, pero ella en todo caso debiera ser no respecto de la acción, si no del vínculo de los *DoI* que a su vez hace impráctico la fragmentación ya sea del grupo, categoría o clases de personas (*Código Modelo*) o de la colectividad indeterminada (*CFPC*). Otra diferencia entre ambos ordenamientos es que en el caso del *Código Modelo* reputa como titular de los *DoI difusos* a un grupo, categoría o clase de personas; mientras que en el *CFPC* el titular es una colectividad indeterminada¹⁶. Atendiendo a la terminología empleada por ambos instrumentos, la locución *grupo* se usa para referirse a la pluralidad de seres que forman un conjunto, material o mentalmente, considerado; o bien, para describir a un grupo social al que se adscribe un individuo por compartir comportamientos, valoraciones, creencias, etc. (Grupo de pertenencia); o bien, para indicar la existencia de un conjunto de personas, que, en beneficio de sus propios intereses influye en una organización, esfera o actividad social (Grupo de presión). En cuanto a la voz *categoría*, (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2009) ésta se utiliza para expresar cada una de las clases establecidas en una profesión, carrera o actividad o bien para indicar la condición social de una persona respecto de las demás. Por último, en cuanto a la terminología del *Código Modelo* por *clase* se entiende el conjunto de personas del mismo grado, calidad u oficio.

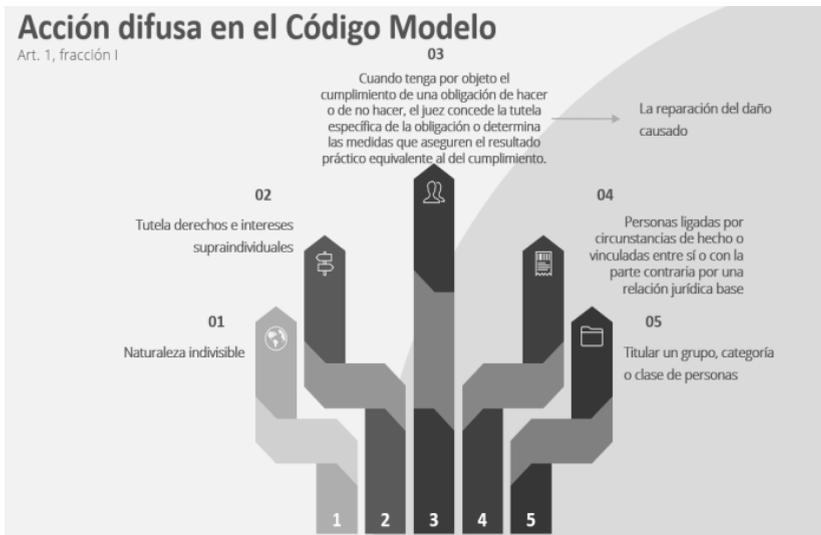
Respecto del vocablo equivalente usado en el *CFPC* encontramos el de colectividad para referirse al conjunto de personas que tienen problemas e intereses comunes y/o que comparten determinadas circunstancias (normas, hábitos, cultura, etc.).

Por otro lado, es necesario resaltar que en el *Código Modelo* el grupo, categoría o clase de personas unidas para defender *DoI difusos* se

16 Se insiste que esta expresión carece de técnica legislativa ya que como lo refiere el Dr. José Ovalle se debe emplear como terminología correcta "Colectividad de personas indeterminadas".

encuentran ligadas por circunstancias de hecho, o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base (de esta característica, válidamente se puede sostener que dentro del concepto de *acciones difusas* se encuentren las colectivas, ya que si el vínculo es de hecho, estamos hablando de intereses difusos, y sí hay una relación jurídica base sería sobre intereses colectivos). En este mismo rubro el *CFPC* refiere que para ejercer una *acción difusa* se puede hacer sin que necesariamente exista vínculo jurídico entre dicha colectividad y el demandado (equivalente a que estén ligadas por circunstancias de hecho).

A continuación, se muestra una comparativa en donde se resaltan los elementos que las caracterizan





2.1.1.2. Acción colectiva en sentido estricto

De conformidad con el *CFPC* es aquella de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño causado consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado. Al respecto sostiene Ovalle (2012 b, p. 153-153):

Cabe aclarar que no es la colectividad la que es determinada o determinable, sino las personas que la integran. Por otro lado, no parece ser compatible con la naturaleza indivisible de las *acciones colectivas*, el que a través de ellas se reclame el pago de daños sufridos en forma individual por los miembros del grupo. Pero lo que resulta muy grave es la última condición que impone el código consistente en que la *acción colectiva* en sentido estricto deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado. La legislación brasileña prevé que son colectivos en sentido estricto los intereses transindividuales,

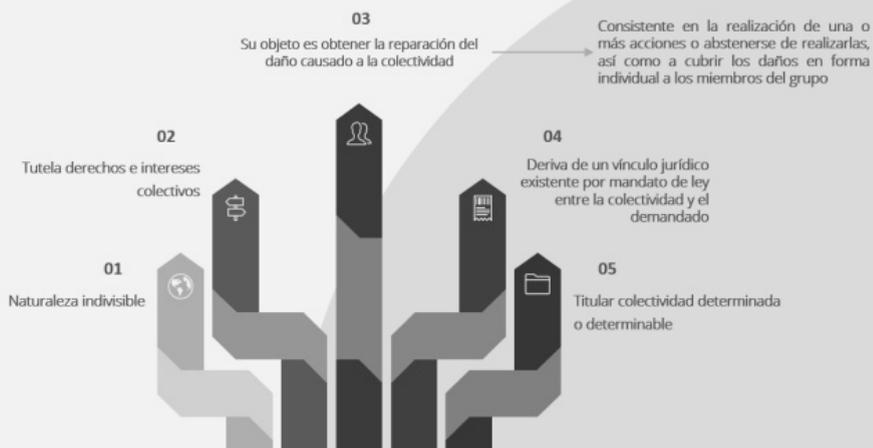
de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base. Esto significa que el vínculo jurídico se puede establecer entre los integrantes de la colectividad o entre los intereses de la colectividad y la parte demandada.

El *Código Modelo* no contempla mención expresa para las acciones colectivas en estricto sensu, ya que las entiende como subsumidas a las *acciones difusas*.



Acción colectiva en sentido estricto, en el CFPC.

Art. 581, fracción II



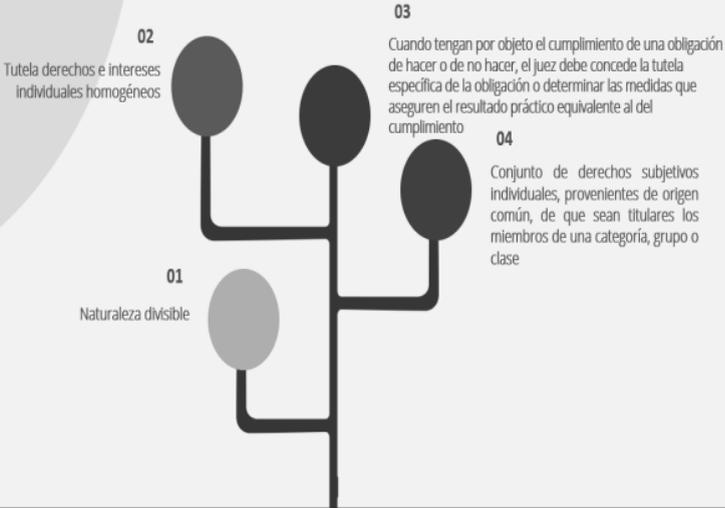
2.1.1.3. Acción individual homogénea

De acuerdo con el *CFPC* es aquélla de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable. Alrededor de este tema Ovalle (2012 b, p. 153) resalta que la definición de la acción individual homogénea resulta también restrictiva, ya que las relaciones de consumo se establecen normalmente a través de contratos, pero estos pueden ser escritos o verbales, y se cuestiona si se podrá promover este tipo de acción en aquellos contratos que sean verbales. Por otro lado, indica que las relaciones de consumo no sólo se consolidan a través de la celebración de contratos, sino que también se pueden cristalizar a través de declaraciones unilaterales de voluntad de los proveedores, sin que se haya formalizado un contrato.

A continuación, la siguiente comparativa permiten identificar las diferencias y puntos en común que existen entre la acción individual homogénea del *Código Modelo* y la acción individual homogénea en el *CFPC*:

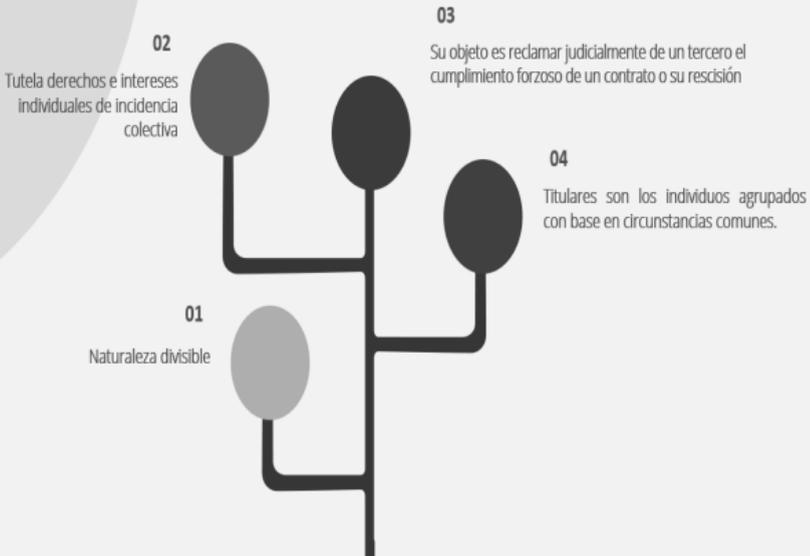
Acción individual homogénea en el Código Modelo

Artículo 1 fracción II



Acción individual homogénea en el CFPC

Artículo 581 fracción III



2.2. VÍNCULO QUE ORIGINA LA RESPONSABILIDAD EN CADA TIPO DE ACCIÓN

El análisis respecto del objeto que se persigue en cada tipo de acción lleva indiscutiblemente a estudiar el tipo de vínculo que origina la responsabilidad en cada una de ellas. Al revisar el manejo que le da el *Código Modelo* a la protección de los *DoI difusos*, se concluye que las personas que conforman la clase, categoría o grupo se encuentran ligados por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; mientras que los *DoI difusos* regulados en el *CFPC* no requieren de un vínculo jurídico pre-existente entre la colectividad y el demandado. Por su parte, para que proceda la acción para la protección de los *DoI individuales homogéneos* regulados en el *Código Modelo*, éstos deben provenir de un origen común de que sean titulares los miembros del grupo, categoría o clase. En este mismo tema, la *acción individual homogénea de incidencia colectiva* regulada en el *CFPC* supone un vínculo jurídico creado entre las partes integrantes de una relación jurídica, ya que su finalidad es reclamar el cumplimiento de un contrato o bien su rescisión. Por último, el *CFPC*, establece que tratándose de las *acciones colectivas* –en estricto sensu–, debe existir un vínculo entre la colectividad y el demandado que derive del mandato de la ley. Lo antes expresado se ilustra en la siguiente tabla (ROSALES, 2013, p.16):

		Vínculo que origina la responsabilidad (Causa)	
		Código Modelo	CFPC
ACCIÓN DIFUSA		Las personas que conforman la clase, categoría o grupo se encuentran ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base. Los intereses o derechos son indivisibles en esencia en ambas categorías	La afectación de los <i>DoI</i> de la colectividad se genera sin que necesariamente exista vínculo jurídico entre la colectividad y el demandado.
ACCIÓN COLECTIVA			Daño causado de forma individual a los miembros del grupo y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley.

(continua)

ACCIÓN INDIVIDUAL HOMOGÉNEA	Los derechos e intereses individuales homogéneos deben provenir de un origen común de que sean titulares los miembros del grupo, clase o categoría. Son divisibles en esencia, pero en la práctica pueden ser reclamados en conjunto.	Incumplimiento de un contrato.
------------------------------------	---	--------------------------------

3. CONCLUSIÓN

De lo anterior se desprende qué para efectos de la *justicia colectiva*, los términos *intereses* y *derechos* deberán gozar de flexibilidad en cuanto a su interpretación para hacer efectiva esta vía de protección jurisdiccional que se está habilitando para las colectividades; sin embargo, esta flexibilidad no nos lleva a habilitar al interés liso y llano para que puedan iniciarse procesos colectivos, quedando el interés jurídico y el interés legítimo como figuras que si dan lugar a la justicia colectiva.

Es posible concluir que el *Código Modelo* y el *CFPC* tienen entre ambos una gran coincidencia: Ambos como complejos normativos están empeñados en la transformación de los sistemas positivos nacionales para dar cabida junto con los procesos individualistas a los procesos sociales, como lo son los que engloban las *acciones colectivas* y cuyos objetivos son proporcionar economía procesal al permitir que una multiplicidad de acciones individuales repetitivas en tutela de una misma controversia sea substituida por una única *acción colectiva*; asegurar el acceso efectivo a la justicia a pretensiones que, de otra forma, difícilmente podrían ser tuteladas por los tribunales y hacer efectivo el derecho material, es decir, hacen efectivas las políticas públicas del Estado, a través de la realización autoritaria de la justicia o en el caso concreto de un ilícito colectivo, o bien estimulando el cumplimiento voluntario del derecho.

REFERÊNCIAS

ARMENTA, Teresa. **Acciones colectivas**: Los recaudos para aprobar un acuerdo. La cosa juzgada y ejecución de sentencia, publicado en la obra colectiva Pro-

cesos Colectivos, coordinada por Eduardo Oteiza. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.

GIANNINI, Leandro. **La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas**, publicado en la obra colectiva *Procesos Colectivos*, coordinada por Eduardo Oteiza. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.

GIDI, Antonio. **Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos**, publicado en la obra colectiva *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos*. México: Editorial Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES Pablo e Hidalgo de Caviedes. **La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: *Colectivos y difusos*** Aranzadi: Navarra, 1999.

IBARRA. Valencia Sergio. **Análisis sistemático del nuevo juicio de amparo y las acciones colectivas**, publicado en la obra colectiva “*Las Acciones Colectivas. Reflexiones desde la Judicatura*”. Coordinada por Leonel Castillo González y Jaime Murillo Morales. México: Poder Judicial de la Federación, 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Justicia Colectiva**: Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010.

MEROI, Andrea A. **Procesos Colectivos**: Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.

MONTERO, Aroca Juan. **La legitimación en el proceso civil**. Madrid: Civitas, 1999.

OVALLE, Favela José. **Legitimación en las acciones colectivas, publicado en la obra colectiva “Procesos colectivos”**. Buenos Aires: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal-International Association of Procedural Law- Asocaión Argentina de Derecho Procesal, 2012b.

OVALLE, Favela José. **“Legitimación en las acciones colectivas”** México: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVI, número 138, septiembre-diciembre de 2013c. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/138/art7.pdf>. Acceso en: 15 abr. 2016

OVALLE, Favela José. Coordinador. **Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo**: México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011a.

ROSALES, Sánchez Juan José. **Introducción a las acciones colectivas, publicado en la obra colectiva Acciones Colectivas**. Reflexiones de la Judicatura. México: Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial, 2013.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi collettivi e proceso. La legittimazione ad agire**: Milán: Editor A. Giuffrè, 1979.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Derechos colectivos lato sensu**, publicado en la obra colectiva La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos. México: Editorial Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003.

A TRANSAÇÃO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS EFEITOS NO MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO

THOMÁS HENRIQUE WELTER LEDESMA¹

1. INTRODUÇÃO

A inexistência de um Código de Processo Coletivo no Brasil ensejou a criação do denominado microssistema processual coletivo, composto pelas legislações que tutelam direitos transindividuais.

Em razão de ser formado por um conjunto de leis esparsas, há possibilidade de colisão entre normas gerando, conseqüentemente, divergências no que tange à aplicação e interpretação no âmbito do microssistema, que, em regra, serão solucionadas apenas com alteração legislativa ou decisões jurisprudenciais.

Questão controversa no âmbito do microssistema processual coletivo refere-se à possibilidade de celebração de transação, considerando os impactos trazidos pela Lei nº 13.964/2019, que alterou a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), prevendo a possibilidade de celebração de acordo de não persecução civil – contrariando disposição anterior –, que expressamente vedava – no âmbito da LIA – a possibilidade de qualquer acordo para impedir o prosseguimento da ação.

Para elaboração do presente resumo, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com a realização de pesquisa doutrinária, legislativa e jurisprudencial. A primeira parte da pesquisa se delimitou à análise do microssistema processual coletivo. Posteriormente verificou-se a transação

1 Doutorando em Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela FMP/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Processo e Constituição”, coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias, do Programa de Mestrado *Strictu Sensu* da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – FMP/MS. Advogado. E-mail: thomasledesma@gmail.com.

no microsistema processual coletivo, a partir da Lei da Ação Civil Pública e, na terceira parte, quais os impactos trazidos pela Lei nº 13.964/2019, no âmbito do microsistema processual coletivo.

2. O MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO

A evolução das práticas sociais acarreta o surgimento de novos direitos, não se apresentando mais como suficiente o modelo individualista – característica do processo civil clássico –, ensejando a necessidade de releitura dos institutos processuais existentes desde a primeira fase processual, porém, agora, aplicados de forma distinta ou aperfeiçoada, com o surgimento de novos mecanismos, a fim de tutelar a nova geração de direitos.

O surgimento de novos direitos nem sempre é acompanhado pela legislação, situação que enseja a utilização de instrumentos antes utilizados para tutela de natureza individual, gerando possíveis controvérsias doutrinárias e interpretativas até que ocorra seu aperfeiçoamento (ZAVASCKI, 2017, p. 27). Entre os novos direitos, destacam-se os de natureza transindividual, que afastam a ideia individualista de processo, buscando tutelar direitos de interesse da coletividade ou de grupos sociais, econômicos ou políticos.

A tutela de direitos transindividuais, denominada processo coletivo, visa a efetivar o direito fundamental de acesso à justiça, na medida em que permite a solução de litígios que, se levados de forma individual ao Poder Judiciário, além do risco de decisões desiguais, podem aguardar um longo período até que sejam solucionados. Para DANTAS (2000, p. 38) “[...] essas novas formas resultam de uma mudança de consciência a respeito do processo, que implicaram renovação em todos os sentidos nessa área: nas normas, nas estruturas, nos conceitos e sobretudo nas mentalidades [...]”.

Inclusive, considerando a necessidade de mudança de consciência a respeito do processo, o juiz deverá modificar sua postura no julgamento de processos que envolvam interesses metaindividuais. Conforme CARVALHO NETO (2016, p. 35) “[...] deverá ele ser criativo, ter conhecimentos parajurídicos, procurar antes a justiça e a equidade na solução do caso concreto, do que a fria aplicação dos textos. Até porque, em muitos casos, não terá ele um texto preferencialmente aplicável a espécie [...]”. Prossegue o autor afirmando que “[...] em face do caráter efêmero desses interesses. E de sua inaptidão aos meios comuns de ressarcimento, deve o Direito elabo-

rar novos instrumentos, novas tutelas de urgência a que preservá-los, antes que ocorra a lesão [...]” (CARVALHO NETO, 2016, p. 35).

No Brasil, em que pese a existência de diversos projetos de lei e estudos realizados por universidades e grupos de estudo que visam aperfeiçoar a tutela dos direitos metaindividuais, não há um código geral de processo coletivo, ensejando a necessidade de aplicação em conjunto de leis esparsas que, em comum, tutelam direitos transindividuais, denominado microsistema processual coletivo. Tal fato torna ainda mais complexa a proteção e efetivação desses direitos.

O microsistema processual coletivo tem como “núcleo duro” o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública (NEVES, 2016, p. 43), porém é composto por diversas outras leis esparsas, tais como Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei da Ação Popular; Estatuto do Idoso; Lei de Improbidade Administrativa, Estatuto do Índio; Estatuto do Torcedor, entre outras. A Constituição Federal de 1988 também é considerada de extrema importância na efetivação e tutela dos direitos transindividuais, pois lhes deu a configuração de direitos fundamentais (CARDOSO, 2018, p. 80).

Característica relevante do microsistema processual coletivo é a possibilidade de utilização de outras leis que o integram para possibilitar a melhor aplicação do direito transindividual, tanto que, para NEVES, “[...] deverá ser sempre aplicável a norma mais benéfica à tutela do direito material discutido no processo, sendo irrelevante se determinada por norma específica ou geral, anterior ou posterior, ou qualquer outra forma de interpretação de normas [...]” (2016, p. 44). Esse posicionamento não deverá ser aplicado de modo absoluto, conforme já defendido pelo próprio autor, devendo ser respeitada a regulamentação legal individual (NEVES, 2016, p. 45), bem como deve ser considerada a existência de limitações interpretativas dentro do próprio microsistema processual.

Em razão de ser um sistema autônomo, o modelo coletivo brasileiro, de forma igual aos demais conjuntos normativos, é orientado por normas-regras e normas-princípios: fator que possibilita uma interpretação mais aberta e, principalmente, oxigenação do sistema e preenchimento de eventuais lacunas normativas diante das hipóteses em que constatar omissão legislativa.

Entre os diversos princípios orientadores do microsistema processual coletivo, tem-se o princípio da máxima eficácia (ou máxima amplitude) do processo coletivo, que, de forma similar ao princípio da máxima eficácia na teoria dos direitos fundamentais, estabelece que o di-

reito coletivo – objeto da lide – deverá ser interpretado pelo operador do direito sempre visando ao seu maior grau de eficácia. Ocorre que a técnica interpretativa possui restrições: a partir dos elementos da técnica da proporcionalidade, ou seja, quando se tratar de um direito fundamental coletivo e colidir com outro pertencente ao mesmo gênero, poderá receber menor incidência, em razão da prevalência do outro, a partir da análise dos elementos do caso concreto, bem como, independente da natureza (ser ou não fundamental, bastando que seja coletivo) não poderá afastar dispositivo legislativo específico para aplicar outra norma-regra integrante do microssistema processual coletivo sob a alegação propiciar maior eficácia ao direito coletivo em jogo².

Diante da possibilidade de incidência de múltiplas leis (desde que integrantes do microssistema), permitindo resultados distintos, para a solução do direito transindividual envolvido no litígio, existem campos decisórios que serão preenchidos pela discricionariedade do operador do direito, possibilitando o surgimento de divergências e equívocos interpretativos e de aplicação.

A pacificação sobre a aplicação de norma específica dentro do microssistema processual coletivo para tutela de direito transindividual ocorrerá a partir de diversos elementos, citados por ZAVASCKI, como “[...] o tempo, a experimentação, o estudo e, eventualmente, os ajustes legislativos necessários sem dúvidas farão dos mecanismos de tutela coletiva uma via serena de aperfeiçoamento da prestação da tutela jurisdicional [...]” (2017, p. 27).

Como exemplo do processo de pacificação de temas relacionados ao microssistema processual coletivo, tem-se a discussão sobre eventuais limites da legitimidade da Defensoria Pública nas ações coletivas e dos partidos políticos no mandado de segurança coletivo. Sobre tais questões surgiram os mais diversos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários até que houvesse pacificação a partir da edição de legislação pelo Congresso Nacional ou de decisão com efeito *erga omnes*, prolatada pelo Supremo Tribunal Federal.

2.1. A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA NAS AÇÕES COLETIVAS

Um primeiro tema no âmbito do microssistema processual coletivo que gerou diversas discussões jurisprudenciais e doutrinárias refere-

2 Sobre o tema: LEDESMA, 2020.

-se à legitimidade ativa da Defensoria Pública para propositura da ação civil pública, regulamentada pela Lei nº 7.347/85.

A questão central da discussão foi a seguinte: a Lei nº 11.448/2007 alterou o art. 5º da Lei nº 7.347/85, incluindo a Defensoria Pública no rol de legitimados ativos para propor ação civil pública. Ocorre que, conforme determinado pelo art. 134 da Constituição Federal, a ampla atuação da Defensoria Pública sempre terá como objetivo final a defesa de interesses dos necessitados. Diante da previsão constitucional, questionou-se se a utilização da ação civil pública – pela Defensoria – dar-se-ia de forma ampla e irrestrita ou apenas quando houvesse caracterizado interesse dos necessitados.

Antes de abordar a questão central da discussão, é importante mencionar que, mesmo antes da edição da Lei nº 11.488/2007, já se admitia o manejo de ação civil pública pela Defensoria Pública, que – antes de conquistar sua autonomia dada pelas Emendas Constitucionais nº 45/2004 (Defensoria Pública Estadual) e 74/2013 (Defensoria Pública da União e do Distrito Federal) – estava vinculada às Secretarias Estaduais – integrando a Administração Direita, que já possuía legitimidade prevista no art. 5º da Lei da ACP – por vezes utilizado como fundamento para justificar a legitimidade da Defensoria Pública (FENSTERSEIFER, 2015. p. 85).

O tema sobre a legitimidade da Defensoria Pública no ajuizamento de ação civil pública já gerava controvérsia jurídica, que não se pacificou mesmo após a edição da 11.488/07, justamente em razão da necessidade da presença (ou não) do interesse de hipossuficiente no manejo da ação coletiva prevista na Lei 7.347/85. A pacificação sobre o assunto só ocorreu após o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943/DF, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), sob a alegação de que a Defensoria Pública foi instituída no Estado brasileiro para atender de forma gratuita aos necessitados, devendo ser, pelo menos, individualizáveis ou identificáveis, poderia atuar na defesa de interesses coletivos *latu senso*, cujo objeto era pedido de declaração de inconstitucionalidade do inciso II do art. 5º da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 11.448/07 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a ADI apresentada pelo CONAMP improcedente, com fundamento na máxima eficácia das normas constitucionais, bem como de inexistência de norma que garanta exclusividade ao Ministério Público o ajuizamento da ação civil pública e ausência de prejuízo institucional para o *Parquet* com o reconhecimento da legitimidade da defensoria pública (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015).

Em que pese a opinião contrária ao entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, houve pacificação do assunto no âmbito do microsistema processual coletivo, permitindo, inclusive como forma de efetivação do direito ao acesso à justiça, que a Defensoria Pública ajuíze ação civil pública mesmo não havendo interesse de hipossuficiente e podendo haver, inclusive, expansão dessa legitimidade com base no método interpretativo e integrativo do microsistema coletivo.

2.2. POSSÍVEIS LIMITES À LEGITIMIDADE DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Um segundo tema que inicialmente foi objeto de diversos questionamentos refere-se à legitimidade do Ministério Público para impetrar Mandado de Segurança Coletivo, previsto no art. 5º, inciso LXX da Constituição Federal, e no art. 21 da Lei 12.016/2009, que estabelecem:

Constituição Federal Art. 5º LXX - O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Em comum, ambos dispositivos estabelecem o rol de legitimados para impetrar o mandado de segurança coletivo: partidos políticos com representação no Congresso Nacional; organização sindical, entidade de classe ou associação, desde que legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano. Ademais, estabelecem que o objeto do mandado de segurança coletivo deve possuir relação com os interesses de seus membros.

No que se refere à expressão “interesses de seus membros”, já foi defendido em oportunidade anterior que tal hipótese se aplicaria apenas às organizações sindicais, entidades de classe e associações, não incidindo sobre os partidos políticos, por um único fundamento: apesar dos partidos políticos terem se originado a partir do desenvolvimento de movimentos que visavam à organização da classe trabalhadora (MICHELS, 1982. p. 17-25) – possuindo, portanto, uma forte relação com as entidades sindicais, bem como todos desempenham importante papel na tutela e garantia de direitos fundamentais e são utilizados como instrumentos da democracia participativa – as siglas partidárias possuem finalidades institucionais mais amplas do que as entidades de classe, associação e organização sindical.

Os partidos políticos, ao contrário dos demais legitimados para impetrar Mandado de Segurança, não visam especificamente a tutelar direitos de seus filiados, ao contrário, é comum que seus estatutos prevejam, dentre suas finalidades institucionais, a atuação em prol de direitos transindividuais, por exemplo, proteção do meio ambiente. Tanto que o legislador constituinte, reconhecendo a importância dos partidos políticos, incluiu-os no rol de legitimados para ajuizar ações do controle concentrado. Conforme MEDINA e ARAÚJO (2019, p. 216), foi justamente a partir da análise de uma ação do controle concentrado (RE 196.184/AM) que o Supremo Tribunal Federal entendeu que “[...] não há que se restringir a atuação dos partidos apenas aos interesses de seus integrantes ou à finalidade partidária [...]”.

Outro aspecto interessante, destacado por MENDES (2014, p. 153), é o de que – a partir de uma leitura do texto constitucional, notadamente das alíneas contidas no inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal – é possível verificar que não houve qualquer limitação no que se refere apenas à defesa de seus filiados. Ao contrário, tal previsão é contida apenas na alínea “b”, que trata da organização sindical, entidade de classe ou associação.

Afirmar, portanto, que os partidos políticos estariam limitados a impetrar mandado de segurança coletivo apenas nas hipóteses em que restarem presentes interesses de seus filiados ou parte de filiados seria afastar toda a sua origem e histórico de pautas sociais, bem como haveria risco de menor eficácia na tutela de direitos coletivos, considerando que as siglas partidárias possuem relação com uma ampla gama de direitos transindividuais.

3. TRANSAÇÃO NO PROCESSO COLETIVO

Além dos temas acima expostos, já pacificados, um terceiro, a partir de uma alteração legislativa, encaminha-se para pacificação: trata-se da possibilidade de transações no microsistema processual coletivo.

Sobre o tema, importante destacar que o Ministério Público detém o manuseio, importante instrumento, para transacionar sobre direitos coletivos em vez de prosseguir com o ajuizamento da ação coletiva: trata-se do Inquérito Civil, “[...] procedimento administrativo preparatório, instaurado, presidido e eventualmente arquivado pelo Ministério Público, destinado a colher elementos de convicção que embasem o eventual ajuizamento de ação civil pública [...]” (MAZZILLI, 2015, p. 96), que possui uma natureza dupla, pois, conforme LEONEL, “[...] não obstante que sua finalidade primária seja a colheita de informações para propositura de ação coletiva, identifica-se nele também o escopo de elaboração eventual de compromisso de ajustamento de conduta para solução extrajudicial do conflito [...]” (2017, p. 407).

Após a conclusão do Inquérito Civil, o membro do Ministério Público poderá propor compromisso de ajustamento, que consiste no cumprimento de determinadas obrigações relacionadas aos direitos coletivos, justamente como forma de evitar o ajuizamento de ação coletiva. Trata-se, portanto, de medida realizada em momento anterior à provocação do Judiciário. Em que pese a sua relevância para a tutela e proteção dos direitos coletivos, o compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial, conforme DONIZETTI e CERQUEIRA, é atribuição exclusiva do Ministério Público, considerando que as entidades de direito privado não estariam vinculadas aos princípios previstos no art. 37, caput, da Constituição Federal (2010, p. 320).

Há, porém, previsão de compromisso de conduta no âmbito judicial, conforme pode ser observado a partir da leitura do §6º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, que dispõe: “[...] § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial [...]” (BRASIL, 1985).

Para o compromisso de conduta judicial, a interpretação sobre a legitimidade de sua propositura seria distinta, não se limitando apenas ao Ministério Público, mas a todo e qualquer legitimado previsto no art. 5º da Lei 7.347/85, desde que seja o titular da ação, pois, conforme

DONIZETTI e CERQUEIRA, há controle judicial e, também, atuação do Ministério Público como fiscal da lei (2010, p. 320). Verificado, portanto, que o compromisso de conduta não seria benéfico para tutela e/ou efetivação do direito coletivo objeto da LIDE, o Juiz poderia recusar sua homologação, bem como há possibilidade de questionamento ou impugnação pelo membro do Ministério Público.

Ocorre que, mesmo com a previsão na Lei da Ação Civil Pública sobre a possibilidade de celebração de compromisso de conduta, havia, em legislação integrante do microsistema processual coletivo, disposição em sentido contrário: tratava-se de previsão contida no §1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa – LIA (8.429/93), que dispunha: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput” (BRASIL, 1993).

A vedação à celebração, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa gerava uma antinomia no microsistema processual coletivo, pois, apesar de a Lei da Ação Civil Pública ser considerada “núcleo central” do conjunto normativo que tutelam direitos coletivos – a depender do direito transindividual tutelado e de necessidade de complemento normativo pelo microsistema–, a solução poderia apresentar maior compatibilidade com a LIA do que com a Ação Civil Pública, por exemplo, direitos tutelados por Ação Popular. Nesta hipótese, poder-se-ia questionar sobre a possibilidade de celebração de transações, ante a natureza do direito coletivo objeto da LIDE.

Há de ressaltar ainda que, mesmo em uma ação de improbidade em que a transação se apresentasse mais benéfica para a tutela do direito transindividual, defende-se a impossibilidade de sua realização com fundamento no dispositivo da Lei da Ação Civil Pública ou com base no princípio da máxima efetividade do direito transindividual, notadamente por valorizar a opção feita pelo legislador e em razão da segurança jurídica.

Ocorre que surgiram decisões permitindo acordo no curso das ações de improbidade fazendo com que a redação da lei não guardasse mais a mesma severidade de quando foi editada (BAUM, 2020. p. 104). Conforme GAJARDONI (2022), mesmo não havendo previsão, já eram celebradas transações nas ações de improbidade, com fundamento no art. 16 da Lei 12.846/2013 (acordo de leniência) e na Resolução CNMP nº 179/2019. Ocorre que tal conduta não possuía nenhuma garantia de homologação pelo Poder Judiciário (nas hipóteses em que é remetido ao Judiciário), pois, em razão da previsão expressa contida no §1º do art. 17 da Lei 8.429/93, por vezes era rejeitada. As decisões homologatórias, po-

rém, indicavam a formação de um ponto divergente sobre a aplicação da Lei 8.429/93 e, conseqüentemente, também no microsistema processual coletivo. O argumento sobre a possibilidade de transação no âmbito da LIA decorreu dos princípios norteadores do Código de Processo Civil, editado em 2015 e também do conteúdo do §6º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública.

O Código de Processo Civil de 2015, mesmo que aplicado subsidiariamente ao microsistema processual coletivo, exerceu grande influência no comportamento dos operadores do direito, gerando efeitos em outras áreas do direito, como na tutela dos direitos transindividuais, surgindo um novo entendimento sobre a possibilidade de acordos nas ações de improbidade administrativa e, por conseqüência, também no âmbito do processo coletivo.

A possibilidade de transação, – principalmente na Lei de Improbidade Administrativa bem como nas ações coletivas em que fosse aplicada em razão do microsistema processual coletivo – tornou-se concreta com a edição da lei nº 13.964/2019, que alterou o §1º do art. 17 da LIA, que passou a ter a seguinte redação: “As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei” (BRASIL, 1993).

Verifica-se, portanto, que a possibilidade de celebração de transação na Lei de Improbidade Administrativa direciona o microsistema processual coletivo para uma interpretação unificada, considerando que não há mais previsão nas leis que tutelam direitos transindividuais, proibição expressa de realização de acordo de não persecução cível.

A depender do direito transindividual, somado aos elementos presentes no caso concreto, a celebração de transação poderá não ser benéfica, mas a análise de tal prerrogativa pertence exclusivamente aos legitimados do microsistema processual coletivo, que integram o polo ativo da LIDE. Porém, pode-se afirmar, após diversas alterações nas legislações que tutelam direitos transindividuais, somadas a discussões nos tribunais, que a busca pelo entendimento entre as partes tornou-se uma diretriz para a tutela dos direitos coletivos.

Ademais, deve ser destacado também que a inovação legislativa acima citada contribui para a insegurança jurídica causada aos integrantes da Administração Pública, notadamente aqueles que exercem a administração de recursos públicos e funções de chefia.

A possibilidade de transação, no âmbito da Lei 8.429/92, suaviza a enorme gama de problemas existentes, decorrentes de sua aplicação: os

artigos 9, 10, 10-A e 11 – que tratam, respectivamente, do enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, concessão ou aplicação indevida de benefício tributário e violação aos princípios da administração pública – apresentam tipos bastante abertos, possibilitando que incidam sobre o caso concreto, a depender da interpretação do operador do direito. Entre os quatro dispositivos acima citados, conforme SANTOS (2020, p. 175) “[...] O art. 11 é o principal foco de problemas da LIA. Em face da sua ampla abertura semântica por implicar improbidade por violação de princípios, por vezes ensejam condenações desconectadas de violação de uma regra objetiva [...]”.

Outros dois problemas apontados por SANTOS (2020, p. 177-184), na aplicação da LIA são a dificuldade em conceituar dolo e culpa – que possuem consequências distintas para os réus –, bem como a falta de critérios adequados para a dosimetria das sanções.

Justamente em razão da forma com que a LIA vem sendo aplicada pelos integrantes do Ministério Público e Tribunais, há um superdimensionamento no ajuizamento das ações, enquanto o correto, na opinião de SANTOS (2020, p. 179), seria para os casos de culpa quando o Ministério Público ou a Fazenda Pública propusessem ação civil pelo rito ordinário ao invés de ação de improbidade. É certo que as consequências em uma ação de improbidade que reconhece conduta dolosa são muito mais graves, podendo o agente, além da multa, perder a função pública que exerce e ter seus direitos políticos suspensos. A insegurança é tamanha que está em trâmite o Projeto de Lei Complementar nº 9/2021 – já aprovado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal e aguardando sanção ou veto do Presidente –, que altera a Lei Complementar 64 de 1990 (Lei das Inelegibilidades), afastando a inelegibilidade daquele condenado em ação de improbidade administrativa nas hipóteses em que não restar caracterizado prejuízo ao erário.

Diante da existência de tais problemas, decorrentes da interpretação dada pelos operadores do direito à LIA, bem como pela forma como foi elaborada pelo legislador, a reforma que possibilita a celebração de transação vem em um momento oportuno, visando ensejar maior segurança jurídica àqueles que estão sujeitos à sua incidência, considerando que, caso incorram em um ato passível de ser caracterizado como ímprobo, poderão a depender da análise do caso concreto³, celebrar transação e evitar o ajuizamento de uma ação.

3 Considerando que a Lei de Improbidade Administrativa não elenca requisitos ou critérios para a celebração de transação, fato que, em tese, também poderá gerar insegurança jurídica, medida adequada será a regulamentação, pelos legitimados ativos, para utilização padronizada do instituto, conforme bem aponta GAJARDONI (2020).

A alteração do §1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa trouxe, portanto, duas grandes vantagens para a tutela dos direitos transindividuais: a primeira refere-se à pacificação, no âmbito do microsistema processual coletivo, sobre a possibilidade de celebração, sendo orientado, entre outros requisitos, pelo princípio da máxima amplitude dos direitos transindividuais.

Conforme já exposto anteriormente, apesar da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor serem elencados pela doutrina como núcleo do microsistema processual coletivo, poderiam ocorrer hipóteses, a depender da natureza do direito coletivo envolvido, em que a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa poderia se apresentar como mais adequada, fato que poderia impedir a celebração de transação, caso fosse realizada interpretação literal do §1º do art. 17 do referido diploma normativo. Após a edição da Lei 13.964/2019, tal questão está superada.

Um segundo aspecto benéfico trazido pela reforma do §1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa refere-se à possibilidade de efetivação dos direitos transindividuais. Conforme demonstrado anteriormente, a Lei 8.429/92 possui problemas no âmbito da sua aplicação, justamente em razão de apresentar tipos abertos e da dificuldade de conceituação entre dolo e culpa, o que acaba gerando uma banalização do próprio instituto, considerando que poderá ser ajuizada e, conseqüentemente, abarcará hipóteses que, em análise estrita, não poderiam ser conceituados como ímprobos. Diante dessa banalização, SANTOS (2020, p. 185) aponta que existem hoje um número avassalador de ações de improbidade, mencionando que hoje no Brasil é “[...] muito fácil ser acusado e condenado por improbidade [...]”.

A partir do momento em que o legislador elenca mais um instituto para proteção do jurisdicionado, no caso, a possibilidade de conciliação em decorrência da prática de um ato contrário a lei, haverá maior segurança jurídica por parte da Administração Pública em sua atuação, notadamente na tutela e promoção dos direitos transindividuais, considerando que é a grande responsável pela efetivação e proteção de tais direitos.

A possibilidade de transação no âmbito das ações de improbidade não pode ser vista como um estímulo para a prática de atos que contrariem a legislação. A afirmação de que a possibilidade de solução para evitar a propositura da ação se dá na medida em que há um mau uso e também banalização da Lei 8.429/92. Por vezes, um ato praticado por um gestor, que está distante da vontade originária do legislador em vedar condutas contrárias aos interesses da Administração Pública,

acaba sendo enquadrado nas hipóteses dos artigos 9, 10, 10-A e 11, em razão da sua nomenclatura ser aberta, conforme já exposto. Na dúvida, o administrador público, em razão da insegurança jurídica, poderá acabar não atuando, visando se preservar de uma longa e desgastante ação de improbidade, conduta que poderá acarretar prejuízo para a efetivação dos direitos transindividuais.

Há que se destacar ainda que grande parte dos municípios brasileiros não possuem procuradoria e/ou controladoria jurídica própria, fato que, por vezes, obsta uma orientação jurídica correta e que poderá, não por dolo, incidir em um dos tipos previstos na Lei 8.429/92.

Assim, a partir do momento que o gestor possuir instrumentos que lhe garantam segurança jurídica, poderá atuar de maneira mais efetiva para tutelar direitos, inclusive os de natureza coletiva. Portanto, a reforma trazida pela Lei 13.964/2019, que alterou o §1º do art. 17 da Lei 8.429/92, além de orientar a atuação do microssistema processual coletivo no sentido da possibilidade de transação, acordo ou conciliação, também dá maior segurança e estímulo ao gestor público em sua atuação, podendo, portanto, dar maior amplitude aos direitos coletivos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho analisou a transação no âmbito do microssistema processual penal, a partir dos impactos causados pela edição da Lei 13.964 de 2019, que alterou a Lei de Improbidade Administrativa.

Conforme demonstrado, inicialmente a transação, no âmbito das ações coletivas, poderia sofrer limitações, em razão da característica do microssistema processual coletivo, que é formado por diversas leis esparsas, que podem, em casos específicos, entrar em colisão sobre o direito objeto da lide.

A possível limitação à transação se dava em razão da previsão expressa contida no art. 17, §1º da LIA, que proibia a celebração de acordo, conciliação ou transação. Tal situação ocorreria nas hipóteses em que os dispositivos da LIA fossem utilizados para complementar a aplicação de outro diploma integrante do microssistema.

Com a edição da Lei 13.964 de 2019, o direcionamento dado à Lei de Improbidade Administrativa mudou de rumo, adequando-a às orientações da Lei da Ação Civil Pública e, também, do Código de Processo Civil, que é aplicado de forma subsidiária ao microssistema proces-

sual coletivo, passando, portanto, a transação a ser uma diretriz da tutela dos direitos transindividuais.

REFERÊNCIAS

BAUM, Adler. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

BRASIL. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm Acesso em 07 jul. 2021.

BRASIL. **Lei 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm Acesso em 11 jul. 2021.

BRASIL. **Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm Acesso em 02 set. 2021.

BRASIL. **Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm Acesso em 11 jul.2021.

CÂNDIA, Eduardo. **Legitimidade ativa na Ação Civil Pública**. Salvador: Juspodivm, 2013.

CARDOSO, Juliana Provedel. **O Modelo Brasileiro de Processo Coletivo: As Ações Coletivas e o Julgamento de Casos Repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2018.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Manual de Direito Processual Coletivo**. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. **Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação Ativa**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DONIZETI, Elpídio. CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de Processo Coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAJARDONI, Fernando. Primeiros e Breves Apontamentos sobre os acordos em tema de improbidade administrativa. **GEN JURÍDICO**. Publicada em 07. mai. 2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/05/07/acordos-improbidade-administrativa/> Acesso em 28 ago. 2021.

GIDI, Antônio. TESHEINER, José Maria. THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. **Processos Coletivos: Ação Civil Pública e Ações Coletivas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

LEDESMA, Thomás Henrique Welter. Possíveis limitações ao princípio processual coletivo da máxima efetividade. **Rev. Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 6, n. 1, p. 206-222, jan./jun. 2020.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 4ª. São Paulo: Malheiros, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para agir**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de Segurança Individual e Coletivo: Comentários à Lei 12.016/2009**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Artigo 21. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Mandado de Segurança Individual e Coletivo**. Lei 12.016/2009. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 147-170.

MICHELS, Robert. **Sociologia dos Partidos Políticos**. Brasília: Universidade de Brasília, 1987.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ONOREDA, Marcus Vinícius Kiyoshi. **Gerenciamento do Processo e Acesso à Justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo**. Salvador: Juspodivm, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.943/DF. Julgado em 07 mai. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058261> Acesso em 01 set. 2021.

ZAVASCKI, Teori. **Processo Coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

A LEGITIMIDADE ATIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E O ART. 58 DO PROJETO DE LEI 1.641/21¹

ANANDA DE BRUM CHRISTOFARI²

LARA DE SOUSA DUARTE³

1. INTRODUÇÃO

O mandado de segurança possui origem constitucional desde a Constituição da República de 1934, entretanto apenas em caráter individual. É a partir da Constituição Federal de 1988 que recebe a previsão em relação a sua utilização como tutela coletiva.

Já a Lei 12.016/2009, a qual dispõe sobre o Mandado de Segurança, traz alguns dispositivos relativos ao Mandado de Segurança Coletivo. Tanto o texto constitucional quanto a legislação infraconstitucional se preocupam com a legitimidade adequada para a impetração de mandado de segurança coletivo, trazendo um rol de legitimados em suas disposições.

O rol de ambas as legislações não traz expressamente a previsão quanto à legitimidade ativa do Ministério Público e quanto à Defensoria

-
- 1 Artigo desenvolvido para o VI Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, incluído no Eixo Temático *Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais*, sob orientação do prof. Dr. Handel Martins Dias, no âmbito do Grupo de Pesquisa Processo e Constituição, vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS).
 - 2 Advogada, Pós-graduanda em Compliance da PUC/RS e Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Processo e Constituição, vinculado ao PPGD da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias. E-mail: anandachristofari@gmail.com.
 - 3 Pós-graduada em Direito e Processo Constitucional pela Estácio/CERS e Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Processo e Constituição, vinculado ao PPGD da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias. E-mail: laaraduarte@hotmail.com

Pública, deixando para a construção doutrinária e jurisprudencial a discussão quanto à legitimidade, ou não, de ambos para a defesa dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A discussão em relação a legitimidade adequada em tutela coletiva, no Brasil, não se limita somente ao Mandado de Segurança Coletivo.

Na tentativa de solucionar os impasses atualmente existentes em relação ao microsistema de tutela coletiva atualmente existente, diversos juristas vinculados ao Instituto Brasileiro de Direito Processual escreveram o anteprojeto Ada Pellegrini Grinover, apresentado ao Congresso Nacional em maio de 2021 pelo deputado federal Paulo Teixeira (PT). O projeto de Lei sob o número 1641/2021, especificamente em seu art. 58, sugere alterações no art. 21 da Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/09), no que diz respeito ao Mandado de Segurança Coletivo e quem possui legitimidade para sua impetração, o que será objeto de breve análise no presente trabalho, através do método lógico-dedutivo, abordado de forma qualitativo com caráter exploratório, através de pesquisa bibliográfica e análise da legislação constitucional e infraconstitucional.

2. A LEGITIMIDADE ATIVA DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

O mandado de segurança tem origem no direito brasileiro a partir da necessidade de uma tutela processual capaz de rapidamente responder a ato estatal de agressão aos direitos individuais. Inicialmente foi previsto na Constituição da República de 1934, no art. 113 § 33. Já a Constituição da República de 1937 nada mencionou acerca do tema, retornando a previsão constitucional em 1946. Além disso, também teve previsão no art. 150 § 21 da Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional 1 de 1969 (art. 153 § 21).

A Lei 1.533/1951 alterou as disposições do Código de Processo Civil vigente à época relativas ao mandado de segurança. A referida lei esteve vigente por aproximadamente meio século, necessitando de atualização face à promulgação da Constituição Federal de 1988. Isto porque, somente em 1988, especificamente na previsão do art. 5, inciso LXX, que o mandado de segurança assume a proteção de direitos individuais, coletivos, privados ou públicos e cabimento face atos de particulares em exercício de atividade pública, tendo em vista que anteriormente era utilizado como instrumento para proteção de direitos individuais que não eram amparados pelo *habeas corpus*, mas estivessem sob ameaça ou sendo violados por autoridades (ARENHART; OSNA, 2021).

O mandado de segurança tem como aspectos centrais a tutela preventiva e repressiva de direitos líquidos e certos face ao ato coator. No que tange ao direito líquido e certo, exige-se prova pré-constituída pelo impetrante.

A previsão constitucional já trazia a hipótese do mandado de segurança coletivo, entretanto encontrava-se sem qualquer regulamentação ordinária. A mencionada lacuna na legislação ordinária foi sanada pela aprovação da Lei 12.016/2009.

Frisa-se que, durante os aproximadamente vinte anos transcorridos entre a previsão constitucional e a regulamentação infraconstitucional, a jurisprudência e a doutrina já vinham aplicando ao mandado de segurança coletivo algumas disposições inseridas na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor (ROQUE, 2015).

Diante disso, acabou-se por entender que o mandado de segurança coletivo deveria buscar respaldo procedimental no regramento genérico do mandado de segurança coletivo. Foi nesse sentido que questões estipuladas para a manifestação individual da garantia, como o “direito líquido e certo”, passaram a ser imponíveis com igual conteúdo ao traço coletivizado. Do mesmo, foi nessa batida que se compreendeu que também os ditames procedimentais relacionados ao uso do mandado de segurança individual (como, por exemplo, o prazo para apresentação de informações) incidiram sobre o traço coletivo do remédio (ARENHART; OSNA, 2021, p. 404).

Não se pode afirmar que a previsão coletiva do mandado de segurança tratava-se de inovação constitucional, visto que, em verdade, trata-se do mesmo mandado de segurança anteriormente existente, entretanto com a possibilidade da pretensão coletiva, devendo ser aplicadas as previsões do microsistema único coletivo. Por exemplo, não se aplica a remessa obrigatória prevista no § 1º do art. 14 da Lei 12.016/2009, mas a previsão do caput do art. 19, da Lei 4.717/1965, isto é somente haverá necessidade de obrigatória revisão pelo tribunal competente quando for julgado improcedente o pedido inicial ou extinto o feito, sem julgamento do mérito (GOMES JÚNIOR; FAVRETO, 2010).

A previsão constitucional trouxe o rol de pessoas capacitadas ao ajuizamento do mandado de segurança coletivo. Para alguns autores, utilizando-se da técnica de substituição processual para caracterizar a legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo (CARNEIRO, 2009). Isto é, não será o sujeito cujo direito tenha sido violado ou esteja sobre eminente risco de lesão por ato ilegal ou praticado com abuso de poder,

por autoridade pública ou por alguém no exercício de atividade essencialmente pública, mas estará no polo ativo a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados⁴.

Já para outros autores, corrente minoritária, não há de se falar em técnica de substituição processual para figurar no polo ativo do mandado de segurança coletivo, visto que a legitimação seria a possibilidade de proteger os direitos coletivos de um grupo do qual possa se fazer parte, ainda que coincida interesses próprios de quem atua com daqueles que poderão ser beneficiados com a decisão prolatada (GOMES JÚNIOR; FAVRETO, 2010).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 1.119, publicado em 08 de janeiro de 2021, reiterou que entende que há substituição processual para impetração de mandado de segurança coletivo, não se podendo exigir autorização dos substituídos para a propositura do instrumento. O art. 21 da Lei 12.016/09 corrobora ao mencionado entendimento.

Quanto a legitimação dos partidos políticos, Ada Pellegrini afirma que só poderão sofrer restrições decorrentes do texto constitucional, consistente na falta de representação no Congresso Nacional (GRINOVER, 2011). Nesse mesmo sentido infere-se da alínea b, considerando que as organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas há pelo menos um ano também somente serão somente poderão ter sua legitimidade restrita face ao não cumprimento do critério constitucional de um ano de pré-constituição.

Seja como for, uma coisa é clara: o intérprete, assim como o futuro legislador, não podem estabelecer outros obstáculos à legitimação, que não os decorrentes da Constituição. Por isso é que não temos dúvida em afirmar que, para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo, nem os partidos políticos, nem as organizações sindicais, nem as entidades de classe e nem mesmo as associações

4 Art. 5º da Constituição Federal de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

legalmente constituídas necessitam daquela autorização expressa a que alude o inciso XXI do 5.º da Constituição para outras ações, que não a segurança coletiva (GRINOVER, 2011, p. 233).

Quanto à necessária representação no Congresso Nacional para partidos políticos, cumpre destacar que não deixaram de ser legítimos mesmo que sua representação seja perdida no curso da ação. Arenhart e Osna entendem que, embora não disposto no texto constitucional, os partidos políticos estão legitimados para tutela de interesse intrínseco a sua finalidade institucional, conforme art. 1º da Lei 9.096/95, porém o ponto é questionável do ponto de vista constitucional e em seu Curso pontuam que essa restrição não possui amparo constitucional (ARENHART; OSNA, 2021).

O artigo 21 da Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009)⁵ reproduziu, em seu caput, os sujeitos já declarados como legítimos pela Constituição Federal, contudo trouxe expressamente a pertinência temática para utilização do instrumento por partidos políticos e também a previsão os órgãos de representação de tal pressuposto também são imponíveis, por mais que a proteção atingisse apenas parcela dos indivíduos tutelados pelo ente (ARENHART; OSNA, 2021).

Quanto aos partidos políticos, exige tanto a Constituição como a lei vigente que eles possuam representação no Congresso Nacional. Basta na verdade, que exista um único representante em qualquer das Casas (Câmara dos Deputados ou Senado Federal) para que se cumpra tal requisito, que não deve, porém, ser interpretado de forma literal. Com efeito, a melhor leitura do dispositivo é que se deve verificar a extensão da questão postulada na

5 Art. 21 da Lei n. 12.016/2009: O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial. Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

impetração para aferir se tal condição está preenchida (ROQUE, 2015, p.1641-1673).

Na mesma linha da crítica quanto à inconstitucionalidade por limites impostos aos legitimados em legislação infraconstitucional segue a limitação da parte final do caput do art. 21 da Lei do Mandado de Segurança. O fim da referida disposição dispõe que as associações, organizações sindicais e entidade de classe somente serão legítimas em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Novamente pontua-se que a Constituição Federal delimita a legitimidade ao requisito de um ano de pré-constituição, colocando em xeque a constitucionalidade da parte final do caput do art. 21. Osna e Arenhart pontuam que a exigência constitucional diz respeito à proteção dos interesses de todos ou de parte de seus associados ou membros. Todo o restante deve ser desprezado, por não encontrar respaldo no texto constitucional, implicando restrição indevida à garantia fundamental (ARENHART; OSNA, 2021).

Fato é que tanto o texto constitucional quanto a legislação infraconstitucional possuem um rol de legitimados para impetração de mandado de segurança coletivo. O problema a ser apontado é que em ambos não há menção à legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública.

3. A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFENSORIA PÚBLICA NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Como já demonstrado, analisando a Constituição Federal de forma literal e açodada, verifica-se a ausência de previsão expressa quanto à legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública para a impetração de Mandado de Segurança Coletivo. Isso porque há uma aparente antinomia entre o art. 5º, LXX e os art. 127 e 129 e 134 da Constituição Federal.

O art. 5º, inciso LXX apresenta como legitimados para a impetração do mandado de segurança coletivo os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e organização sindical, entidade de classe e associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano. Por outro lado, o art. 127 da Constituição Federal assevera incumbir ao *Parquet* a defesa dos interesses sociais e individuais

indisponíveis. Ainda, no art. 129⁶, verifica-se ser função institucional do Ministério Público a proteção de interesses difusos e coletivos e a cláusula aberta para o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com as suas finalidades.

No mesmo sentido da ausência de previsão constitucional quanto a legitimidade do Ministério Público para impetração de mandado de segurança coletivo está a ausência de legitimação à Defensoria Pública. Quanto às disposições constitucionais acerca desta, o art. 134 da Constituição Federal afirma incumbir à Defensoria Pública, em todos os graus, dos direitos individuais e coletivos.

Em que pese o silêncio do art. 5º, LXX para a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública, o referido artigo deve ser interpretado como um rol exemplificativo, *numerus apertus*. Nesse sentido afirmam Antônio Herman Benjamin e Gregório Assagra de Almeida:

6 Art. 129 da Constituição Federal: São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. § 1º - A legitimidade do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei. § 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição. § 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. § 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93. § 5º A distribuição de processos no Ministério Público será imediata.

Em sendo a legitimidade ativa coletiva fator e instrumento de acesso à Justiça da sociedade em geral, comunidades ou coletividades de pessoas, que têm seus direitos ou interesses tutelados por intermédio da atuação dos entes legitimados, conclui-se que a matéria é incompatível com interpretação restritiva (art. 5.o, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3)). A partir da interpretação aberta e flexível, própria dos direitos e garantias fundamentais, é possível aferir no sistema constitucional ou na legislação infraconstitucional outros legitimados ativos coletivos, mesmo que não arrolados expressamente na norma. Ademais, o sistema constitucional adota o princípio da legitimidade ativa concorrente e pluralista (arts. 5.o, LXX, 103, 125, § 2.o, 129, III e § 1.o, da CF/1988 (BENJAMIN; ALMEIDA, 2010, p. 9-58).

As próprias finalidades institucionais do Ministério Público não deixam margem de dúvida de que este órgão possui legitimidade ativa adequada para a defender direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos através da impetração de mandado de segurança coletivo. Outro não pode ser o entendimento após leitura atenta da previsão constitucional nos artigos 127 e 129 e da Lei Complementar 75/93 (BENJAMIN; ALMEIDA, 2010).

O mesmo se pode concluir em relação à Defensoria Pública. Sua previsão constitucional de defender, em todos os graus, os direitos coletivos dos necessitados, além da previsão legal na Lei Complementar 80/94 em seu art. 4º, VII, em que assevera ser função institucional a promoção de ação civil pública e de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o seu resultado puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes permite tal conclusão.

A ausência de positivação expressa quanto à legitimidade do Ministério Público e Defensoria Pública no Mandado de Segurança Coletivo deveria ter sido suprida quando da promulgação da Lei 12.016/09, entretanto deixou o legislador de atualizar a letra da lei com o entendimento jurisprudencial e doutrinário, aderindo a uma postura conservadora e até mesmo ultrapassada, perdendo a oportunidade de aprimorar a letra da lei relativa ao Mandado de Segurança Coletivo. A regulamentação do referido instrumento deixou a desejar em alguns aspectos, isto porque, além da manutenção da lacuna quanto a expressa previsão de legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública, também excluiu a defesa de direitos difusos.

O Mandado de Segurança Coletivo, remédio constitucional que visa garantir os direitos fundamentais em casos de ilegalidade e abuso de poder, é, hoje, uma ferramenta subutilizada dentro do microsistema brasileiro de tutela coletiva. Além dos seus requisitos específicos, como o direito líquido e certo e a necessidade de apresentação de prova pré-constituída, esbarra-se na dificuldade de legitimação ativa adequada.

O rol restritivo apresentado na Constituição Federal, e repetido na Lei 12.016/09 é um elemento que impede que se extraia desse instituto todo o seu potencial na defesa dos direitos coletivos *stricto e lato sensu* de forma objetiva e expressa, sem ser necessária a análise doutrinária, jurisprudencial e a interpretação de outros dispositivos legais para compreensão quanto a legitimidade adequada para impetração.

Realizando uma interpretação sistemática da Constituição Federal e levando em consideração o princípio da unidade da Constituição, pode-se perceber que os seus dispositivos nos dizem que o Ministério Público é órgão responsável pela defesa de interesses difusos e coletivos, exercendo as funções compatíveis com a sua finalidade (BENJAMIN; ALMEIDA, 2010). Dessa forma, analisar o arcabouço constitucional de forma restritiva, entendendo o art. 5º LXX como rol taxativo, em uma interpretação puramente literal, seria interpretar a Constituição “em tiras”, o que vai a contrassenso do entendimento do ex-Ministro Eros Grau e das normas de interpretação e hermenêutica constitucional. Analisar o texto constitucional de forma esparsa é reduzir e empobrecer o seu significado.

Ademais, além de interpretar a Constituição Federal de forma sistemática, é preciso também interpretar o microsistema das tutelas coletivas em conjunto. A Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor, Ação Popular, Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei do Mandado de Segurança devem ser interpretadas como um sistema, em que as lacunas encontradas nos seus textos devem ser supridas entre si, em um diálogo entre as diferentes normativas, sem afastar-se do objetivo da defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O Superior Tribunal de Justiça possui julgado nesse sentido, ao entender que “após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatío ad causam* do Ministério Público para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança”. O mesmo julgado ressalta, ao final, a importância da legitimidade do órgão ministerial para toda e qualquer demanda que vise proteger direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (BRASIL, 2010).

Em sentido diametralmente oposto é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à legitimidade da Defensoria Pública para impetração do Mandado de Segurança Coletivo, em que afirma expressamente que a Defensoria Pública não tem legitimidade para impetração do remédio constitucional em análise (BRASIL, 2015).

As decisões apresentadas são uma amostra da construção acadêmica sobre a legitimidade do *Parquet* e da Defensoria Pública para impetração do Mandado de Segurança Coletivo. Isso porque há vasta doutrina sobre a necessidade de se reconhecer a legitimidade ao Ministério Público e do quão vantajoso para a tutela dos direitos coletivos seria caso essa legitimidade fosse expressa.

Por outro lado, no que diz respeito à legitimidade da Defensoria Pública, é pouca e quase inexistente a produção acadêmica nesse sentido, seguindo a jurisprudência na mesma linha. A diferença de aplicação de entendimentos ocorre sem justificativa razoável, uma vez que o texto constitucional assegura a ambos a capacidade e competência para a tutela dos direitos coletivos, assim como em suas leis orgânicas, com a diferença que quando da atuação da defensoria pública, essa deveria ter como objetivo o benefício de população hipossuficiente, a sua função institucional. Nesse sentido André Vasconcelos Roque:

Vale destacar que a Defensoria Pública também se mostra um importante legitimado coletivo, sempre na busca da implementação de sua missão constitucional de assistência jurídica dos hipossuficientes, sendo necessário o reconhecimento da legitimidade desta instituição para a impetração do mandado de segurança coletivo (ROQUE, 2015, p. 1641).

A Defensoria Pública, assim como o *Parquet*, é órgão essencial ao funcionamento da justiça, possui dentre as suas atribuições fundamentais a defesa dos direitos coletivos, em todos os graus, de forma integral e gratuita. Dessa forma, é incabível o tratamento diverso, que só dificulta a implementação do acesso à justiça, como já demonstrado no que diz respeito à legitimidade para impetração de Mandado de Segurança Coletivo.

É importante compreender, sobretudo, que a legitimação do Ministério Público e Defensoria Pública são de fundamental importância para a efetividade das tutelas coletivas. A Constituição Federal deve ser interpretada de forma a lhe apresentar maior efetividade. Da mesma forma, as tutelas coletivas também devem ser interpretadas garantindo-lhe maior efetividade possível, portanto, não há outra interpretação possível

que não seja a de reconhecer a legitimidade atividade para impetrar Mandado de Segurança Coletivo ao Ministério Público e Defensoria Pública, os órgãos atuantes corriqueiramente na defesa de direitos e interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

4. A EVOLUÇÃO - E A ESTAGNAÇÃO - DA LEGISLAÇÃO NO PROJETO DE LEI 1.641/21

O Projeto de Lei 1.641/21 recentemente foi apresentado no Congresso Nacional pelo deputado federal Paulo Teixeira e visa disciplinar a Ação Civil Pública, pretendendo ser aplicado a todas as ações para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. O referido projeto apresenta modificações a serem realizadas na Lei 12.016/09, a Lei do Mandado de Segurança. O art. 58 do projeto sugere a seguinte redação para o art. 21 da Lei 12.016/09:

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, ou por qualquer outro legitimado à condução de processo coletivo, observada a exigência de controle jurisdicional da adequação da legitimação para o caso concreto.

Parágrafo único. O mandado de segurança coletivo pode ter por objeto a proteção de direito difuso, coletivo ou individuais homogêneos.

O projeto acerta ao trazer de forma expressa a necessidade de adequação da legitimidade, uma vez que esse é um dos pontos sensíveis da tutela coletiva. De um lado porque é preciso formar um sistema onde a tutela dos direitos coletivos possa ser buscada por diferentes atores, não ficando limitada a um - ou poucos - legitimados, e, dessa forma conseguir alcançar a satisfação do direito dessa coletividade. Marcos Vinícius Pinto assevera que tamanho rigor para a admissão da substituição processual pode causar outro mal, qual seja, o do desestímulo na busca do acesso à justiça para a pacificação dos conflitos (PINTO, 2014).

De outro lado, em que pese a necessidade de se ampliar a legitimidade, esse avanço precisa ser feito de forma cautelosa, sob pena de gerar efeito reverso. Isso porque, ainda que seja bem-vindo o aumento de

legitimados - como no caso do Ministério Público e Defensoria Pública -, é preciso que exista um controle de qualidade desses legitimados, garantindo a lisura e a capacidade de manutenção do procedimento. Em outras palavras, não é qualquer pessoa jurídica ou órgão que será capaz de dar seguimento a um processo que verse sobre tutela coletiva. Nesse ponto, é muito bem colocada a necessidade da legitimidade adequada para a impetração do Mandado de Segurança.

Acertou ainda o Projeto de Lei 1.641/21 ao prever no parágrafo único do art. 21 da Lei 12.016/09 a expressa possibilidade de impetração de Mandado de Segurança Coletivo para proteger direito difuso, coletivo e individual homogêneo. Isso porque há uma significativa celeuma doutrinária sob a possibilidade ou não de defesa dos direitos difusos através do Mandado de Segurança Coletivo.

Entendemos que uma vez que a Constituição Federal não fez nenhuma exclusão aos direitos difusos e, por não haver impossibilidade de conciliação entre o referido remédio e os direitos difusos, não existe razão para a exclusão do Mandado de Segurança Coletivo. Mais uma vez, podemos fazer uso do princípio da máxima efetividade da Constituição para entendermos não haver razão para a exclusão do remédio constitucional na defesa dos direitos difusos. Nesse sentido:

Luiz Manoel Gomes Jr. e Rogério Favreto, após analisarem o micro-sistema jurídico de defesa dos interesses coletivos e os requisitos para a impetração do mandado de segurança coletivo, afirmaram que, “não havendo necessidade de ampla dilação probatória, não se verifica qualquer óbice legal ou fático a impedir a impetração de mandado de segurança coletivo, ainda que se almeje a defesa de direito difuso (ZAMPAR JÚNIOR, 2017, p. 343).

Em que pese os acertos citados alhures, o Projeto de Lei 1.641/21 deixou a desejar ao deixar passar a oportunidade de reconhecer expressamente a legitimidade para impetração do Mandado de Segurança Coletivo ao Ministério Público e à Defensoria Pública. Isso porque, apesar de vozes dissonantes na doutrina, majoritariamente já se entende pela legitimidade do Ministério Público, e conforme já defendido anteriormente, a mesma conclusão deve ser aplicada à Defensoria Pública. Ambas as instituições possuem capacidade para defender direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de forma adequada, respeitando a previsão do caput do art. 21 da Lei 12.016/2009, conforme modificação sugerida pelo Projeto de Lei, obviamente, desde que preenchidos os re-

quisitos específicos do Mandado de Segurança, como direito líquido e certo com prova pré-constituída.

O projeto de lei estabeleceu uma cláusula aberta no caput da nova redação do art. 21 da Lei 12.016/09, deixando de colocar de forma expressa a legitimidade do Ministério Público e Defensoria Pública. Ou seja, reconhece a possibilidade de outros órgãos realizarem a tutela coletiva a partir do Mandado de Segurança Coletivo, mas falha em deixar de prever expressamente esses dois legitimados. Essa postura contribui para a insegurança jurídica e proliferação de decisões jurisprudenciais em sentidos antagônicos.

Conforme ressaltado anteriormente, parcela da doutrina entende pela impossibilidade de Ministério Público e Defensoria Pública serem legitimados para impetração do Mandado de Segurança Coletivo. Nesse sentido, seria de fundamental importância que o Projeto de Lei 1.641/21, já que pretende alterar a Lei do Mandado de Segurança, fizesse constar de forma expressa, sem deixar nenhuma margem de interpretação dissonante, essa legitimidade para as tutelas coletivas, em especial através do Mandado de Segurança Coletivo.

Ademais, faz parte da gênese tanto do *Parquet* como da Defensoria Pública a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e a legitimidade é assegurada em sede constitucional e em suas leis orgânicas.

Ainda, é reconhecida ao Ministério Público e à Defensoria Pública a possibilidade de impetrar mandado de segurança coletivo. Embora o *Parquet* não esteja expressamente previsto como legitimado pelo art. 5º da Constituição Federal e art. 21 da Lei 12.016/2009, sua legitimidade advém de uma leitura sistêmica entre suas finalidades institucionais previstas nos arts. 127 e 129, II e III, da Constituição Federal, e de sua lei própria que prevê, expressamente, sua legitimidade nos termos do art. 6º, VI, da Lei Complementar 75/1993 e art. 32, I, da Lei 8.625/1993. A legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de mandado de segurança coletivo, embora não esteja expressa em normativos, advém de sua legitimidade para a defesa de interesses coletivos e de suas funções institucionais (ZAMPAR JÚNIOR, 2017, p. 343).

Não aproveitar todo o potencial dessas instituições, essenciais ao funcionamento da justiça é uma prática falha e que empobrece o sentido do texto constitucional. Dessa forma, entendemos que falhou o Projeto de Lei 1.641/21 ao não prever a legitimidade para impetração do Mandado de

Segurança Coletiva ao Ministério Público e Defensoria Pública de forma expressa, órgãos plenamente capacitados para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos através do referido remédio constitucional.

5. CONCLUSÃO

O Mandado de Segurança Coletivo, instrumento integrante do microssistema de tutela coletiva, possui regramento na Lei 12.016/09, prevendo como legitimados ativos partidos políticos com representação no Congresso Nacional ou organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano. Mesmo após a promulgação da Lei 12.016/09, houve construção jurisprudencial e, principalmente, doutrinária, sobre a legitimidade ativa para impetração do Mandado de Segurança Coletivo pelo Ministério Público. Ademais, apesar da tese acadêmica robusta na defesa da legitimidade do Ministério Público, ainda é tímida a defesa da mesma legitimidade por parte da Defensoria Pública.

O Projeto de Lei 1.641/21, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, versa sobre a Ação Civil Pública e apresenta modificações na redação da Lei 12.016/09 no que diz respeito ao Mandado de Segurança Coletivo. Especificamente o art. 58 do projeto de lei visa alterar a redação do art. 21 da lei do mandado de segurança, representando avanços em relação a parte final do caput e ao parágrafo único, entretanto, novamente, deixa de constar de forma expressa a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública. É louvável a redação do Projeto de Lei 1.641/21 quando alberga em seu texto a posição majoritária da doutrina e jurisprudência em entender o Mandado de Segurança Coletivo como meio apto a proteger direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, além de ressaltar a necessidade de legitimidade adequada dos legitimados ativos.

Ambas as proposições são, ao nosso entendimento, um avanço na legislação do Mandado de Segurança Coletivo, positivando posições já adotadas pela jurisprudência nacional, e atingindo um cenário de maior segurança jurídica. Em contrapartida, no que se refere especificamente à legitimidade coletiva, o Projeto de Lei 1.641/21 deixou escapar uma oportunidade única, para, nos moldes da posituação dos direitos difusos como objeto do Mandado de Segurança Coletivo, consolidar um posicionamento da jurisprudência e doutrina.

Conforme podemos concluir, há um esforço jurisprudencial e doutrinário para reconhecer a legitimidade do Ministério Público, e,

em menor escala, da Defensoria Pública, para a impetração do Mandado de Segurança, por entender que esses órgãos são, conforme o texto constitucional e leis orgânicas, legitimados ativos e adequados para a defesa das tutelas coletivas, inclusive através do remédio constitucional do Mandado de Segurança Coletivo. Por essa razão, entendemos como pertinente uma alteração na redação do projeto de lei, especificamente no art. 58, para constar, de forma expressa, a legitimidade ativa do Ministério Público e Defensoria Pública para a impetração do Mandado de Segurança Coletivo, na nova redação a ser conferida ao art. 21 da Lei 12.016/09. Apesar de prever no projeto de redação do art. 21 da Lei 12.016/09 a possibilidade de outros legitimados além dos expressamente previstos, entendemos que a melhor técnica legislativa seria constar a legitimidade do Ministério Público e Defensoria Pública de forma expressa, contribuindo dessa forma para a segurança jurídica e maior efetividade das tutelas coletivas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Mandado de Segurança**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Legitimidade ativa e objeto material no mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 de out. 1969.

BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 mai. 1993.

BRASIL. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 jan. 1994.

BRASIL. Lei nº 1.533, de 31 de janeiro de 1951. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 jan. 1951.

BRASIL. Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 ago. 2009.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 1.641, de 29 de abril de 2021**. Disciplina a ação civil pública. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2001. Acesso em: 12 jun. 2021.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo, nos termos da Lei 12.016/2009 *In*: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coords.). **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. Vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v.9. p. 769 - 803.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo. *In*: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coords.). **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. Vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.9.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Mandado de segurança coletivo - legitimidade e objeto - análise dos seus principais aspectos - Lei 12.016/2009. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 898, p. 79-112, 2010.

PINTO, Marcos Vinícius. **O mandado de segurança coletivo como instrumento da tutela coletiva**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29082015_100435/publico/MarcosViniciusPinto.pdf. Acesso em 24 set. 2021.

ROQUE, André Vasconcelos. **Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso?** *In*: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coords.). **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. Vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v.10. p. 1641 - 1673.

LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN LA JURISDICCIÓN COLOMBIANA: ¿GARANTISTAS EN LA OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

HÉCTOR FRANCISCO ARÉVALO FÓMEQUE¹

1. INTRODUCCIÓN

La constitucionalización del derecho procesal de tiempo atrás, ha venido observando cambios trascendentes, predicar la observancia de los derechos fundamentales en las actuaciones jurisdiccionales, ya no se circunscribe únicamente a los señalamientos jurisprudenciales y doctrinales, o solamente su aplicación a partir del ejercicio de las acciones Constitucionales conocidas, así la acción de amparo constitucional, habeas data, habeas corpus, acción de inconstitucionalidad, y otras colaterales de similar categoría, como lo son las acciones populares, las de grupo, o las de cumplimiento.

El proceso judicial actual, tal como debe corresponder, está irrigado por lo constitucional, tanto a partir de los principios generales que lo rigen, cualquiera sea su jurisdicción, como respecto de aspectos específicos, así, la solicitud y práctica de medidas cautelares, la garantía de ejercicio del derecho contradicción, como en la interposición, trámite y decisión de los recursos ya sea los ordinarios, como los extraordinarios,

1 Abogado Universidad Libre, Colombia. Magister en Derecho Procesal y Probatorio. Docente internacional de Maestría en Derecho Procesal Civil Comparado, Derecho Procesal Constitucional, Derecho Probatorio, Arbitramento Nacional e Internacional. Conferencista internacional en temas del Derecho Constitucional y Procesal Constitucional. Conferencista nacional en temas de Derecho Procesal Civil Contemporáneo y Contencioso Administrativo. Asesor y consultor de entidades públicas y privadas. hfarevalo@gmail.com.

los cuales, todos, se erigen en una de las más importantes formas impugnativas de que se puede disponer en los ordenamientos procesales.

El recurso extraordinario se establece en el mejor de los casos, en el remedio último frente a la arbitrariedad judicial ocurrida en las instancias. Le corresponde al juez de cierre, a partir del trámite y decisión del recurso extraordinario, aplicar el remedio frente al *error judicial* ocurrido, el cual, pudo haber desconocido o vulnerado derechos fundamentales de las partes o respecto de una de ellas.

2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA E IMPUGNACIÓN

Como se indicó, la posibilidad y derecho a impugnar tiene origen Constitucional, el artículo 29 Superior indica expresamente dicha prerrogativa al señalar que se podrá *impugnar la sentencia condenatoria*.

El mandato Constitucional se debe interpretar y aplicar bajo un concepto amplio y garantista, observando el aforismo: “*lo que puede lo más, puede lo menos*”. De tal manera que, si es impugnabile la sentencia, de suyo lo será respecto de otras providencias, los autos, salvo que expresamente se indique que determinado auto es carente de recursos. Lo será igualmente el laudo arbitral.

El mandato Constitucional (art. 228) hace referencia a la prevalencia del derecho sustancial; en tanto que, referente al acceso a la administración de justicia, lo hace el artículo 229 C.P. Las dos determinaciones Constitucionales están íntimamente ligadas al principio de la impugnación, el cual también tiene ese origen superior.

El error en la providencia judicial no es dable que deba ser soportada por el justiciable, ello en la medida que podrá dar al traste con la eficacia en la protección del derecho sustancial invocado en el proceso judicial por el interesado. Tanto Constitucional como legalmente se dispone de mecanismos a fin hacer prevalecer aquél, pese a la ocurrencia del denominado “*error judicial*”. Permitirse y regularse los recursos, tanto ordinarios como extraordinarios, no solo propende por dicha prevalencia del derecho sustancial, aún más, es una forma principal de permitirse, bajo principio de igualdad, el acceso a la administración de justicia.

Así, por ejemplo, la casación se establece, bajo el marco Constitucional, en baluarte para la garantía plena de ejercicio de principios tales como: igualdad, debido proceso, acceso a la administración de justicia, función nomofiláctica.

La falibilidad del ser humano, el ser proclive por su propia naturaleza al error, el hecho mismo que las personas no somos dados a aceptar la derrota, y, por tanto, aún sin tener razón, manifestamos desacuerdo, justifica desde lo humano la existencia de la impugnación en sus distintas modalidades, los recursos en particular.

A nivel internacional, por ejemplo, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, regula de manera concreta sobre el derecho que tiene toda persona a un recurso efectivo ante las autoridades competentes, lo establece el artículo 25º de la Convención:

Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados partes se comprometen:
 - a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El estudio que aquí abordaremos de los recursos extraordinarios tendrá en cuenta reciente normatividad, así el Decreto-Ley 806 de 2020 y Ley 2080 de 2021, esta última modificatoria del CPACA, entre otros asuntos, lo impugnación ordinario y extraordinario.

3. REQUISITOS GENERALES PARA LA INTERPOSICIÓN DE LOS RECURSOS

Si bien, los requisitos a abordar se predicen respecto de los recursos, necesario también tenerlos en cuenta respecto de otras formas impugnativas, para el caso las solicitudes de aclaración, corrección y adición de providencias, en la medida que, estas formas en ocasiones, anteceden la interposición del recurso.

El juez puede oficiosamente adicionar la providencia que profirió. Igualmente, como se verá, casar oficiosamente la sentencia, por la ocurrencia de yerros con alcance Constitucional.

Otra forma de censura la encontramos en relación con la ilegalidad de aquel auto, que aún ejecutoriado, debe dejarse sin efecto alguno cuando dicha irregularidad sea advertida, o al momento de realizarse por el juzgador un *control de legalidad*.

Se debe tener en cuenta en todo caso que existen autos con efecto de sentencia, los cuales no pueden ser modificados ni dejados sin efecto luego de cobrar ejecutoriedad, en la medida que, ello desconocería el principio de seguridad jurídica, de contera el de *confianza legítima*, ello en relación con las partes y otros intervinientes que dan por cierta la providencia y su alcance.

Reiterar que, en relación con las sentencias, a voces del artículo 285 CGP, no son revocables ni reformables por el juzgador que la profirió. Ello de igual manera en razón de *seguridad jurídica* y de *confianza legítima*.

Revisados estos aspectos generales, nos centraremos en el análisis de los requisitos para la válida interposición de los recursos:

i) Legitimación

Se legitima cualquiera de las partes principales (demandante y demandado, singular o plural), la denominada “otra parte”, eventualmente el tercero interviniente (coadyuvante), pero también tanto el llamante como el llamado cuando en el proceso se den los presupuestos de la denominada “*demanda de coparte*”, ello a voces del artículo 66, parágrafo del CGP, cuando consideran que la providencia les causo un perjuicio parcial o total con la providencia proferida.

Es decir, no se legitima quien perdió, sino quien considera que la providencia le ha causado un perjuicio.

En relación con el coadyuvante, a voces del artículo 71 CGP, consideramos posible la interposición de recursos, incluso extraordinarios en la medida que, interponer un recurso no es considerado un acto dispositivo del derecho en litigio, siempre que la actuación a realizar no esté en contraposición con los realizados por la parte misma.

Tratándose de la intervención en el proceso del *tercero excluyente*, vinculado por el fallo, está habilitado para impugnar, al ser parte principal con todas las facultades procesales. (Corte Suprema de Justicia, sala

de casación civil y agraria SC-218222017 M.P. Margarita Cabello Blanco).

Ahora bien, analicemos, frente a la legitimación para recurrir, la denominada “*demanda de coparte*”, incorporada en los estatutos procesales de Puerto Rico y Panamá, este último en el Código Judicial, artículo 1307, todo ello bajo el presupuesto que uno de los codemandados accione contra otro de los codemandados, a partir de discutirse entre ellos un específico derecho sustancial, ya sea de origen legal o contractual, distinto al derecho que se ventila entre demandante y demandado.

En Colombia la demanda de *coparte* ha encontrado cabida normativa en el CGP, artículo 66, parágrafo. No bajo la denominación de demanda de coparte, sino a partir de los presupuestos del llamamiento en garantía, según lo cual, se estará frente a relaciones sustanciales distintas. La primera relación sustancial, la que discute demandante y demandado; la segunda la que se discute entre codemandados, siendo uno de ellos *llamante*, el otro será *llamado*.

Luego, para efectos de legitimación para la interposición de los recursos, quienes son demandados estarán legitimados cuando la providencia que se profiera, incluso la sentencia, les perjudique indistintamente en la medida que salió favorable al demandante; pero también se legitimará el *llamado*, cuando en lo pertinente a la relación sustancial que le une con el *llamante*, quien a su vez es demandado en la demanda principal perjudique a aquél o viceversa.

ii) Procedencia

La regla comporta que no todo recurso procede contra toda providencia, ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 318, parágrafo del CGP. Claro está, sobre este último aspecto, que el recurso interpuesto tenga una real posibilidad de equivocación en el recurrente, no sería dable, por ejemplo, adecuar a reposición, la interposición de una casación contra un auto.

Así el recurso de casación solo procede contra sentencias proferidas en segunda instancia por tribunales superiores de distrito, no así contra autos o contra el laudo arbitral. A diferencia del Ecuador, según el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) estatuto que determina la procedencia de la casación contra sentencias y autos que den fin al proceso, eventos según los cuales, conocerá del recurso la Corte Nacional de Justicia.

El recurso de revisión, únicamente contra sentencias, que, proferidas en cualquiera de las instancias, ya se encuentren ejecutoriadas. Igualmente procede respecto de laudos arbitrales.

iii) Oportunidad

Los principios de preclusión y seguridad jurídica nos determinan que los recursos no son dables su interposición, ni antes ni después de la oportunidad que la ley señala. Luego ello depende de la manera como se profirió la providencia, así, en audiencia o diligencia o por escrito. Si se trata de recurso ordinario o extraordinario, si se ataca un auto o sentencia, o laudo arbitral, si este último se profirió en un arbitramento nacional o internacional.

Importante, aún que estemos estudiando recursos extraordinarios, analizar en el aula someramente el fenómeno de suspensión de términos (artículo 118-5 CGP) frente a la interrupción de términos normado en el mismo artículo, ello confrontado frente a lo indicado en el artículo 322, inciso segundo, numeral 2º CGP; de igual manera de análisis lo normado en el artículo 337-1 CGP, en materia del recurso de casación. Las solicitudes de aclaración, corrección y adición de la providencia, frente a la ocurrencia de los precitados fenómenos de suspensión e interrupción de términos. Punto de discusión.

iv) Cumplimiento de ciertas obligaciones y ciertas cargas

Las obligaciones son de carácter económico, en tanto que, las cargas suelen ser procesales y probatorias.

Respecto de lo primero se debe sufragar los gastos de envío del expediente o parte de este, desde el despacho judicial de origen a aquel en el cual se resolverá la impugnación.

Igualmente, el tema de copias, dependiendo ello de la práctica de medidas cautelares y del efecto en el cual se conceda el recurso. Ver artículo 340 CGP, en materia de casación.

Otra obligación refiere a la prestación de caución a fin suspender el cumplimiento de la sentencia recurrida; de igual manera el tema del justiprecio como prerequisite de procedencia del recurso de casación, tema que luego abordaremos en extenso (artículo 339 CGP).

La carga de relevancia referida a todo recurso consiste en su sustentación o motivación, con una mayor técnica y rigurosidad, tratándose de los recursos extraordinarios, en ocasiones con la presentación de una demanda, es el caso de la casación y la revisión.

Tratándose del recurso de Unificación de Jurisprudencia, el CPA-CA no refiere específicamente a la presentación de una demanda, más la norma exige el cumplimiento de determinados requisitos en el escrito que lo contenga.

En lo probatorio, por ejemplo, la posibilidad de solicitar pruebas en la segunda instancia en materia de apelación; la oficiosidad de la prueba en materia del recurso extraordinario de casación. Tratándose del recurso extraordinario de revisión, el tema probatorio comienza desde la presentación de la demanda.

Ya analizaremos el tema probatorio, además, en materia de otros recursos como el de anulación del laudo y el de unificación de jurisprudencia en materia del contencioso-administrativo.

En el aula se analizarán tanto para la interposición del recurso ordinario, en la medida de su posterior incidencia en el trámite y decisión de los recursos extraordinarios, como para estos propiamente dicho, los cuatro requisitos enunciados. Así, el prerrequisito de la apelación para posteriormente legitimarse el recurrente en casación.

4. LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL COLOMBIANO

Los distintos ordenamientos procesales nacionales, los cuales rigen el proceso en cuanto a su trámite y aspectos probatorios, cualquiera sea la jurisdicción o especialidad jurisdiccional² de que se trate, contie-

2 En Colombia la Corte Constitucional profirió la Sentencia C-662 de 2004, siendo M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, por la cual a partir de su función de nomofilaquia, unificó criterio frente a una posición no pacífica en torno a la ocurrencia en los procesos judiciales de la falta de jurisdicción en el juzgador, en ocasiones, falta de competencia. Señaló en aquella ocasión es máximo tribunal en lo Constitucional que, si bien la jurisdicción del Estado es una sola, atendiendo la naturaleza de los diversos conflictos, admite clasificarla. Indicó que en términos generales la jurisdicción se clasifica en ordinaria y especiales. Así, todo aquello que corresponda a la jurisdicción ordinaria tendrá la denominación de especialidad jurisdiccional. En tanto, las especiales, por sí, se constituye en jurisdicción individual. Los asuntos

nen a más de recursos ordinarios, así, la reposición, apelación, súplica y queja, aquellos remedios extraordinarios, los cuales corresponden en términos generales a la Casación, Revisión, Anulación y de Unificación de la Jurisprudencia.

En materia penal, el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2204) consagra los recursos de casación y de revisión.

Tratándose del proceso en lo Contencioso Administrativo, el CPACA -Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- regula dos recursos extraordinarios, a saber, el de Unificación de Jurisprudencia y es de Revisión.

En materia del proceso arbitral, ya sea que se trate de arbitramento nacional o internacional, el actual estatuto, ley 1563 de 2012, contiene dos recursos extraordinarios, el de Revisión y recurso de Anulación del laudo arbitral.

En el proceso laboral, su estatuto procedimental consagra, tratándose de recursos extraordinarios, los de casación, revisión y anulación.

Los jueces de cierre, por lo general son colegiados. En la jurisdicción ordinaria el juez lo es la Corte Suprema de Justicia, que en lo jurisdiccional decide a partir de las denominadas salas de casación, se dispone de la sala civil-agraria, sala penal y sala laboral.

Tratándose de la jurisdicción Constitucional el juzgador de cierre se establece en la Corte Constitucional, juez colegiado encargado de asegurar la constitucionalidad de estirpe legal, función que ejerce a partir de la denominada *acción de inconstitucionalidad*, a más de ser juzgador de cierre por vía de revisión seleccionada, en las acciones de amparo constitucional -acción de tutela-.

Referido a la jurisdicción arbitral, el juez de cierre cuando del recurso de anulación del laudo arbitral se trate, lo es los tribunales superiores de distrito judicial,³ cuando el proceso judicial se desarrolló frente a particulares, ya sea personas naturales o jurídicas. Si en el contencioso intervino, al menos una persona de derecho público, será competente la

civiles, familia, laboral, comercial y agrario, son especialidades jurisdiccionales. Son jurisdicciones autónomas la Constitucional, la contencioso administrativa, la penal militar, la coactiva, entre otras.

3 En Colombia, los tribunales superiores de distrito judicial, se establecen en jueces colegiados, de segundo orden en la estructura de la rama judicial para la jurisdicción ordinaria, siendo la Corte Suprema de Justicia el primer juez esa escala piramidal Kelseniana.

sección tercera del Consejo de Estado.⁴ Ahora bien, tratándose del recurso extraordinario de revisión, es competente la Corte Suprema de Justicia en sala de casación civil. Si ha intervenido persona jurídica de derecho público, lo será la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado.

5. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN, ¿CUMPLE FUNCIÓN PROTECTORA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PARTES INTERVINIENTES?

Necesario analizar individualmente el recurso extraordinario, su función de nomofilaquia y garantista de los *derechos fundamentales*, a partir de su regulación en los distintos ordenamientos procesales Colombianos antes señalados, veamos:

5.1. EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

En materia procesal civil, Colombia está regida por el estatuto procesal denominado Código General del Proceso (CGP), el cual como normatividad propia regula los asuntos para las especialidades jurisdiccionales civil, familia, agraria y comercial. Además, se establece en normatividad procesal y probatoria residual, cuando otros ordenamientos procesales adviertan vacíos normativos en sus respectivos estatutos procesales.

Previo a la promulgación del actual CGP, en Colombia regía el Código de Procedimiento Civil (CPC), el cual en su totalidad quedó derogado el 31 de diciembre del año 2015.

Los dos estatutos han regulado el recurso extraordinario de casación, conteniendo expresa y taxativamente tanto los fines del mismo, como sus causales.

El CPC respecto de los fines del recurso extraordinario de casación los señalaba en el artículo 365, advirtiéndose de su lectura la no inclusión de su garantismo respecto de los derechos y garantías supralegales. Eran fines de la casación bajo este estatuto, ya inexistente, propender por la unificación de

4 El Consejo de Estado, máxima autoridad en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se compone de secciones y subsecciones; a diferencia de la Corte Suprema que en lo jurisdiccional ejerce sus funciones a partir de salas de casación.

la jurisprudencia nacional (construir precedente judicial), proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos, a más de simplemente procurar la reparación del agravio inferido por la sentencia recurrida. Nótese que los citados fines del recurso atinaban únicamente a la efectividad de la normatividad de carácter legal en los distintos procesos de esa misma naturaleza. Nada se decía sobre la protección de los derechos fundamentales, ello en la medida que dicho estatuto fue concebido y promulgado en una época (la década de los años 70), en la cual lo primordial era la legalidad bajo la conocida premisa de *dura lex sed lex*. Lo Constitucional se sabía que existía bajo la premisa de un conjunto normativo superior, inaplicable por sí mismo, el cual, en todo caso, encontraba desarrollo a partir de los estatutos sustanciales y procesales de estirpe legal. En el ámbito jurídico no se hablaba del derecho procesal constitucional, menos aún del derecho constitucional procesal.

Lo anterior de alguna manera es entendible dado que, el CPC se concibió y promulgó en plena vigencia de la Constitución de 1886, la cual, su garantismo se pretendía materializar a partir de aplicar sin miramientos, las normas de naturaleza legal.

Es la Constitución Política de 1991, que se abre la puerta a una especie de neoconstitucionalismo criollo, lo que permite entender la importancia del derecho constitucional como fuente inmediata para la garantía, protección y efectivización de los derechos y garantías fundamentales, dándose en consecuencia impulso a la creación y aplicación de acciones constitucionales propias, así la acción de tutela (amparo Constitucional), pero a más de ello, se permeó el proceso de naturaleza legal, señalándole a los estatutos procesales, una clara función protectora y de realización con alcance Constitucional al proceso de naturaleza legal.

Esa publicitada Constitucionalización del proceso legal civil se plasma indubitada en el CGP, ello en diferentes normas, partiendo de los principios generales que sustentan este estatuto. Así, el artículo 11° CGP -interpretación de las normas procesales- le señala al juez que, al interpretar la ley procesal deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial. Que, si llegare a ocurrir duda en la interpretación de las normas contenidas en dicho estatuto, deberán aclararse mediante la aplicación de los *principios constitucionales* y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el *debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes* y los demás *derechos constitucionales fundamentales*.⁵

5 Las cita que la norma legal hace al debido proceso, derecho de defensa, igualdad de las partes, son justamente derechos constitucionales contenidos en la Carta de 1991.

Si consideráramos auscultar desprevenidamente otro articulado de las disposiciones generales del CGP, el artículo 4º hace expresa mención a la igualdad que de las partes se debe cumplir en el proceso; siendo a su turno el artículo 14º refiere a la obligatoriedad de observancia del *debido proceso* constitucional, bajo la premisa adicional, que es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.⁶

La precitada constitucionalización del proceso judicial civil no podía ser ajena a los recursos extraordinarios regulados en el CGP, para el caso, el recurso extraordinario de casación.

El artículo 333 CGP, establece cuales son los actuales fines de la casación. Desde lo estrictamente constitucional se establece hoy, que, con el recurso de casación, su interposición y trámite, se propende por el (i) logro de eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno; (ii) proteger los derechos constitucionales; (iii) reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida.⁷

Entonces, cuando se propende por el logro de la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, justamente se garantizando a partir del recurso extraordinario, observar o cumplir con los mandatos de lo que establece como *bloque de constitucionalidad*.

Luego, si duda alguna, lo señalado en el artículo 333 CGP, sobre este específico fin de la casación, se constituye en observancia y desarrollo de los mandatos supralegales establecidos en el artículo 93 C.P.

Primeramente, la norma legal -artículo 333 CGP- al propender por el logro de la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por el Estado Colombiano en el derecho interno, está si duda alguna incluyendo aquellos tratados y convenciones que reconocen los DD.HH. a

6 El mandato Constitucional del debido proceso, está contenido en el artículo 29 C.P. de 1991.

7 Este aspecto, la reparación del agravio irrogado, es de suma relevancia, ello en la medida que con el anterior estatuto procesal civil (CPC) se indicaba sobre el tema, que la Corte Suprema so pretexto de conocer, tramitar y decidir el recurso extraordinario, solo debía procurar la reparación del agravio, cuando esta justamente era la razón fundamental para que el justiciable interpusiera el recurso. Ahora, con el CGP, no basta propender por la reparación del agravio, si este se establece como cierto por la Corte Suprema, deberá sin ambages, proceder a su reparación, tanto en lo patrimonial, como en lo extrapatrimonial, precisamente la razón de ser de la protección supralegal.

más de, por vía legal, lograr su respeto y eficacia. De aclarar entonces, ya no se requiere acudir indefectiblemente a una acción de estirpe constitucional, así, la acción de tutela o de amparo constitucional, ante un juez constitucional, a fin obtener la garantía de observancia de uno o varios DD.HH. y el logro de la reparación del daño causado con su violación, no, ahora además de dichas acciones superiores, como la citada, también a partir de la aplicación de normas legales, para el caso, las regulatorias del recurso extraordinario de casación, se puede lograr esa protección.

El juzgador extraordinario en la casación en consecuencia, al desatar el recurso, deberá tener en cuenta, en el sentido que vaya el fallo, que el fin último, es la protección de los derechos y obligatoriedad de observancia de los deberes, no solo los indicados en la C.P. además, los señalados en los distintos tratados ratificados por Colombia, aunado ello a las distintas convenciones de las cuales el país hace parte.

Ahora bien, el juzgador extraordinario por vía de casación, igualmente deberá tener en cuenta que, al desatar el recurso, deberá aplicar aquellos tratados, los cuales, aun no ratificados por Colombia, en su contenido se propenda por la protección de la persona humana.⁸

Sin duda, uno de los fines de la casación contenidos en el precitado artículo 333 CGP, se establece en la protección de los derechos constitucionales o derechos fundamentales.

A manera de simple referencia enunciativa, la C.P. establece bajo el título de: Los Derechos, las Garantías y los Deberes, en el capítulo 1, derechos fundamentales, en el artículo 11, el derecho a la vida, bajo la condición de ser inviolable. Consecuente con esa premisa superior, dentro de las taxativas sentencias susceptibles de ir en casación, se establece en el artículo 334 CGP, las procedencia cuando se trate de asuntos relativos al estado civil de las personas. Luego por esa vía procedente la casación tratándose de los procesos sobre investigación de la paternidad o la maternidad, los cuales, buscan garantizar a más de la vida misma, una mejor calidad de vida, ello a partir primeramente de establecerse quienes son los padres de la persona, con ello cesando un estado de incertidumbre, generando los correlativos derechos y obligaciones, que le permiten al hijo, máxime siendo menor de edad, asegurar una vida digna y con el logro de sus expectativas.

Pero, además, la Corte Suprema, al decidir el recurso de casación está sentando jurisprudencia, está creando un *precedente judicial*, el cual se constituye en vinculante.

8 Hacemos referencia aquí al artículo 94 C.P.

El Juez extraordinario al pronunciarse en los fallos de casación, respecto de la garantía y respeto a la vida, lo estará haciendo incluso para la protección de los derechos del concebido, tal como lo establece el artículo 53 numeral 3° del CGP, siendo ello consecuente con lo normado en el artículo 4° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Otro de los denominados derechos fundamentales lo es el reconocido *debido proceso*, los presupuestos de esta garantía constitucional se enmarca en el recurso extraordinario de casación, en sus fines, al señalarse que lo es para controlar la legalidad de los fallos, así por ejemplo, que la sentencia haya sido proferida por juez competente, juzgando hechos, los cuales sucedieron con posterioridad a la vigencia de la ley que los regula, con la plenitud de las formas procesales que regulan cada proceso en particular, con la garantía tanto de aportar pruebas, como de controvertir las aducidas en contra, a más de garantizarse el derecho a la impugnación.

Le corresponde a la Corte Suprema realizar una especie de control de constitucionalidad, no al proceso y su trámite, sino a la sentencia del juzgador de segunda instancia, la cual, al proferirse, tuvo que haber observado el cumplimiento de los presupuestos todos del debido proceso.

Dentro del derecho fundamental al *debido proceso*, aspecto relevante, lo es, el derecho a la prueba, el cual se establece en bifronte en la medida que se tiene derecho por el justiciable a aportar pruebas, pero también a controvertir las pruebas del otro. Ello hace parte del concepto genérico de acceso a la administración de justicia, lo que se establece de contera en parte del derecho fundamental al debido proceso.

El juzgador de segunda instancia inaplica el mandato constitucional al *debido proceso*, cuando pese a garantizar la oportunidad bifronte de la prueba, aportar y contradecir, luego en la valoración de la prueba, comete el yerro de restarle valor demostrativo al acervo o parte del mismo, o le da a la prueba un alcance demostrativo que esta no tiene, la Corte Suprema está en la obligación de corregir ese yerro, convirtiéndose en juzgador de instancia, casará la sentencia de segunda instancia, y el su lugar preferirá la que la reemplace, haciendo una adecuada valoración probatoria.

El CGP contiene a su vez las taxativas causales de casación, las cuales deberán ser alegadas por el recurrente, ello a partir de formular cargos precisos contra la sentencia recurrida, para el caso, la proferida por el juzgador de segunda instancia, debiendo ser en todo caso, un tribunal superior de distrito. Tratándose de violación al debido proceso, por desconocimiento de la prueba, preterición de la misma, o errónea valoración, le corresponde al casacionista asegurarse en la construcción

del cargo, demostrar los presupuestos de la violación indirecta de la ley sustancial, como consecuencia del desconocimiento de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto y trascendente en la apreciación de una determinada prueba.

Respecto de lo señalado hoy en el artículo 333 CGP, en cuanto a la reparación del agravio inferido a las partes con ocasión de la providencia recurrida, ya son solo como una simple opción secundaria, tal como lo determinaba el derogado CPC, viene a materializar un derecho con alcance de ser fundamental, el derecho a la reparación del daño, cuando ha sido causado este por el error judicial, ya sea por acción o por omisión.

En Colombia la Ley 906 de 2004, corresponde al actual Código de Procedimiento Penal, el cual es normatividad, incluye, dentro del recursos extraordinarios, el de casación. En el artículo 180 dicho estatuto señala dentro de la finalidad del recurso, propender por el respeto a las garantías de los intervinientes, entendiéndose ello, aquellas inherentes a la dignidad del ser humano y que no pueden ser desconocidas por ningún estatuto legal, aun bajo las circunstancias de privación de la libertad y restricción de otros derechos y garantías.

A su turno el artículo 181 CPP señala que la casación se establece como recurso, en un control de constitucionalidad sobre las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afecten derechos y garantías fundamentales.

5.2. EN LA JURISDICCIÓN ANTE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En Colombia, ley 1437 de 2011, el CPACA, contiene la normatividad del proceso judicial cuando en el contencioso se involucre una entidad pública.

El CPACA recientemente ha sido modificado y adicionado por la Ley 2080 de 2021, incluyendo en esa transformación, aspectos inherentes al recurso extraordinario de unificación de la jurisprudencia.

El artículo 256 CPACA se determina como fin del recurso, entre otros, garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida, de ser el caso, proceder a la reparación del agravio inferido a los sujetos procesales.

Se deduce de la literalidad de la norma en cita que, el recurso extraordinario, del cual conoce el juez de cierre, para esta jurisdicción lo es el Consejo de Estado, tiene una finalidad específica similar a la señalada

para los fines del recurso de casación en la jurisdicción ordinaria, salvaguardar, garantizar y restablecer los derechos y garantías fundamentales, conculcadas por la decisión del juez administrativo, para el caso, decisión de fondo proferida por los tribunales administrativos.

El error judicial, ya sea ocurra por acción o por omisión en el ámbito de lo público o de lo contencioso administrativo, también debe ser corregido o anulado por el juez de cierre, estableciéndose en consecuencia una eficaz garantía de los derechos fundamentales también en esta jurisdicción.

Para un mayor alcance y entendimiento del objeto del recurso extraordinario, de recibo citar los artículos pertinentes del CPACA:

ARTÍCULO 258. CAUSAL. Habrá lugar al recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia cuando la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado.

ARTÍCULO 260. LEGITIMACIÓN. Se encuentran legitimados para interponer el recurso cualquiera de las partes o de los terceros procesales que hayan resultado agraviados por la providencia, quienes deberán actuar por medio de apoderado a quien se haya otorgado poder suficiente; sin embargo, no se requiere otorgamiento de nuevo poder.

Frente al recurso extraordinario de revisión, considerado el más democrático dado su procedencia contra sentencia proferida en cualquiera de las instancias, incluso contra laudos arbitrales, dentro de sus taxativas causales, se encuentran aquellas tendientes tanto a la protección de los derechos fundamentales, como al restablecimiento de los mismos, conculcados a propósito de haberse proferido sentencias a partir de pruebas documentales, testimoniales, declaraciones y dictámenes periciales, pruebas que luego fueron declaradas falsas por la justicia penal.

De especial cita aquella causal cuyo fundamento se construye por la previa violación del debido proceso constitucional, al haber ocurrido falta de notificación o emplazamiento, o por la ocurrencia de indebida representación. Igual, cuando ha ocurrido nulidad la cual se originó precisamente en la sentencia, o cuando se demuestre que se adelantó el proceso con preexistencia de cosa juzgada sobre el mismo caso y entre las mismas partes.

6. CONCLUSIÓN

La nueva tendencia de la constitucionalización del derecho procesal, el establecerse que el proceso judicial existe no solo para efectivizar el derecho sustancial desde lo legal, sino como aspecto trascendente la preservación de los derechos y garantías fundamentales, ha trascendido a los denominados recursos extraordinarios, los cuales en sus fines establecen como parte inherente a los mismos, la protección de aquellos, estando a tono con el mandato de la normatividad supranacional, para el caso concreto, el mandato de la normatividad de la convención interamericana de derechos humanos o pacto de San José de costa rica.

Ya no se establece en absolutamente necesario tener que acudirse indefectiblemente a las acciones de estirpe constitucional para procurar la salvaguarda de los derechos y garantías constitucionales.

Hoy, la normatividad de alcance legal, para el caso a partir de la regulación de los recursos extraordinarios, sus fines y causales, dan indiscutida prioridad a la precitada protección, lo que nos permite señalar que le corresponde al juzgador extraordinario en las jurisdicciones ordinaria y especiales, cumplir una indiscutida función nomofiláctica de alcance constitucional.

RESOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS NA ÁREA TRIBUTÁRIA: OS DESAFIOS DA MEDIAÇÃO

CRISTIANE DA COSTA NERY¹

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe a discriminação da partilha de competências federativas, revitalizando, portanto, o federalismo brasileiro. Incluiu os municípios no rol dos entes federados, atribuiu competências próprias a estes, fortaleceu as respectivas rendas.

Com tal configuração, os municípios assumiram relevante função na formulação e na execução das políticas públicas, sendo agentes ativos. A legislação federal traz competências específicas à União, Estados e Municípios, inexistindo hierarquia entre os entes da federação. Cada um deles atua de forma específica, autônoma e individual, mas com previsão constitucional de cooperação.

Com a municipalização das políticas públicas o rol de competências e demandas cresceu de forma significativa e o que se verifica com o passar dos anos é o aumento dessas demandas e da necessidade de serviços locais à população. Assim, o investimento no ingresso de receitas próprias é imprescindível, assim como o repasse constitucional de verbas é essencial, sendo a descentralização político-administrativa uma reali-

1 Procuradora Municipal de Porto Alegre, no exercício da Procuradoria-Geral Adjunta de Assuntos Fiscais. Graduada em Direito pela PUCRS. Pós-Graduada em Direito Municipal pela UFRGS/ESDM. Conselheira Estadual da OAB/RS. Diretora de Atividades Culturais da ESA/OAB-RS. Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Integrante do grupo de pesquisas da Faculdade de Direito da UFRGS sobre Reforma Tributária, coordenado pelo prof. Igor Danilevicz e vinculado ao CNPq. Coordenadora científica da Revista Brasileira de Direito Municipal, periódico da Ed. Fórum. E-mail: cris@nerycunha.com.br.

dade. Os municípios possuem papel operacional importante, com poderes autônomos e obrigações daí decorrentes.

Nesse sentido, tais entes da federação devem empreender um esforço muito maior na arrecadação própria e na atenção a projetos de financiamento federais, a fim de dar conta das demandas constitucionais que lhe são atribuídas, as quais são as que mais aumentam em proporção inversa ao repasse de verbas.

E o atual momento é de crise, não só financeira, mas institucional, ética e política, além do enfrentamento da pandemia por Covid-19, assim declarada mundialmente pela Organização Mundial de Saúde em 2020, o que se reflete na diminuição da arrecadação em alguns setores, na consequente diminuição do valor dos repasses federais e estaduais, na morosidade ou dificuldade na aprovação de projetos fiscais importantes², além do aumento do custo dos entes municipais para as ações de combate à pandemia.

Ao mesmo tempo, para as empresas e contribuintes é preciso que se apresentem alternativas de acesso com sistema multiportas, ante permissivos legais vigentes, para que esse ingresso de receitas seja cada vez mais possível e efetivo.

O trabalho das Procuradorias dos Municípios em consonância e alinhamento com as Secretarias de Fazenda é imprescindível nesse aspecto, sendo Porto Alegre um exemplo de trabalho alinhado e em colaboração que muito bem funciona e chega aos melhores índices de recuperação do estoque da dívida ativa do país.

As reformas constitucionais nacionais e seus impactos, o modelo de federação, o pacto federativo vigente e seus reflexos nas cidades brasileiras devem ser levados em consideração. O ISS, por exemplo, é a maior fonte de arrecadação para a grande maioria dos municípios do país. Em capitais como São Paulo e Rio de Janeiro, a arrecadação desse imposto já alcançou 30,7% e 29,5%, respectivamente, da Receita Corrente Líquida (RCL). Em Porto Alegre, o tributo pode corresponder até 18% da RCL. Se perderem essa fonte de receita, tanto essas capitais, como os municípios brasileiros em geral, que já sofrem com a falta de repasses por parte de Estados em gravíssimas dificuldades financeiras, terão ainda mais prejuízos.

Sempre vale salientar que o poder local é que deve implementar as políticas públicas que diretamente interessam e atingem a população. Portanto, as demandas constitucionais de competência municipal são aquelas básicas e fundamentais à dignidade humana, as essenciais para

2 Emendas Constitucionais posteriores a 1988 vêm sucessivamente comprometendo a autonomia financeira de Estados e Municípios.

a manutenção de uma sociedade saudável e que tenha viabilidade de sobrevivência digna.

Como manter serviços públicos essenciais em meio a esse contexto? Como manter a eficiência na administração pública? Como abrir canais de acesso confiáveis ao contribuinte?

A criatividade e mudança de paradigmas na atuação são essenciais, assim como a eficiência na arrecadação, na defesa tributária e, de forma preliminar, na gestão fiscal, pois sem gestão fiscal eficiente não há que se falar em prestação de serviços eficiente. É o que o presente estudo pretende abordar à luz dos diplomas legais existentes e dos instrumentos normativos passíveis de regulamentação dos meios extrajudiciais a serem utilizados.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe dispositivos expressos sobre a resolução extrajudicial de conflitos, incentivando, portanto, sua utilização, bem como trazendo como concepção do ordenamento jurídico.

A Lei 13.140, também de 2015, dispõe sobre a Mediação tanto entre particulares quanto sobre a autocomposição de conflitos na Administração Pública.

Ou seja, é preciso aprofundar o estudo sobre esses novos instrumentos para compreendê-los no sistema e avaliar a utilização possível também na área tributária, a ponto de atender aos fins a que se propõem em benefício da coletividade.

Para tanto, se contextualiza no presente estudo a relação entre fisco e contribuinte, analisando os dados relacionados aos meios de cobrança do crédito público, à gestão fiscal e ao volume de processos judiciais em tramitação no país. A partir de tais dados, a análise do meio alternativo de resolução de conflitos como a Mediação será objeto do estudo como espaço de consenso em um sistema multiportas que objetiva ampliar a capacidade financeira do poder público e ao mesmo tempo facilitar a relação com o contribuinte, demonstrando-se a sua possibilidade de implementação também para os conflitos tributários como forma eficiente e inteligente de gestão da dívida ativa.

Ao final, o objetivo é compreender a Mediação enquanto instrumento de acesso e eficácia na gestão, com possibilidade de aplicação prática no direito tributário, avaliando-se a sua validade para o sistema tributário enquanto instrumento de consenso.

2. O CONTEXTO BRASILEIRO E A NECESSÁRIA EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE FISCO E CONTRIBUINTE

Buscar soluções inteligentes para a otimização do estoque da dívida ativa, seja trabalhando no expurgo do que não possui viabilidade de cobrança, dentro do permissivo legal, utilizando soluções juridicamente pensadas, seja mapeando faixas de dívidas com maior viabilidade de cobrança ou implementando sistemas de resolução extrajudicial, inclusive na fase pré-lançamento do tributo, estão entre os desafios da atualidade na área tributária.

Há um evidente esgotamento das execuções fiscais enquanto instrumentos efetivos de satisfação do crédito público, as quais, em muitos casos, são mais onerosas que o próprio crédito em cobrança. Além disso, o índice de congestionamento desses processos no Poder Judiciário é altíssimo.

A maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, que representam 70% do estoque em execução. Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando aproximadamente 39% do total de casos pendentes e congestionamento de 87% em 2019. Há de se destacar, no entanto, que há casos em que o Judiciário esgotou os meios previstos em lei e ainda assim não houve localização de patrimônio capaz de satisfazer o crédito, permanecendo o processo pendente. Ademais, as dívidas chegam ao judiciário após esgotados os meios de cobrança administrativos — daí a difícil recuperação (BRASIL, 2020, p. 150).

Pesquisar as melhores formas de recuperação do estoque da dívida ativa, seja a judicializada, seja a administrativa, pode contribuir para a melhoria do sistema tributário. A busca da eficácia na recuperação do crédito público e eficiência na sua utilização possuem relação direta com a maior eficiência na gestão pública e na aplicação de políticas públicas ao seu destinatário que é o cidadão.

Contribuir com o debate acerca do modelo de federação que possuímos, avaliando a necessidade de revisão do pacto federativo, em especial em relação à repartição do bolo tributário entre os entes da federação, bem como em relação às propostas de reforma tributária, a fim de que se constitua um sistema composto por um conjunto de direitos e obrigações com justiça tributária e justiça na repartição de receitas conforme as competências constitucionais atribuídas a cada ente, atentando para a

inteligência na gestão da dívida ativa, é um dever do operador do direito inserido nas administrações tributárias.

Desde 2008 há várias propostas de Emendas Constitucionais sobre a Reforma Tributária que tramitam: PEC 233/2008, hoje con-substanciada na PEC 110/19, a PEC 45/2019, o PL 3887/20, a Emenda 195 à PEC 45 e a Emenda 144 à PEC 110. Ou seja, há mais de 10 anos tramitam propostas sem que se tenha uma definição séria sobre quais as reais necessidades para o país e qual deve ser sua abrangência a ponto de se evitar a sonegação, os desvios e se ter uma tributação justa e eficiente, enfrentando, inclusive, o sistema multiportas disponível em suas disposições.

A história de nosso País remete a uma cobrança de tributos autoritária, onde o fisco ou os cobradores da Coroa, à época, se colocavam em uma posição de superioridade e, muitas vezes, confiscatória. Desde lá, a visão do fisco, ainda que se atenua com o passar dos anos, é de um fisco intransigente, pouco democrático e sem diálogo.

A evolução dos tributos acompanha a evolução do homem e as necessidades detectadas nessa evolução social. O Direito assim foi se aperfeiçoando: a evolução social traz consigo a necessidade de regras, as quais são atualizadas, revistas e alteradas com o passar dos anos e necessidades sociais.

O direito é, igualmente, a estrutura de um sistema que opera continuamente em uma atemporalidade: os eventos que o direito considera juridicamente relevantes transformam-se em presente e, portanto, fragmentam-se, a cada momento, em um antes e depois. O antes e o depois seriam relevantes para o direito se eles não fossem antes e depois de um evento que o direito construiu como síntese relevante para um novo comportamento.

[...]

Por poder tratar a experiência como experiência, o direito redefine seu passado e autoconstrói seu presente como espaço de liberdade, vale dizer, como extensão temporal que torna possível a previsão e a prospecção. A memória está sempre em toda a parte, mas sempre no presente. O presente é a realidade que o sistema constrói; a realidade de seu oscilar e de sua auto-especificação no uso das diferenças. (DE GIORGI, 2006, p. 61-62).

Assim o Direito e as regras por ele trazidas estão em constante e presente evolução a partir de suas próprias necessidades. As obrigações tributárias “passaram, juridicamente, de imposições arbitrárias e vexatórias,

de donativos voluntários, para contribuições compulsórias pelos costumes e, posteriormente, amparadas em lei.” (BALTHAZAR, 2005, p. 20)

A função do tributo passou a ser mais bem analisada, avaliando-se a sua finalidade ante à constatação de que estava diretamente relacionada às políticas públicas, demandando, por consequência, uma maior participação da sociedade na formulação dessas políticas. (MARTINS, 2005).

O denominado Código Tributário Nacional foi instituído pela Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, em seu Título VI, traz os dispositivos relativos ao Sistema Tributário Nacional e princípios gerais que regem a tributação no país, dispondo sobre a instituição de tributos no art. 145.³

Ao longo dos anos, aprimoraram-se as disposições legislativas locais, os meios de cobrança dos tributos, assim como as relações entre fisco e contribuintes, ainda que se mantenham com certa desconfiança e pouco amistosas ou cooperativas até hoje, o que necessita mudar.

2.1. O CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO NO PAÍS

Nessa evolução antes referida os meios de cobrança tornaram-se bastante efetivos em alguns locais, tanto na esfera administrativa quanto

3 Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

§ 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

na judicial, especialmente a partir de 2001, com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal.⁴

A cidade de Porto Alegre possui larga experiência e eficiência na cobrança de sua dívida ativa, sendo atualmente uma das principais referências para o tema. É a capital com melhor índice de recuperação do estoque de sua dívida, seja ela administrativa, seja ela judicializada. O trabalho integrado da Secretaria Municipal da Fazenda e da Procuradoria-Geral do Município, certamente são fatores decisivos para o êxito na cobrança. O histórico de ajuizamentos de execuções fiscais aliado ao trabalho administrativo na cobrança da dívida, com a avaliação do crédito em cobrança de forma prévia são essenciais para que sua satisfação se estabeleça. (NERY, 2018, p. 74).

Até hoje Porto Alegre se mantém dentre as capitais com melhor índice de recuperação do estoque da dívida ativa, tanto administrativa quanto judicial.

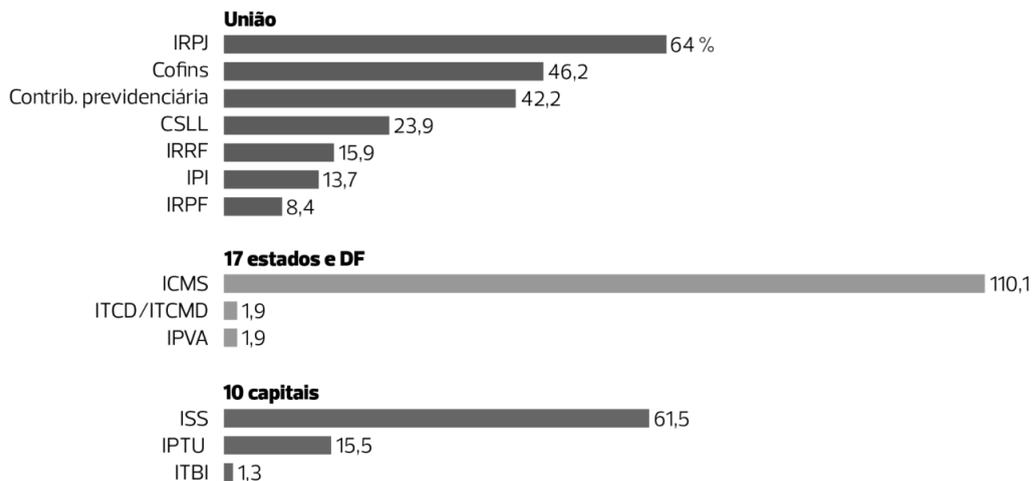
Ainda que essa evolução tenha se efetivado na grande maioria dos entes da federação, nas três esferas de governo, conforme dados divulgados pelo Núcleo de Tributação do Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), chega a R\$ 5 trilhões o total de dívidas tributárias em discussões judiciais e administrativas nas esferas federal, estadual e municipal no país. O montante representa 75% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro.

Os pesquisadores definiram como **contencioso tributário** o conjunto de créditos em disputa em processos judiciais e administrativos –créditos tributários são os pagamentos de tributos cobrados por União, estados ou municípios de uma empresa, por exemplo. Os R\$ 5,4 trilhões retratam só uma parcela do contencioso, pois nem todos os dados sobre o tema estão disponíveis para consulta pública –grande parte dos números dos entes subnacionais que compõem o relatório foram obtidos por meio da **Lei de Acesso à Informação**. Além disso, a amostra não inclui processos nos quais contribuintes buscam deixar de pagar algum tributo ou reaver o que já foi pago –os valores destes casos são considerados de difícil mensuração.

4 Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

Relação entre contencioso de cada tributo e arrecadação tributária bruta*

Por nível federativo, em %

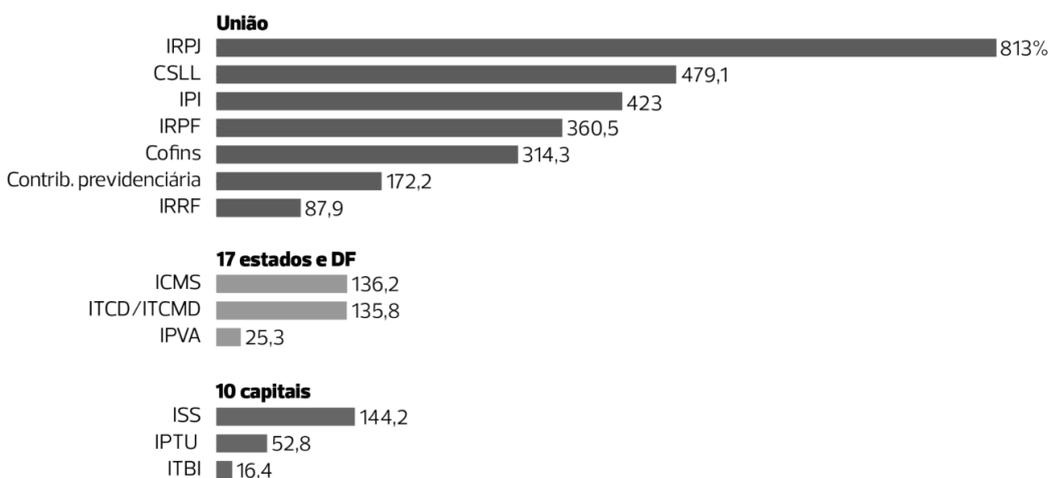


Fonte: Contencioso Tributário no Brasil: Relatório 2020
- Ano de Referência 2019. *Todos os tributos, em 2019.

Inspêr

Quando se compara o valor do contencioso de cada tributo à arrecadação gerada apenas por ele, as porcentagens sobem. Na esfera federal, as disputas relacionadas ao IRPJ correspondem a 813% da receita que a União teve com o imposto em 2019.

Relação entre contencioso e arrecadação por tributo em 2019, em %



Fonte: Contencioso Tributário no Brasil: Relatório 2020 – Ano de Referência 2019.

Insper

O contencioso calculado representa um estoque de capital improdutivo na economia, segundo Lorreine Messias, uma das autoras do trabalho. “Trata-se de recursos que poderiam ser empregados na formação de capital produtivo, como qualificação de **mão de obra**, bens de capital e melhoria dos processos produtivos e de gestão.”

“Em função da complexidade tributária e insegurança jurídica”, explica a pesquisadora, “os recursos passam a ser direcionados à constituição de provisões tributárias, contratação de assessorias jurídicas e contábeis, despesas judiciais, oferecimento de garantias judiciais, entre outros custos de transação nos quais empresas acabam incorrendo para poder operar.”

Os motivos que levaram à formação do contencioso não foram investigados no relatório. Mas estudos internacionais apontam alguns deles: imprevisibilidade das **leis tributárias**, superprodução legislativa, ausência de orientações claras e tempestivas da administração tributária, instabilidade jurisprudencial, retroatividade de interpretações, incerteza quanto ao tempo para resolução dos processos e não adoção das boas práticas internacionais de tributação.

“Também é possível trabalhar para melhorar a relação entre **Fisco** e contribuintes por meio de programas de conformidade que premiem os bons e punam somente os maus pagadores”, acrescenta o pesquisador. Outra saída citada por ele é a implementação de governança nos procedimentos internos das administrações tri-

butárias para criar bons incentivos e evitar conflitos na produção, aplicação e interpretação das normas. (INSPER, 2021).

E fato é que sem tributos não há Estado, daí a importância e responsabilidade de se qualificar sempre a gestão fiscal. A capacidade de investimento e de implementação de políticas públicas de um ente da federação está diretamente relacionada à sua sanidade e capacidade financeiras.

Assim, é impositivo que se confira o tratamento adequado às dívidas tributárias e não tributárias, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial. Não só para que ocorra o retorno correspondente aos cofres públicos para a devida aplicação constitucional, mas para que os contribuintes tenham a devida segurança jurídica no recolhimento dos tributos de sua competência.

3. A GESTÃO FISCAL EFICIENTE COMO FORMA DE GARANTIA DE RECURSOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E OS INSTRUMENTOS LEGAIS DISPONÍVEIS

Para que o Estado dê conta de suas competências e atribuições constitucionais é necessário que disponha de recursos financeiros para tal. Sem tais recursos não há implementação adequada de políticas públicas, essenciais no ordenamento constitucional posto e na forma federativa com que o país está constituído. Essa atuação estatal deve estar adstrita aos princípios constitucionais, sem descuidar da segurança necessária a garantir a confiança do contribuinte que está no outro polo dessa relação.

De outra parte, é inegável que a autoridade administrativa pode agir tendo-se em vista as circunstâncias concretas, os critérios de atuação conforme a lei e o Direito (princípio da legalidade), de adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (preceito da proporcionalidade) e, ainda, a adoção de forma simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados. Pelo Princípio da Proteção à Confiança, os valores da lealdade, da honestidade e da moralidade aplicam-se necessariamente às relações entre a Administração e os administrados. A aplicação do princípio da proteção à confiança, sua absorção por determinada realidade jurídica, permite ao ad-

ministrado recobrar certeza (confiança de que não lhe será imposta uma prestação que só superando dificuldades extraordinárias poderá ser cumprida) de que a Administração não adotará uma conduta confusa e equívoca que mais tarde lhe permita tergiversar suas obrigações nem exigir do administrado mais do que seja estritamente necessário para a realização dos fins públicos perseguidos. Daí, o referido princípio visa à conservação de estados obtidos e dirige-se contra modificações jurídicas posteriores. Pode-se afirmar, em relação à aplicação do princípio, que a Administração Pública e o administrado hão de adotar um comportamento leal em todas as fases de constituição das relações até o aperfeiçoamento do ato e das possíveis conformações ao que haja nascido defeituoso. (TABORDA, 2009, p. 145).

Os mecanismos a serem utilizados pelas Administrações Tributárias para eficiência na gestão fiscal, devem, portanto, garantir a devida transparência fiscal e a legalidade, como forma de traduzir segurança jurídica aos contribuintes, fazendo valer, portanto, o princípio da confiança. Trata-se de dever do poder público avaliar de forma rotineira as práticas em todas as suas esferas de atuação, adequando, corrigindo e implementando tais mecanismos, especialmente na gestão fiscal.

Parece evidente que a evolução dos mecanismos de satisfação do crédito público, como forma de garantir recursos financeiros para dar conta de atender às políticas públicas essenciais à população, como formas eficientes de que tal retorno seja realidade, deve estar relacionado também à segurança jurídica verificada pelo contribuinte.

Como referido no estudo do INSPER antes mencionado, um dos motivos que levam à ausência de pagamento espontâneo e à formação do contencioso, com base em estudos internacionais, são justamente a imprevisibilidade da legislação tributária, o número excessivo de leis, a instabilidade jurisprudencial, incerteza no tempo de resolução, além da não adoção de boas práticas de tributação e ausência de orientações claras por parte das administrações tributárias.

Ou seja, há necessidade de que constantemente os critérios sejam revistos para que se estabeleçam mecanismos atualizados para recuperação dos créditos, a ponto de permitir ao contribuinte o recolhimento de seus tributos com segurança, a qual não tem como estar dissociada da legalidade e da transparência fiscal.

A partir da constatação de que a evolução constante das práticas nas administrações tributárias refletida nas legislações e resoluções estabe-

lecionadas, com métodos claros e transparentes de incidência de tributos e recolhimento dos créditos públicos, vem a ser fundamental para a eficiência na gestão administrativa, deve-se verificar os mecanismos disponíveis no ordenamento jurídico que possam contribuir de forma decisiva com o aprimoramento das gestões fiscais em benefício da coletividade, fim buscado com a correta arrecadação e recuperação de créditos públicos, desestimulando o conflito tributário e gerando segurança jurídica com credibilidade.

Diante de tal cenário, os instrumentos alternativos de resolução de conflitos poderiam ser também utilizados na esfera tributária? Mais especificamente a Mediação, regrada em 2015 por lei nacional, poderia ser utilizada? Como tal instrumento, em sendo possível, poderia ser eficiente a ponto de aumentar a efetividade da arrecadação ao mesmo tempo em que garante confiança e segurança ao contribuinte? É possível que se estabeleça uma política pública nesse sentido no campo do direito tributário, mantendo-se a legalidade e os princípios constitucionais dos quais as administrações públicas não podem se afastar?

A partir de tais questionamentos e constatação da existência de instrumentos recentemente regradados no ordenamento pátrio, impõe-se a discussão sobre a possibilidade de sua utilização também para o direito tributário como forma de contribuir com gestões fiscais eficientes que permitam a concretização das tarefas públicas do Estado e a continuidade administrativa.

3.1. A RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS COMO INSTRUMENTO FACILITADOR NA BUSCA DA EFICIÊNCIA NA GESTÃO

Para prevenir ou solucionar disputas tributárias que certamente impactam a atuação do fisco ou a arrecadação de tributos, parte-se da premissa de que é possível que se estabeleçam métodos alternativos de resolução de conflitos, pois há um evidente aumento da capacidade do entendimento entre o fisco e o contribuinte, o que deve ser estimulado e vem evoluindo, como já mencionado. Os tempos atuais permitem esse pensar principalmente quando se propõe evitar litígios administrativos ou judiciais que podem acarretar um congestionamento ainda maior dessas esferas, sem solução efetiva do conflito posto.

A consensualidade, o diálogo, a transparência, a impessoalidade e a segurança jurídica são valores que a cada dia mais aparecem como necessários para o equilíbrio nas relações sociais, principalmente nas relações que envolvem a Administração Pública e o Administrado.

Cada vez mais se visualiza como imprescindível a atuação cooperada entre fisco e contribuintes.

Além disso, a menor onerosidade possível nas relações é algo que deve ser levado em consideração em um país como o Brasil, em que os recursos dos entes públicos são escassos, demandando cuidado e adequação constante das finanças públicas, e onde os recursos, para a grande maioria da população, são insuficientes. Somada a essa realidade, temos a pandemia pelo novo Coronavírus que assola a todos, agravando ainda mais as desigualdades sociais, tendo em vista a grave crise sanitária pela qual o mundo passa e que trouxe consigo o agravamento da crise econômica.

A gestão fiscal eficiente também passa por uma gestão que onere menos os cofres públicos sem formação ou aumento de passivos tributários, possibilitando aos cidadãos e empresas que também possam não sofrer com ônus financeiros e patrimoniais desnecessários.

A cultura do litígio ainda é uma realidade, estimulada em grande parte pela formação jurídica no país, além da inexistência de legislações pátrias que estimulem a consensualidade, o que se deu de forma mais efetiva de 2015 em diante.

Mas a litigiosidade pode gerar passivos judiciais e administrativos enormes, com um grande custo. E tal situação não é diferente no campo tributário. Tributos não pagos, créditos públicos não recuperados, ausência de tratamento adequado ao estoque da dívida ativa nas administrações públicas, podem gerar estoques de débitos inadimplidos administráveis, sem retorno concreto à população, assim como podem gerar conflitos administrativos e judiciais que contribuem para um esgotamento de tais instâncias.

Referido esgotamento se dá tanto em termos de incapacidade de gerenciamento adequado dos processos, com ausência de julgamentos ou duração razoável, quanto em termos de recursos humanos empregados em casos insolúveis ou com escassa capacidade de solução satisfatória, gerando maior custo financeiro ainda, tanto para o público quanto para o privado.

Estima-se que, em média, uma execução fiscal no Brasil tem duração de dez anos (BRASIL, 2011). Consequência lógica de tal fato é a preocupação com a demora de ingresso de recursos ou com a recuperação desse estoque de dívida que está judicializado, pois o estado brasileiro não possui condições de discutir por tanto tempo sobre recursos que são essenciais para a implementação das políticas de estado.

Na Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, por exemplo, tramitam atualmente cerca de 40 mil execuções fiscais, além de cerca

de 7 mil processos referentes ao contencioso tributário⁵. O número de execuções fiscais já chegou a quase 150 mil processos, sendo baixado ao longo dos anos pela adoção de mecanismos de cobrança administrativos mais efetivos, pela análise de prescrição e baixa de ofício, além de outros instrumentos de recuperação de créditos implementados.

No município de Porto Alegre, o estoque total da dívida ativa fechou em R\$ 2,2 bilhões no ano de 2020, sendo que não há créditos prescritos inseridos, pois são avaliados previamente nesse sentido. A capital de Porto Alegre tem o melhor índice de recuperação dos créditos no país, cerca de 11%, segundo informações da Secretaria Municipal da Fazenda.⁶

A permanência de Porto Alegre dentre as capitais com melhor índice de recuperação do estoque da dívida ativa se deve, certamente, aos diversos instrumentos implementados ao longo dos anos que buscaram sempre a eficácia e melhoria da arrecadação.

Nesse contexto, a discussão sobre a viabilidade de resolução de conflitos extrajudiciais também na área tributária, mais especificamente a utilização do instituto da Mediação, é medida que deve ser avaliada. O sistema multiportas se traduz em canais de acesso, viabilizando solução de conflitos que, na grande maioria dos casos, se transformam em demandas judiciais ou administrativas que geram um custo aos cofres públicos que poderia ser evitado.

Nesse aspecto, a busca por meios alternativos ou de soluções extrajudiciais e preventivas, em um sistema multiportas de acesso para resolução de disputas, parece evidenciar um caminho menos oneroso, produtivo e eficaz, na medida em que pode prevenir conflitos desnecessários ou solucionar de forma mais célere os conflitos estabelecidos.

Essa alternativa mais econômica e eficaz certamente se traduz no interesse de todos, pois a quem interessa prolongar um conflito ou não o solucionar? Nem ao fisco nem ao contribuinte. Os ônus financeiros

5 Dados obtidos junto ao sistema e-pgm da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, gerenciado pela Coordenação Geral de Qualidade e Produtividade - CGQP/PGM.

6 “A Prefeitura de Porto Alegre anunciou nesta quarta-feira, 27, novo recorde histórico de recuperação. Foram recuperados R\$ 228 milhões da dívida ativa, sendo R\$ 50 milhões referentes à cobrança judicial. Considerando apenas a cobrança de dívidas tributárias, o retorno é de 10,82% do total de créditos, melhor índice dentre as capitais do país.” **Prefeitura recupera R\$ 228 milhões em dívida ativa.** 27 jan. 2021. Disponível em: <https://prefeitura.poa.br/smf/noticias/prefeitura-recupera-r-228-milhoes-em-divida-ativa>, Acesso em 19 jul. 2021.

decorrentes do processo judicial, tais como custas e honorários sucumbenciais, acabam atingindo a ambos, as consequências da indefinição acabam por inibir novos negócios, prejudicando a todos os envolvidos. Para a Administração Pública são recursos que deixam de ingressar nos cofres públicos para aplicação direta em políticas públicas, fim precípua do Estado. Para o cidadão ou para a empresa, é a vida que se traduz paralisada em um conflito tributário, não permitindo venda de bens, negócios e inviabilizando, muitas vezes, a capacidade financeira pelo crescimento da dívida com os ônus financeiros incidentes ano após ano.

É preciso mudar a cultura da litigiosidade para esse avançar e quebrar paradigmas no sistema judicial do país, aliado à evolução do ordenamento jurídico, para que se consiga ampliar com novos instrumentos como a Mediação. Esse alinhamento e as consequências antes referidas levam a crer que deve haver um aumento do apoio ao desenvolvimento de instrumentos alternativos de resolução de conflitos, inclusive no campo tributário.

4. A MEDIAÇÃO COMO FORMA ADEQUADA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ÁREA TRIBUTÁRIA

Tendo em vista a novidade do instituto da Mediação, principalmente na solução de conflitos tributários, é preciso, de forma preliminar, analisar os parâmetros pelos quais a sua implementação pode se tornar realidade, o que é importante para que se consiga estabelecer os critérios de utilização, integrando os princípios tributários com os princípios próprios da Mediação.

Entendendo-se a disputa tributária como o conflito em que há fatos a merecerem a aplicação da norma tributária ou a interpretação de normas tributárias, meios de garantia, satisfação ou pagamento de créditos tributários e a conciliação como procedimento que busca a pacificação e resolução consensual de disputas tributárias, se buscará estabelecer conceitos para a Mediação Tributária, partindo-se dos pressupostos gerais estabelecidos para o instituto, entendendo-se esta como o sistema ou procedimento para o espaço de consenso.

A transparência dos critérios na Mediação é entendida como essencial, já que é um ato de natureza negocial a envolver as partes, ainda que entre a Administração Pública e o particular. Sendo ato negocial, é típico ato voluntário e, assim sendo, o princípio da voluntariedade também deve ser tido como da essência da adoção de tal prática.

Parte-se do entendimento de que a transparência fiscal deve ser projetada nas Administrações Públicas como política pública a ser concretizada e rotineiramente avaliada enquanto canal de acesso aos contribuintes em geral e garantia de segurança jurídica.

Las ideas expuestas previamente nos permiten argumentar que las acciones y procesos que atribuimos a la transparencia son en realidad - o deberían ser - una política pública. Es decir, si partimos de definir a la transparencia como un atributo que concierne concretamente a los flujos de información (entre miembros de una organización y su entorno) entonces la transparencia adquiere el sentido de una serie de principios, normas, criterios, acciones, prácticas, procesos, estructuras e instrumentos necesarios para gestionar y transformar estos flujos - subproductos de la acción organizada - en información pública. Siguiendo las ideas expuestas por Merino, la política de transparencia “se refiere a las decisiones y los procesos asumidos por los poderes, las dependencias y los órganos públicos del Estado para darle contenido sustantivo a los principios democráticos de responsabilidad, publicidad e inclusión dentro de su propia organización”. Transparentar no implica exclusivamente un esfuerzo de apertura (o de eliminar “aquello que no deja ver”) sino que considera transformar la información generada a través de prácticas organizacionales en información pública y le otorga valor y utilidad social. (LÓPEZ AYLLÓN, 2017, p. 288)⁷

Merino (2008), refere que para que efetivamente se tenha a transparência fiscal como uma política pública válida, necessário é que a informação

7 Tradução livre: As ideias discutidas anteriormente nos permitem argumentar que as ações e processos que atribuimos à transparência são, na verdade, - ou deveriam ser - políticas públicas. Ou seja, se partirmos da definição de transparência como um atributo que diz respeito especificamente aos fluxos de informação (entre os membros de uma organização e seu ambiente), a transparência adquire o significado de uma série de princípios, regras, critérios, ações, práticas. Processos, estruturas e instrumentos necessários para gerir e transformar esses fluxos - subprodutos da ação organizada - em informação pública. Seguindo as ideias de Merino, a política de transparência “refere-se às decisões e processos assumidos pelos poderes, órgãos e órgãos públicos do Estado para dar conteúdo substantivo aos princípios democráticos de responsabilidade, publicidade e inclusão na própria organização”. Ser transparente não implica exclusivamente um esforço de abrir (ou eliminar “o que não se vê”), mas antes pensar em transformar a informação gerada nas práticas organizacionais em informação pública e dar-lhe valor e utilidade social.

e as rotinas sobre os dados previamente trabalhados assim o sejam com o viés público, com valores de visibilidade ou não ocultação, inclusão e construção de espaços públicos para tal, com utilidade social e responsabilidade.

Tais questões são fundamentais para que a Mediação seja uma prática considerada efetiva nos conflitos tributários, a fim de que seja preventiva de conflitos e multiplicadora de justiça, atingindo os efeitos a que se propõe.

Ademais, os princípios gerais da Mediação devem também ser observados na mediação de conflitos tributários, sob pena de descaracterizar o próprio instituto em assim não sendo. A transparência, por exemplo, não pode impedir que o contribuinte não se sinta à vontade para expor os conflitos, seus receios e dúvidas, devendo ser criado um ambiente favorável à negociação, com confiança entre as partes, incluindo-se o sigilo como critério aplicável nas relações tributárias da mesma forma na composição, assim como a confidencialidade.

A questão da rigorosidade da regulação jurídica no que se refere à Administração Pública, principalmente em matéria tributária, vigorando ainda o chamado dogma da “indisponibilidade do crédito público”, e onde a atividade é totalmente vinculada, são outros desafios que se impõem no regramento a ser feito para a utilização de meios alternativos na busca de consensos na área tributária, sendo imprescindível que o regramento traga segurança jurídica aos agentes públicos que estarão envolvidos, bem como aos contribuintes em qualquer negociação que se estabeleça a partir da mediação. (RIBEIRO DA SILVA, 2021).

Salienta-se que a Administração Pública se rege pelos princípios constitucionais constantes no art. 37 da Constituição Federal⁸, sendo um deles o da publicidade. Assim, há que se avaliar o sigilo e a confidencialidade, que são inerentes ao instituto da Mediação, em cotejo com o princípio da publicidade inerente aos atos da Administração Pública, verificando-se a sua possibilidade de compatibilização.

É indispensável, reafirma-se, a busca por mecanismos mais céleres, que tragam transparência e garantam segurança jurídica ao mesmo tempo, com a quebra de alguns paradigmas, e a Mediação na área tributária pode se enquadrar nessa perspectiva, pois há um esgotamento das vias atuais. Principalmente em um cenário público e notório de alto índice de congestionamento de processos no Judiciário, ainda que esse índice venha se reduzindo ano a ano.

8 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

Conforme o último informe do Conselho Nacional de Justiça do Justiça em Números, ano de referência 2020, atualmente há uma taxa de congestionamento de 68,5% (BRASIL, 2020, p. 5).

Além dos relevantes avanços alcançados no último ano, o Relatório Justiça em Números 2020 apresenta também os gargalos da Justiça brasileira. A litigiosidade no Brasil permanece alta e a cultura da conciliação, incentivada mediante política permanente do CNJ desde 2006, ainda apresenta lenta evolução. Em 2019, apenas 12,5% de processos foram solucionados via conciliação. Em relação a 2018, houve aumento de apenas 6,3% no número de sentenças homologatórias de acordos, em que pese a disposição do novo Código de Processo Civil (CPC), que, em vigor desde 2016, tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação. Conforme registrado no presente Relatório, aproximadamente 31,5% de todos os processos que tramitaram no Poder Judiciário foram solucionados. No entanto, as conclusões do Relatório Justiça em Números 2020 fornecem razões para otimismo, dando novo fôlego aos magistrados, aos servidores e aos demais trabalhadores do sistema de justiça para continuarem trabalhando com afinco em prol de um Judiciário melhor para a sociedade (BRASIL, 2020, p. 6).

Como se verifica, a litigiosidade permanece alta no país, mas há evolução, ainda que lenta, na utilização da conciliação, sendo política permanente do Conselho Nacional de Justiça desde 2006. Com essa utilização, 12,5% dos processos foram solucionados em 2019.

Com efeito, como recentemente noticiado pelo Superior Tribunal de Justiça, em um ano de vigência do acordo de cooperação estabelecido com a Advocacia-Geral da União, foi evitado que 250 mil novos recursos chegassem ao Superior Tribunal de Justiça, enviados pela Advocacia-Geral da União. Pelo acordo, foi iniciado um “trabalho conjunto para colocar em prática ações ligadas à prevenção de litígios, para gerenciar precedentes qualificados e fomentar a resolução consensual de controvérsias que envolvessem processos relacionados aos órgãos e às entidades públicas representadas pela AGU.”

Vários são os desafios existentes à implantação do sistema de mediação tributária. Como antes referido, o cotejo entre a publicidade, princípio ínsito aos atos da administração pública, e a confidencialidade, inerente ao procedimento de mediação, juntamente com a necessidade de sigilo.

Como ato de natureza negocial precisa ser motivado de forma explícita e com previsão legal. Para que seja realizador justiça e preventivo de

conflitos, é necessária uma comunicação ampla e transparente, com publicidade do acordo efetivado. Ao mesmo tempo, a transparência não pode ser impeditiva da confidencialidade inerente ao sistema da mediação.

O alinhamento entre a confidencialidade e o princípio da publicidade, observando-se os ditames legais da Lei Geral de Proteção de Dados, pode ser alcançado pela definição prévia do que deve ser objeto de publicação nos sítios oficiais, como, por exemplo, os acordos finalizados e firmados, até mesmo para que formem precedentes passíveis de utilização.

Vários são os desafios, mas parece evidente que para que o sistema seja efetivo dentro dos valores e princípios tanto da Administração Pública quanto da própria Mediação, é preciso uma comunicação ampla, com transparência, onde se compreenda o caso submetido, suas particularidades, e os dispositivos legais que fundamentam e motivam o ato. Sem descuidar da confidencialidade, a fim de gerar confiança, garantindo a devida publicidade à motivação dos atos previamente definidos e acordos firmados por meios oficiais de comunicação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Afigura-se fundamental buscar outros meios preventivos e resolutivos, introduzindo, ao menos parcialmente, um sistema multiportas de resolução de disputas que preveja meios alternativos ou complementares à judicialização também na área tributária.

A composição extrajudicial de conflitos, através da mediação e conciliação, está prevista na Lei Federal 13.105, de 16 de março de 2015, novo Código de Processo Civil⁹ e na Lei Federal nº 13.140, de 26 de ju-

9 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de

nho de 2015, Lei da Mediação, sendo inovação do Código de Processo Civil essa previsão, o que denota a mudança projetada para o sistema de justiça do país.

A Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, Lei da Mediação, estabelece em seu artigo 32 a possibilidade da União, Estados, Distrito Federal e os Municípios criarem câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, regrando as disposições, inclusive, para utilização da Mediação enquanto não criadas as câmaras no artigo 33.¹⁰

conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

10 Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei.

Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

Art. 34. A instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição.

É atribuição dos Procuradores de Porto Alegre, por exemplo, nos termos do inc. III, do art. 5º da Lei Complementar 701/12 atuar extrajudicialmente para a solução de conflitos de interesse do Município¹¹, e assim também deve ocorrer com os demais operadores do direito nas Administrações Públicas.

Nesse contexto, desde 2016, o Município de Porto Alegre já possui a sua Câmara de Mediação e Conciliação, criada no âmbito da estrutura da Procuradoria-Geral do Município por meio da Lei 12.003/2016, como forma de ampliar e disseminar a cultura do consenso e da pacificação social.¹² É necessário que avancemos para os conflitos na área tributária.

O mundo está mudando, e muda de forma rápida. É preciso posicionamento atualizado e avaliação do que os operadores do direito e responsáveis pelas políticas públicas estão fazendo para acompanhar essas mudanças a ponto de tornar o direito efetivo enquanto parte do sistema de justiça.

É preciso também rever o modelo atual, é preciso avaliar o modelo multiportas. Dentro da legalidade, com critérios objetivos, transparentes, com punição adequada para desvios, mas gerando transparência, segurança jurídica e confiança nos novos instrumentos, pois a inovação e a transformação pelas quais a sociedade vem passando exige menos formalidade.

É preciso, então, rever posicionamentos muito formais do direito, no sentido de abrir o sistema jurídico para ouvir os demais segmentos

§ 1º Considera-se instaurado o procedimento quando o órgão ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito.

§ 2º Em se tratando de matéria tributária, a suspensão da prescrição deverá observar o disposto na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

11 Art. 5º Incumbe à PGM:

[...]

III - atuar extrajudicialmente para a solução de conflitos de interesse do Município;

[...]

12 Art. 1º Fica instituída, nos termos desta Lei, a Central de Conciliação, que visa a estabelecer a conciliação e a mediação como meios para a solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolvam a Administração Municipal, nos termos do inc. III do caput do art. 5º da Lei Complementar nº 701, de 18 de julho de 2012, da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre, do art. 32 da Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, e dos arts. 3º e 174 da Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Parágrafo único. A Central de Conciliação ficará vinculada à Procuradoria-Geral do Município (PGM).

da sociedade independente dos cargos, dos títulos e das idades para gerar ambiente propício para a criatividade e para a geração de ideias, com mudança cultural e disposição de aprender novas formas de colaborar. Sem isso a inovação da tecnologia não será nada e não garantirá avanços.

A Mediação Tributária certamente se insere nesse contexto, alicerçada nos princípios constitucionais que regem a administração tributária e fiscal, podendo ser inclusive, uma grande ferramenta para a recuperação de empresas após o período de pandemia por Covid-19 pelo qual o mundo passa. A recuperação depende muito da criação de condições para a capacidade de pagamento de empresas, o que interessa também ao Estado.

A negociação demonstra ser uma das melhores soluções para o contencioso tributário, entendendo-se este em todos os casos em que, tendo havido o lançamento do tributo, seja por homologação ou de ofício, o sujeito passivo da obrigação tributária deixa de realizar o seu correspondente e tempestivo pagamento, instaurando alguma discussão a respeito, ou mesmo antes do lançamento para higidez do próprio lançamento a ser efetuado.

Dentro dos conceitos da mediação, que prima pelos princípios da impessoalidade, neutralidade, voluntariedade, legalidade, entre outros, pode-se evoluir para evitar esse contencioso, tanto na fase administrativa quanto na fase judicial. Além disso, a mediação nas questões tributárias estabelece meios de resolução que respeitam necessariamente a capacidade contributiva do contribuinte.

Assim, há uma necessária verificação entre tempo e custo, controle de resultado, celeridade, relação cooperativa entre as partes, avaliação de interesses envolvidos, prevenção de conflitos, critérios e parâmetros claros com regramentos pré-estabelecidos, atenção à legalidade, redução da litigiosidade e da inadimplência, eficiência na gestão, isonomia de tratamento, transparência aplicada a garantir confiança e segurança jurídica.

Em médio prazo, além de evitar se repetir conflitos que já foram objeto de mediação, deve-se obter uma redução no número de demandas administrativas e judiciais, assim como uma diminuição nos gastos públicos, na medida em que os processos podem ser mais céleres, além da diminuição de custos com deslocamentos para audiências, custas e honorários sucumbenciais, possuindo como resultado a resolução efetiva de conflitos em espaços de consenso que retornarão em benefícios a todas as partes envolvidas, principalmente ao coletivo que se beneficiará da possibilidade de maior investimento em políticas públicas.

A contribuição à prevenção de litígios judiciais ou formação de passivos tributários administrativos é nítida, evitando-se o aumento da já alta taxa de congestionamento de processos no Judiciário ou nas Administrações Tributárias, com recursos públicos sem movimentação.

Há possibilidade de que a mediação possa permitir o aprimoramento das normas tributárias, inclusive sua interpretação e hipóteses de incidência, o aprimoramento da gestão fiscal e o acesso transparente ao contribuinte do lançamento de créditos. Além disso, ratifica-se, deverá evitar que muitos casos sejam levados ao contencioso administrativo ou ao contencioso judicial, o que pode acarretar anos de discussão sem resolutividade e sem ingresso de receita aos cofres públicos, receita essa essencial e que não pode permanecer em passivos estagnados.

Afora isso, a existência de um relacionamento contínuo entre o contribuinte e a Administração Pública, com base na transparência fiscal, entendida esta como política pública permanente, e na legalidade, como fundamento para a segurança jurídica entre as partes, tende a demonstrar benefícios aos envolvidos, com o aprimoramento das instâncias de solução, que tende a ser conclusiva e definitiva pela consensualidade e voluntariedade estabelecidas.

A busca por consensos fiscais, portanto, vem em benefício dos contribuintes e do Poder Público, sem dúvida, pois permitirá aumento da arrecadação com redução de conflitos, sejam administrativos ou judiciais, modificando a cultura da litigiosidade que deve se manter somente no limite ou na ausência da consensualidade almejada, evidenciando-se que o instituto da Mediação deve ser compreendido como medida alternativa e adequada à utilização na busca de gestões fiscais eficientes.

REFERÊNCIAS

BALTHAZAR, Ubaldo Cezar. **História do Tributo no Brasil**. V.1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **A Execução Fiscal no Brasil e o Impacto no Judiciário. Julho de 2011.** <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/2d53f36cdc1e27513af9868de9d072dd.pdf>.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ, **Justiça em Números, 2020.** <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>.

BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ,** <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/25062021-Em-um-ano--acordo-de-cooperacao-STJ-e-AGU-otimiza-tramitacao-processual-e-evita-350-mil-novos-recursos-a-corte.aspx>. 25/06/21.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória.** Trad. de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo. Quartier Latin. 2006.

FNP, Frente Nacional de Prefeitos. **Carta da 78ª Reunião Geral da FNP.** 16 de setembro de 2020. <https://multimedia.fnp.org.br/biblioteca/documentos/item/869-carta-da-78-reuniao-geral-da-fnp?highlight=WYjYXJ0YSJd>

INSPER, **Instituto de Ensino e Pesquisa.** <https://www.insper.edu.br/conhecimento/conjuntura-economica/disputas-envolvendo-cobranca-de-tributos-somam-r-54-trilhoes-no-brasil/>, 22 de janeiro de 2021. https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/01/Contencioso_tributario_relatorio2020_vf10.pdf.

LÓPEZ AYLLÓN, Sérgio. **La Transparencia Gubernamental.** Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://www.juridicas.unam.mx/>.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, **Uma teoria do Tributo.** São Paulo. Ed. Quarter Latin. 2005, pág. 152-153. In SILVA, Luiz Felipe Scholante. Breves Apontamentos Históricos sobre Tributação no Mundo e no Brasil. 08 de julho de 2019, em <https://ambitojuridico.com.br>.

MERINO, Mauricio. **La Transparencia como política pública**. In: ACKERMAN, John M (Coord). Más allá del acceso a la información. Transparencia, redición de cuentas y Estado de Derecho. México: Siglo XXI, 2008.

NERY, Cristiane da Costa. **Gestão fiscal e a eficiência na cobrança do crédito público e na defesa tributária - a experiência de Porto Alegre**. Revista Brasileira de Direito Municipal - RBDM, Belo Horizonte, ano 19, n. 70, p. 73-92, out/dez. 2018.

PORTO ALEGRE, **Lei Complementar 701, de 18 de julho de 2012**. Institui a Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Município (PGM). <https://leismunicipais.com.br>.

PORTO ALEGRE, **Lei 12.003, de 27 de janeiro de 2016**. Institui a Central de Conciliação e dá outras providências. <https://leismunicipais.com.br>.

PORTO ALEGRE. Prefeitura Municipal de Porto Alegre. **Prefeitura recupera R\$ 228 milhões em dívida ativa**. <https://prefeitura.poa.br/smf/noticias/prefeitura-recupera-r-228-milhoes-em-divida-ativa> , 27 de janeiro de 2021.

RIBEIRO DA SILVA, Ricardo Almeida. **Mediação Tributária. No Brasil, mediação e tributação ainda são mundos estranhos entre si**. Coluna da ABDF. JOTA - <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abdf/mediacao-tributaria-07062021>.

TABORDA, Maren Guimarães. **Aspectos Jurídicos da gestão tributária – experiência do município de Porto Alegre**. In O mundo da cidade e a cidade no mundo – Reflexões sobre o direito local. Editora IPR, 2009.

DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE: MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DO CPC/2015 E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

MARIA FERNANDA GONÇALVES RIBEIRO VENTURA¹

1. INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito, conceito desenvolvido no período do segundo pós-guerra, pressupõe a substantivação da constituição por meio da valorização dos direitos fundamentais e do desenvolvimento de instrumentos que garantissem sua concretização.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, criada nesse contexto, dispõe em seu primeiro artigo o estabelecimento do Estado Democrático de Direito que tem como um de seus pilares o princípio da dignidade da pessoa humana, além de trazer a previsão de arcabouço extenso de direitos humanos e sociais, consagrados como cláusulas pétreas, tamanha sua importância enquanto direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito à busca da felicidade como direito fundamental implícito ao princípio da dignidade da pessoa humana, aplicando-o a diversas controvérsias envolvendo direitos materiais de assento constitucional.

A discussão relevante que motiva essa pesquisa científica é se o direito à busca da felicidade pode ser utilizado como viés interpretativo do Código de Processo Civil, especialmente dos meios alternativos de solução de controvérsias como a conciliação, mediação, arbitragem, entre outros.

1 Mestranda em Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais na Faculdade de Direito da Fundação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - FMP/RS e pós-graduada em Direito Processual Civil pela EMERJ. Pesquisadora no grupo Processo e Constituição e no grupo Teoria do Direito: da academia à prática. Advogada. fernandagr@hotmai.com

O presente artigo está estruturado de forma a apresentar o conceito de Estado Democrático de Direito com o fim de situar a importância constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, do direito à busca da felicidade enquanto princípio implícito.

Pretender-se-á demonstrar o conceito denotativo e filosófico do termo “felicidade” com o intuito de demonstrar que não se trata apenas de um sentimento ou euforia. A partir de então, buscar-se-á validar o conceito de felicidade enquanto direito, tanto no ordenamento externo, quanto pátrio, através de sua aplicação jurisprudencial.

Demonstrar-se-á que o direito à busca da felicidade é possível viés de interpretação ao Código de Processo Civil, sendo capaz de contextualizar e atribuir maior significado ao incentivo proposto pelo ordenamento processual à solução autocompositiva de controvérsias através dos meios consensuais de solução de conflitos.

Debater-se-á a aplicação dos meios consensuais de solução de controvérsias nas demandas repetitivas enquanto mecanismo de redução da litigiosidade de massa, consecução de direitos fundamentais e promoção do direito à busca da felicidade para litígios individuais homogêneos.

Para tanto, a metodologia utilizada privilegia a abordagem hipotético-dedutiva, pesquisa qualitativa, descritiva e a técnica de pesquisa bibliográfica.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: VALORIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E ACESSO À JUSTIÇA

O jurista e filósofo Miguel Reale (2005, p. 3) afirmou que o advento da Constituição Federal do Brasil de 1988 consolidou uma nova concepção de Estado, já que abandonou o consagrado termo “Estado de Direito” para conclamar o Estado Democrático de Direito.

A remissão à democracia na concepção de Estado decorreu da necessidade de reafirmar a ideia de que esse deve ter origem e finalidade na vontade livre do povo, excluindo a hipótese de adesão a uma constituição outorgada por qualquer autoridade civil ou militar, ainda que consagre direitos e princípios democráticos, além de simbolizar a transição de um Estado de Direito meramente formal a um Estado de Direito e Justiça Social. Toda a Constituição está imbuída desse espírito (REALE, 2005, p.2).

O artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado De-

mocrático de Direito e fundamenta-se, entre outros princípios, na cidadania e na dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) encarnou o maximalismo constitucional, característico das constituições do segundo pós-guerra, que se processa por um movimento de substantivação ou materialização constitucional, através do deslocamento do poder da supremacia da lei e da soberania parlamentar para um sistema de direitos fundamentais diversificado que incorpora valores morais, políticos e sociais, podendo, inclusive, ser efetivado por intermédio do Judiciário. Ainda, embora alguns juristas defendam uma constituição minimalista, no sentido da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, que atue apenas como instrumento de limitação e organização do governo e preveja rol mínimo de direitos fundamentais ligados à liberdade, não se pode dizer que existe uma corrente doutrinária organizada contrária ao maximalismo constitucional (MELLO, 2004, p. 82).

Grande alavanca para concretização do Estado Democrático de Direito é a ampliação do acesso à justiça previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que aumentou imensamente a permeabilidade social da figura do estado-juiz e mostrou-se, muitas vezes, fundamental à concretização de diversos direitos fundamentais sociais que não seriam exercidos sem a intervenção do Judiciário.

A consolidação da figura do *welfare state* permitiu que o Judiciário atuasse como concretizador de direitos que poderiam demandar ações afirmativas do Estado, portanto o conceito de acesso à justiça deve remeter tanto à reivindicação de direitos, quanto à igualdade de acesso ao Judiciário para ambas as partes em litígio (ASPERTI, 2020, p. 78).

Ocorre que o crescimento exponencial da judicialização de conflitos não corresponde apenas ao aumento da ciência de seus direitos por parte da sociedade e de sua reivindicação, mas evidencia, sim, o excesso de entraves burocráticos nas relações comerciais e estatais e a falta de opções extrajudiciais de resolução de demandas ou de popularização das existentes (ASPERTI, 2020, p. 87).

Nesse cenário de substantivação dos direitos fundamentais e de reconciliação do Direito com a moral que antes fora reduzida ao contexto filosófico, alguns direitos que não estão nem mesmo expressos no rol de direitos constitucionais foram reconhecidos pelo Judiciário e fundamentaram decisões emblemáticas, como o direito à busca da felicidade que é considerado pelo Supremo Tribunal Federal como direito fundamental implícito decorrente da dignidade da pessoa humana, essa, sim, expressamente prevista na Constituição.

3. EXISTE DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE?

Segundo o dicionário online DICIO (7GRAUS, 2020), o termo “felicidade” pode ser conceituado como sensação real de satisfação plena ou estado de contentamento e, embora o sentido denotativo da palavra demonstre se tratar de uma sensação, um sentimento, a felicidade vem sendo reconhecida como direito de suma importância para a concretização da dignidade do indivíduo, doutrinária e jurisprudencialmente.

Tão relevante para a humanidade, desde a antiguidade alguns filósofos se debruçaram sobre o estudo da felicidade trazendo conceitos interessantes para a situação, no âmbito jurídico, da escolha e delimitação temática do estudo proposto.

O filósofo grego Epicuro (341-271 a.C.) deixou registradas apenas três cartas e a mais importante, segundo esse ponto de vista, é a Carta a Meneceu (ou Mênemo) na qual afirmou que o prazer é o “início e o fim de uma vida feliz”, mas ressaltou que não estamos inclinados a escolher qualquer prazer, pois de muitos deles advêm efeitos extremamente desagradáveis. Da mesma forma, afirmou que nem toda dor deve ser evitada, concluindo que devemos avaliar todos os prazeres e sofrimentos de acordo com o critério do benefício e dos danos. A felicidade para Epicuro, ao contrário do que parece, não é o gozo irracional e inconsequente dos benefícios dos sentidos, mas é inseparável da prudência (MARCONATTO, 2008).

Em seu estudo sobre a filosofia de Epicuro, Arildo Luiz Marconatto (2008) ressaltou que o filósofo considerava existirem duas formas de prazer e que através da primeira seria possível alcançar a felicidade pela ausência da dor e da perturbação (artaraxia e aponia), ou seja, por não sofrer o homem alcançaria a paz e poderia atingir a felicidade. A segunda forma de prazer seria a alegria e o gozo que podem tornar o homem escravo e o conduzirem a uma vida perturbada e infeliz, ou seja, pela abordagem de Epicuro, a felicidade estaria ligada à paz, ao prazer, à ausência de dor física, de perturbação ou preocupações e à prudência.

Sêneca (2012, I - II) escreveu vinte e oito capítulos acerca do tema em sua obra “Da Felicidade (De Otio)” e, dentre vários aspectos, destacou que quando se trata de felicidade a escolha da maioria é argumento negativo, deve-se buscar o melhor para si, não o mais comum, “aquilo que conceda uma felicidade eterna, não o que aprova o vulgo”. Afirmou que “nada é mais importante que não seguir como ovelhas o rebanho dos que nos precederam”, incentivando que se buscasse a própria concepção

sobre as coisas. Descreveu nesse trecho a felicidade como autodeterminação, razão, como a capacidade de emitir juízo próprio sobre a vida.

Ainda, descreveu a segurança como outro aspecto que pode ser considerado felicidade dizendo que a vida feliz tem seu fundamento em ações simples e seguras, porque a alma humana evitaria os riscos e procura a estabilidade das relações, inclusive contra “sucessos” e “golpes da sorte” (SÊNECA, 2012, V).

Já Aristóteles (1991, p.7) relacionava a felicidade com uma vida ética, virtuosa, alcançada através do somatório de vários bens como prazer, virtude e razão que, necessariamente, devem estar presentes como condições prévias à felicidade. Entendia, contudo, quanto a ela mesma que se tratava de um bem absoluto e autossuficiente que é procurado sempre por si mesmo e não com vistas a alcançar outros bens.

Assim, considera-se que a busca da felicidade pode ser conceituada de várias formas, ainda que não denominadas expressamente como tal, seja por ética, prazer racionalizado pela prudência, autodeterminação e segurança ou um somatório de bens que objetivam o bem comum, a segurança e a virtude. Portanto, dispositivos legais que visam a concretização desses bens jurídicos podem ser interpretados sob o viés do direito à busca da felicidade, inclusive de natureza processual, já que vários institutos do Direito Processual Civil objetivam tutelar a segurança, a pacificação e outros bens.

O direito à busca da felicidade não é positivado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental expreso, contudo, diplomas normativos internacionais já o fizeram.

A gênese normativa do Direito à Felicidade ocorreu na Declaração dos Direitos de Virgínia, de 16 de junho de 1776 (SANTOS; SOUZA, 2019) que trazia pertencerem ao “bom povo de Virgínia” os direitos ao gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança (EUA, 1776, I).

Duas semanas depois o termo “felicidade” se repetia na Declaração de Independência dos Estados Unidos, posteriormente na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 - essa trazendo expressamente o termo “felicidade geral” como objetivo a ser alcançado, e, por fim, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 (SANTOS; SOUZA, 2019).

A característica principal das declarações americanas é a fundamentação dos direitos dos indivíduos em uma esfera jurídica anterior e superior ao que possa ser estabelecido pelo legislador, sendo um arcabouço

jurídico independente e preexistente que deveria ser protegido e manter-se inalterado das possíveis ameaças legislativas (ZAGREBELSKY, 2011, p. 54).

Já houve tramitação de proposta de emenda constitucional na Câmara dos Deputados (PEC 513/2010) e no Senado Federal (PEC 19/2010) que visavam conferir *status* constitucional expresso ao direito à felicidade, incluindo-o no rol de direitos fundamentais sociais. As propostas foram arquivadas ao final da legislatura.

Segundo o Supremo Tribunal Federal do Brasil, o direito à busca da felicidade é princípio constitucional implícito que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana. Tal reconhecimento veio no bojo do acórdão que fixou a tese de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante sob critério biológico. No mesmo julgado, o tribunal esclareceu que o direito à busca da felicidade “ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos” (BRASIL, 2016, p. 2).

O Supremo Tribunal Federal também fundamentou com base no reconhecimento desse direito, inclusive como princípio, acórdãos que versam sobre introdução da disciplina Educação Sexual em escolas públicas do ensino fundamental (BRASIL, 2020, p. 6) e sobre alteração do nome e da classificação de gênero no assento de nascimento independentemente de cirurgia de transgenitalização (BRASIL, 2018, p. 1), por exemplo.

O presente artigo, por sua vez, não pretende adentrar no mérito dos julgados acima mencionados, nem mesmo do reconhecimento expresso da própria busca da felicidade enquanto direito fundamental. Objetiva-se investigar se o direito à busca da felicidade pode ser identificado como viés de interpretação do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) e identificar sua interação especificamente com a mediação, a conciliação e a arbitragem.

4. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE COMO POSSÍVEL VIÉS DE INTERPRETAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Uma breve consulta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela que o direito à busca da felicidade tem seu reconhecimento pautado, basicamente, em ações que envolvam direitos materiais de assento constitucional, surgindo daí a importância da realização do estudo proposto para investigar a influência desse direito no âmbito processual.

Não se trata de eudemonismo - doutrina que julga eticamente positiva qualquer ação que conduza o homem à felicidade (GREGÓRIO, 2020), haja vista que não seria possível alcançar a igualdade entre os pares sob essa perspectiva, o que afastaria o conceito de felicidade da norma processual, pois deve buscar o tratamento equânime.

É verdade que o direito à busca da felicidade tem sido utilizado pela jurisprudência pátria como instrumento de concretização de objetivos não expressamente previstos na Constituição e nos demais ordenamentos jurídicos brasileiros, conforme julgados já citados a título de exemplo, e que tais intervenções de ordem política são arriscadas porque podem comprometer a legitimidade dos tribunais e, até mesmo, terem certo caráter autoritário em relação à sociedade e ao próprio Poder Legislativo, tornando o Judiciário uma espécie de poder moderador sobre os demais.

Nesse sentido, Gustavo Zagrebelski (2011, p.152) afirma que a excessiva desvalorização da lei pode gerar hipertrofia da jurisdição em detrimento da liberdade. Para ele o chamado “uso alternativo do direito” - que representou uma tentativa do começo dos anos 70 de derivar regras diretamente dos princípios constitucionais para aplicação em sede judicial como alternativas às leis já estabelecidas, constituía uma amputação ao Estado Democrático de Direito, já que fechava o cenário democrático ao legislador. Para ele, consiste em risco representado pelo “uso alternativo do direito”, também, a criação de uma nova regra pelas cortes constitucionais para aplicação no caso concreto, sem limitarem-se a declarar a inconstitucionalidade de lei e deferir ao legislador espaço para aprovação de uma nova regra, pois transmite a impressão de que as leis são facultativas.

Certamente, há utilidade na integração judicial do ordenamento pelos tribunais, pois impede o esvaziamento dos direitos constitucionalmente reconhecidos, conforme a doutrina acima mencionada aduz, mas há que se ter cautela para que a ânsia por concretizar direitos não torne as decisões judiciais previsões muito distantes dos anseios e da realidade da sociedade, sob pena de torná-las ilegítimas e antidemocráticas.

Niels Petersen (2014, p.6) explica que, se o tribunal for socialmente aceito, o descumprimento de suas decisões é visto como violação a regras fundamentais de democracia e que apenas com apoio público significativo um tribunal pode tomar decisões custosas para o governo e o parlamento. Sua legitimidade deve ser baseada em sua neutralidade, devendo haver um critério racional diferente entre as decisões dos tribunais e as decisões políticas. Para o autor, se o tribunal passar a ser um ator político dissociado dos demais órgãos políticos do país, ocorre o enfra-

quecimento da legitimidade de suas decisões e, com o passar do tempo, afeta sua aceitação pública.

Embora haja tal risco, o direito à busca da felicidade pode ser reconhecido de forma benéfica à sociedade e não-arbitrária, inclusive no contexto processual, estando a exemplo disso a duração razoável do processo como direito das partes, ainda que já estivesse prevista na Constituição Federal, ratificando seu interesse na paz e bem-estar dos litigantes que restam severamente prejudicados, em regra, na pendência de ação judicial.

Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2020) declarou a responsabilização do Estado pela demora excessiva e injustificada no andamento de ação de alimentos, condenando o Estado do Amazonas a pagar trinta salários-mínimos à título de indenização por danos morais à parte autora da demanda que aguardou durante, aproximadamente, dois anos e meio pela expedição de despacho ordenando a citação do devedor. Pode-se concluir que se há abalo moral na demora excessiva de ação judicial e se decorre da conclusão da lide a efetivação de direitos preciosos aos indivíduos, há relação entre o andamento célere e a conclusão em tempo razoável da ação e a concretização da felicidade das partes.

O princípio da duração razoável do processo pode ser relacionado ao conceito estabelecido por Aristóteles (1991, p. 7) de que a felicidade é realizada por um conjunto de bens, dentre eles a paz, somado ao conceito de Epicuro de que a felicidade é alcançada pela paz, pela ausência de sofrimento (MARCONATTO, 2008). A pendência de ação judicial por um longo período sabidamente compromete a tranquilidade das partes, sua paz.

Pode-se apontar como reflexos do direito à felicidade e à sua busca, ainda, a previsão no artigo 8º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) de que o juiz atenda aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando a dignidade da pessoa humana, estando o direito à busca da felicidade implícito no princípio da dignidade da pessoa humana e relacionado ao bem comum ou a um conjunto de bens por Aristóteles (1991, p.7).

A vedação à decisão surpresa, estabelecida nos artigos 9º e 10º do referido diploma (BRASIL, 2015) é outro marco interessante que parece estabelecer a necessidade de implementar a segurança jurídica que o indivíduo espera para a consecução de sua felicidade. Para Sêneca (2012, V), a felicidade era a consequência de uma vida segura.

Além disso, a possibilidade engendrada no artigo 190 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) de pactuar negócios jurídicos processuais entre as partes, que alterariam parcialmente normas de natureza processual, ou seja, de direito público, e vinculariam o magistrado da

ação, em nome de princípios como o respeito ao autorregramento da vontade no processo e à cooperação (HATOUM; BELLINETTI, 2017) podem significar uma flexibilização processual em busca de um bem-estar maior do indivíduo, ou seja, em nome da busca da felicidade. A autodeterminação é um argumento fundamental na conceituação da felicidade para Sêneca (2012, I - II).

Nesse mesmo sentido, o dever de incentivo pelo Estado da solução autocompositiva das lides será aprofundado no presente artigo como reflexo do direito à busca da felicidade, manifestado pelo conceito de felicidade estabelecido pelos filósofos citados e, ainda, pelo Supremo Tribunal Federal.

5. A REPETIÇÃO DE DISPUTAS E SEU TRATAMENTO CONSENSUAL EM BUSCA DA FELICIDADE

Inicialmente, há que se conceituar litigiosidade repetitiva como o aumento exponencial da busca pela prestação jurisdicional estatal e consequente congestionamento das instituições jurisdicionais por demandas que versam sobre questões de fato e de direito semelhantes decorrentes do reconhecimento de novos direitos e da ampliação do acesso à justiça, além da grande concretização de direitos sociais, civis e econômicos pela Constituição Federal do Brasil de 1988 e da simplificação dos procedimentos de litigância como a criação do Juizado de Pequenas Causas em 1984, promulgação da Lei da Ação Civil Pública em 1985, criação da Defensoria Pública, fortalecimento do Ministério Público e verificação da necessidade de regulamentar as relações consumeristas - o que culminaria na edição do Código de Defesa do Consumidor (ASPERTI, 2020, p. 23).

A ampliação do acesso à justiça, contudo, não diminuiu o número de infrações e demandas novas submetidas ao Poder Judiciário, ao contrário, apesar de parecer benéfica e representar possibilidade de inibir práticas que ofendam o arcabouço normativo pela ameaça de aplicação de sanção judicial, a liberação incondicionada da oferta de justiça estatal a todo direito ameaçado ou lesado fomenta a litigiosidade, desestimula a busca por meios autocompositivos e sobrecarrega os tribunais com conflitos que poderiam ser resolvidos por outros meios (MANCUSO, 2020, p. 79).

Pode não parecer bonita ou “polida” tal análise, posto que o julgamento por terceiro imparcial e comprometido com padrões éticos e morais estabelecidos democraticamente é retrato de uma evolução social

sem precedentes para a sociedade moderna, coroada no Brasil pela primeira onda renovatória do Processo Civil - caracterizada pela democratização da justiça, mas mostrou-se verdadeiramente ineficiente a submissão à heterocomposição de todos os possíveis conflitos simplesmente ao argumento de inafastabilidade da jurisdição, razão pela qual sobreveio a segunda e a terceira onda renovatória, essa denominada por Rodolfo de Camargo Mancuso (2020, p. 91) por “justiça coexistencial”, já que disposta a dar mais espaço aos meios autocompositivos.

Segundo consta nos dados estatísticos publicados pelo Conselho Nacional de Justiça no relatório Justiça em Números (CNJ, 2020, p. 93), no ano de 2019 ingressaram 20,2 milhões de novas ações no Poder Judiciário, o que representa alta de 3,3% em relação ao ano de 2018. Tais números não consideram as ações executivas originariamente ajuizadas, tampouco os processos que ingressaram nos tribunais em grau recursal. O relatório constata que ainda que não ingressassem mais ações judiciais e fosse mantida a produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários 2 anos e 5 meses para a conclusão de todos os processos pendentes na Justiça Estadual, por exemplo.

No ano de 2019, 12,5% dos casos pendentes foram solucionados via conciliação, ainda que a solução consensual de conflitos tenha se tornado política permanente promovida pelo CNJ desde 2006 e que o Código de Processo Civil de 2015 tenha tornado obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação. Apenas 31,5% de todos os casos que tramitaram no Poder Judiciário foram solucionados por intermédio de sentença homologatória de acordo (CNJ, 2020, p. 6).

Tais dados demonstram a realidade de uma sociedade que, aparentemente, não sabe ou não quer resolver por si mesma seus conflitos e não se submete ao regramento estatal, não obstante esteja afogada em atos normativos, dependendo da decisão impositiva de um magistrado para questões plúrimas, magistrado esse que está exercendo trabalho de “enxugar gelo”, já que embora os números de produtividade do relatório apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça sejam crescentes a cada ano, o Judiciário permanece com diagnóstico de elevado congestionamento processual.

As demandas repetitivas surgem, em regra, da ofensa a direitos individuais homogêneos e os mecanismos de tutela coletiva de direitos individuais desenvolvidos pelo ordenamento pátrio como o incidente de resolução de demandas repetitivas, o tratamento de recursos especial e extraordinário repetitivos, entre outros, têm o objetivo de facilitar o

acesso ao Judiciário para questões que poderiam não ser judicializadas em razão de se tratarem de ofensa de mínima expressão econômica, dar tratamento uniforme a processos semelhantes em matéria de fato e de direito e racionalizar a distribuição da prestação jurisdicional com o intuito de evitar a necessidade de manifestação judicial idêntica em casos dispersos (ARENHART, p. 131-134).

Fato é que a sentença condenatória possui, atualmente, reduzida carga de eficácia na sociedade, ou seja, a efetividade imediata da ordem judicial raras vezes é alcançada. O custo emocional e psicológico da judicialização é altíssimo, na maioria das vezes, decorrente do *stress* provocado pela excessiva duração do processo, angústia pela imprevisibilidade do resultado e frustração por conta do manejo excessivo de recursos (MANCUSO, p.217).

Portanto, torna-se extremamente interessante verificar qual a repercussão dos meios consensuais de resolução de conflitos no tratamento das demandas repetitivas, já que a conciliação e a mediação têm sido estimuladas como forma de lidar com a litigância de massa, o que se evidencia pela realização de mutirões com a iniciativa ou a participação do Judiciário quando da constatação de um volume expressivo de demandas envolvendo um mesmo litigante (ASPERTI, 2020, p. 97).

Entretanto, existem alguns obstáculos para que os meios consensuais de resolução de conflitos impactem significativamente o número de demandas sobre as mesmas matérias de fato e direito. Os litigantes repetitivos, caracterizados pelas grandes corporações e pelo Estado, possuem algumas vantagens em relação aos litigantes não-habituais ou ocasionais, dentre elas o maior poder de barganha nas negociações - uma vez que podem transacionar apenas nos casos em que sabem da provável prejudicialidade do resultado, a possibilidade de difundir fama de negociador inflexível - se perceberem que seu comportamento voltado à conciliação pode estimular ajuizamento de demandas semelhantes no futuro, além da disparidade de recursos para arcar com os custos da litigância - já que litigantes ocasionais podem ser forçados a celebrar acordo por não possuírem recursos necessários para conduzir o processo até o final (ASPERTI, 2020, p. 99).

Importante salientar que a promoção de conciliação e mediação apenas com vistas à diminuição do número de demandas propostas não é o objetivo que melhor concretiza o Estado Democrático de Direito, em seu viés de garantia do acesso à justiça. O acordo não pode ser visto como mecanismo de redução do acervo ou um produto com melhor “custo-benefício” oferecido pelo Judiciário, o que representa maior risco em rela-

ção às demandas repetitivas, mas deve-se importar com a repercussão da solução consensual associada à análise das causas da litigiosidade.

Aqui adentra-se ao objetivo principal do presente estudo: ratificar a importância do processo coletivo e dos meios de tratamento de demandas repetitivas como mecanismo de garantia e fomento a direitos transindividuais e apontar a solução consensual de controvérsias como o auge da concretização do direito à busca da felicidade e, conseqüentemente, do princípio da dignidade da pessoa humana no direito processual civil.

6. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO FORMAS DE CONCRETIZAR O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE

O Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) estabelece em seu artigo 3º, parágrafos 2º e 3º que o Estado promoverá “sempre que possível” a solução consensual de conflitos, estabelecendo o “meio multiportas” de resolução de controvérsias pela mediação, conciliação e arbitragem como forma de afastar parcialmente a unidade de jurisdição somada à solução conflitiva como primeira opção e demonstra, por exemplo, a correlação entre o Processo Civil e o direito à busca da felicidade.

O diploma processual civil brasileiro estabelece o estímulo à conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos como dever de juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso da lide.

A ampliação do acesso à justiça como um dos símbolos do Estado Democrático de Direito não atenderá realmente aos anseios da sociedade pela concretização de seus direitos se não estiver associada ao incentivo e à mudança cultural que é imposta pela necessária ampliação do uso dos meios consensuais de solução de conflitos

O incentivo às partes previsto no Código de Processo Civil de 2015 para que busquem a melhor forma de satisfação de seus interesses e o meio mais adequado às suas necessidades por intermédio da conciliação e da mediação, formado ou não o litígio, sem sobrepor seus direitos aos da outra parte, parece demonstrar valorização do bem-estar, da felicidade do indivíduo em primeiro lugar, não apenas o interesse pela redução do volume de demandas propostas no Judiciário.

Professor e doutor, o mexicano Francisco Javier Gonjón Gómez (2020, p. 15) afirma que a mediação e os demais mecanismos não são mais meios alternativos de solução de conflitos, mas meios principais,

a primeira opção para a solução de controvérsias, inclusive em matéria penal. A mudança de denominação é necessária porque, para ele, trata-se de mecanismos de gestão de conflitos geradores de felicidade e perdão, ou seja, de bem-estar.

Proporcionar meios para a busca da felicidade é tarefa do Estado porque esse objetivo só é alcançado através da vida em comunidade. A felicidade é uma prerrogativa humana, um direito que também é uma construção sociocultural, ou seja, é um conceito que varia de acordo com o cenário cultural em que o indivíduo está inserido, sendo os meios alternativos de solução de conflitos instrumentos capazes de concretizá-la (GÓMEZ, 2020, p. 75).

Saul Tourinho Leal (2013, p. 208) em sua tese de doutorado que, posteriormente, foi expandida e transformada em livro, diferenciou o direito à felicidade pelo viés liberal e pelo viés positivo. O viés positivo do direito à felicidade, para ele, é prestacional e está relacionado ao mínimo existencial e ao bem-estar social. Assim, também para ele a felicidade seria atuação positiva do Estado, que deve fornecer ao indivíduo instrumentos que o auxiliem na satisfação de seus desejos e preferências legítimas. Importante ressaltar que, para o autor, existem algumas preferências ilegítimas que não deveriam ser permitidas pelo Estado a pretexto da felicidade, como as rinhas de galo, por exemplo.

O presente trabalho se insere no contexto liberal do direito à felicidade, não decorrente de uma prestação positiva do Estado, mas direito à busca da felicidade como viés interpretativo dos meios autocompositivos de resolução de conflitos, pautando seu incentivo, ampliação, popularização e a redução da judicialização das questões privadas, capaz de garantir maior bem-estar às partes, economia processual, celeridade e priorizar a democracia e a autodeterminação.

O direito à busca da felicidade, sendo essa conceituada pela filosofia como ética, autodeterminação, segurança e garantia de um somatório de bens que objetivam o bem comum, a segurança e a virtude, encontra-se concretizado para ambas as partes presentes na demanda de forma mais expressiva pela autocomposição do que pela decisão impositiva. Ainda, importa salientar que o incentivo à solução consensual traria benefícios não apenas para as partes, mas para a sociedade de um modo geral, recuperando a credibilidade e a eficiência do Judiciário pela redução da carga exaustiva de demandas a que está submetido atualmente, o que compromete outros princípios como a duração razoável do processo, a segurança jurídica e a economia processual.

A interpretação da conciliação e mediação como capazes de concretizar a felicidade enquanto direito, fomenta uma teoria social integrativa que tem como um de seus efeitos a evolução social pela resolução de controvérsias através da criação de pontos de encontro entre as partes (GÓMEZ, 2020, p. 155).

7. CONCLUSÃO

Portanto, existe grande vantagem no reconhecimento do direito à busca da felicidade como viés interpretativo do incentivo aos meios alternativos de solução de conflitos pelo Código de Processo Civil de 2015, já que proporcionam maior bem-estar e garantem a concretização de conceitos como a segurança, autodeterminação e paz que estão relacionados à conceituação de felicidade pela filosofia.

O estabelecimento de tal ligação entre direito e filosofia é possível em razão da reconciliação do direito com a moral que advém do segundo pós-guerra e influenciou o ordenamento jurídico contemporâneo como um todo pela teoria da substantivação da constituição, cuja influência perpassa a Constituição Federal do Brasil de 1988.

Ainda, é possível relacionar tal direito implícito ao diploma processual civil por conceito material de felicidade reconhecido pela filosofia, no contexto de Estado Democrático de Direito, pelo qual a interpretação pró direitos fundamentais não está mais dissociada do ordenamento jurídico positivo.

Evidencia-se mais benéfica às partes, em relação ao direito à busca da felicidade, a solução autocompositiva, porque a heterocomposição tende a ser impositiva para ambas, dificilmente uma das partes é completamente complacida, o que a torna frustrada de certa forma, mesmo que vença a demanda. Ademais, ainda que o seja, a outra parte será prejudicada.

Nota-se que, embora tenham sido implementados mecanismos de contenção de litígios que envolvem direitos individuais homogêneos como o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos, não há prognóstico de diminuição significativa do demandismo, o que sobrecarrega o judiciário com conflitos de massa.

O acesso à justiça, embora tenha representado excelente e indispensável avanço social, desincentivou o desenvolvimento da capacidade de entrar em acordo com a parte contrária e superlotou os corredores

dos prédios do Judiciário. Judicializa-se das mínimas às mais complexas questões, muitas vezes sem intentar qualquer tipo de resolução prévia, diretamente com a parte contrária, antes do ajuizamento da ação.

A sociedade se comporta como se a regra geral demandasse que questões judicialmente propostas sejam resolvidas por meios adjudicatórios, ou seja, que a decisão seja tomada por terceiro equidistante às partes que as obrigue por meio de prerrogativas legais a cumprir a solução por ele proposta dentre as possíveis ao caso concreto, contudo, o presente estudo buscou questionar se a “terceirização” da solução dos conflitos não desestimula as partes a adequarem suas condutas previamente, evitando o litígio e, de certa forma, incentiva a litigiosidade.

Em suma, o direito à busca da felicidade é capaz de proporcionar, como demonstrado, maior integração social e concretização de diversos outros princípios que regem o ordenamento processual, como a celeridade, segurança jurídica, economia processual e duração razoável do processo, além de evitar o desgaste emocional excessivo para os envolvidos.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais:** para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Editora Nova Cultural, 4ª ed., 1991. Disponível em: <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/12/%C3%89tica-a-Nic%C3%B4maco.pdf> Acesso em: 04 jul. 2021.

ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. **A mediação e a conciliação de demandas repetitivas:** os meios consensuais de resolução de disputas e os grandes litigantes do Judiciário. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda à constituição nº 513 de 2010**. Brasília, Distrito Federal, 2010. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B77D0040D38A-280502739C48B3176085.proposicoesWebExterno1?codteor=792916&filena-me=PEC+513/2010 Acesso em: 04 jul. 2021.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 04 jul. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 05 jul. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de emenda à constituição nº 19 de 2010**. Brasília, Distrito Federal, 2010. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622> Acesso em: 05 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.383.776/AM**. Relator: Ministro Og Fernandes. Recorrente: Mila Maria Braga Braz. Recorrido: Estado do Amazonas. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1748162&num_registro=201301405688&data=20180917&formato=HTML Acesso em: 04 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 460**, Paraná. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessado: Prefeito do Município de Cascavel e outro. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753445537> Acesso em: 04 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 898.060**, Santa Catarina. Recorrente: A.N. Recorrido: F.G. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919> Acesso em: 05 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 670422**, Rio Grande do Sul. Recorrente: S. T. C. Recorrido: Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - TJ/RS. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752185760> Acesso em: 04 jul. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração de direitos do bom povo de Virgínia**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html> Acesso em: 28 out. 2020.

EUDEMONISMO. In: **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Sérgio Biagi Gregório, 2020. Disponível em: <https://sites.google.com/view/sbgdicionariodefilosofia/eudemismo> Acesso em: 04 jul. 2021.

FELICIDADE. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/felicidade/> Acesso em: 05 jul. 2021.

JAVIER GORJÓN GÓMEZ, Francisco. **La mediación como vía al bienestar y la felicidad**. Cidade do México: Tirant lo Blanch, 2020.

HATOUM, Nida Saleh. BELLINETTI, Luiz Fernando. Fundamentos principiológicos dos negócios jurídicos processuais previstos no art. 190 do CPC/2015. Londrina: **Revista do Direito Público**, v. 12, n. 3, p.242-278, dez. 2017. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/32250/22689> Acesso em: 05 de julho de 2021.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade: história, teoria, posituação e jurisdição**. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6202/1/Saul%20Tourinho%20Leal.pdf> Acesso em: 05 jul. 2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARCONATTO, Arildo Luiz. **Epicuro (341 - 269 a.C.)**. Disponível em: http://www.filosofia.com.br/historia_show.php?id=100 Acesso em: 05 jul. 2021.

MELLO, Claudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PETERSEN, Niels. **Balancing and Judicial Self-Empowerment** – on the rise of balancing in the jurisprudence of German Constitutional Court. Jean Monet Working Paper, 20/2014.

SANTOS, Jordan Espíndola dos; SOUZA, Carlos Eduardo Silva e. **Direito à felicidade: do reconhecimento como direito fundamental às possíveis implicações**. São Paulo: Revista Pensamento Jurídico, v. 13, n. 2, dez. 2019. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/RPen-sam-Jur_v.13_n.2.06.pdf Acesso em: 01 jul. 2021.

SÊNECA, Lúcio Aneu; **Da felicidade, seguido de, Da vida retirada.** Tradução do latim de Lúcia Sá Rebello e Ellen Itanajara Neves Vranas. Porto Alegre: Editora L&PM, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.** Tradução: Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2011.

A PREVENÇÃO E O ENFRENTAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO: AS ALTERAÇÕES DA LEI 14.181/21 NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

MARCIO PASQUALLI AFONSO¹

1. INTRODUÇÃO

O coeficiente encontrado por muitos para o desejo e necessidade de consumir está resumida em um dito popular: devo não nego pago quando puder. Mas, as partes dessa equação que geram graves problemas financeiros para os consumidores podem ser duas premissas que sintetizam o endividamento que são compre agora e pague depois.

Numa análise superficial não se percebe a conexão entre o consumo com uso desenfreado do crédito e o endividamento excessivo. E, essa relação se estabelece no momento em que o consumidor não consegue adimplir suas dívidas.

Em um panorama socioeconômico no qual o crédito é abundante e facilitado, a consequência é um endividamento de mesma proporção, o que não deveras implica em superendividamento.

O superendividamento é um tema pertinente tanto em nosso país quanto em outros. Porém, em outras partes do mundo o enfrentamento desse tema é feito de longa data, com mecanismos jurídicos que reinserem os indivíduos no mercado de consumo.

1 Mestrando em Direito na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público. Grupo de Pesquisa “A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental”, sob a coordenação da Dra. Cristina Stringari Pasqual. Pós-graduado em Direito Público pela UCS/ESMAFE. Analista Jurídico no Estado do Rio Grande do Sul. marcio.p.afonso@hotmail.com

Tal panorama muda com a lei 14.181/21 que faz alterações significativas no Código de Defesa do Consumidor, introduzindo conceito legal e medidas de tratamento e prevenção do superendividamento.

As alterações trazidas são idealizadas com fundamento no crédito responsável, na boa-fé contratual, na preservação do mínimo existencial do consumidor e na organização e planejamento do pagamento das dívidas.

Não se pretende esgotar o assunto, pois seria pretensão demasiada em um artigo com poucas laudas em consideração com a complexidade da matéria em estudo, que sem dúvida rende e renderá ainda outros estudos de grande valia para a compreensão e extensão do superendividamento.

O presente artigo é dividido em três partes, estruturado de forma a estabelecer as principais alterações introduzidas no Código de Defesa do Consumidor pela Lei 14.181/21, de modo a enaltecer a materialidade do superendividamento e a recuperação financeira do superendividado.

A metodologia utilizada é a de natureza básica, privilegiando a abordagem hipotético-dedutiva, pesquisa descritiva, qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica.

2. A MATERIALIDADE DO SUPERENDIVIDAMENTO

O projeto de lei 283/2012 (Senado Federal) após nove anos de tramitação passa a vigorar sob a denominação de lei do Superendividamento, número 14.181/21. Essa lei traz importantes alterações no cenário à prevenção e tratamento do superendividamento do consumidor.

É impossível negar que a crise econômica nacional enfrentada de longo tempo somada aos reflexos de agravamento oriundos da pandemia da Covid-19 impulsionaram a tramitação final do projeto de lei até a sua sanção. O que de outra maneira é um marco legal sobre superendividamento na legislação consumerista.

O exercício da cidadania ocorre por meio de vários fatores, dentre eles a capacidade de consumo, o que pode ser fortalecido pelo acesso facilitado ao crédito. Contudo, tal situação enseja o risco de endividamento, que se não for bem calculado pode levar ao superendividamento. Quando essa situação se instala os efeitos são atingidos por toda a coletividade social que está orbitando a pessoa do devedor (Souza, Nascimento, Martins, 2018, p.167).

O singelo ato de “endividar-se” é corriqueiro e está inserido diuturnamente no cotidiano de uma sociedade capitalista. Os contratos e

as dívidas realizados na aquisição de bens de consumo, que vão desde alimentos e remédios até carros e moradias, incluindo ainda os serviços, são intrínsecos do dia a dia (MARTINS, TOSTES, FORTES, 2020, p. 21).

Impende destacar que o crédito facilitado, de modo amplo e geral, não se caracteriza como um problema. Do mesmo modo que o endividamento não é. Contudo, ponto crucial surge quando, em meio a diversos fatores, o endividamento assume contornos patológicos, incidindo fortemente na capacidade financeira do indivíduo ou do grupo familiar, revelando uma incapacidade de cumprimento das obrigações financeiras dentro do limite da renda (SANT'ANNA, PEREIRA, CONSALTER, 2018, p.238).

Colaborando com tal situação asseveram de modo preciso Martins, Miguel e Araújo:

A oferta desmedida de crédito aliada às peculiaridades da sociedade moderna, à atordoante velocidade dos meios de transmissão de informações, à rápida evolução tecnológica e aos métodos invasivos e agressivos de publicidade vem compelindo o consumidor a consumir cada vez mais, em ritmo veloz, de forma que seus rendimentos não são mais suficientes para manter o ciclo de compra e descarte. Assim, passa a adquirir crédito de forma não sustentável, até atingir a situação de superendividamento (MARTINS, MIGUEL, ARAUJO, 2017, p. 116).

O superendividamento está diretamente relacionado à forma de administração do crédito, sendo muito mais que uma questão jurídica, revela-se fenômeno de grande amplitude transversal, passando por aspectos econômicos, financeiros e sociais, tendo como origem condições estruturais e culturais, o que enseja um vislumbre de uma perspectiva mais ampla e eficiente por uma análise interdisciplinar (DAURA, 2018, p. 591).

Colaborando com tal pensamento, o superendividamento deve ser encarado como um momento passageiro que a pessoa tem em sua vida, considerando que pode ser o resultado de uma avaliação malfeita de eventuais riscos externos, neste sentido Martins, Tostes e Fortes sustentam que:

O superendividamento é resultado, na maior parte das ocasiões, de riscos externos ao devedor, cujo concurso para alcançar esse estágio é ultrapassado por eventos que o superendividado muitas vezes não tem como evitar. O tratamento do superendividamento pressupõe que, na medida do possível, possa prosseguir o proje-

to de vida almejado pela autonomia do consumidor pessoa física (MARTINS, TOSTES, FORTES, 2020, p. 24).

O superendividamento tem diversas nomenclaturas ao redor do mundo: na França é chamado de *surendettement*; em países de tradição germânica é intitulado como *Überschuldung*; em Portugal é denominado *sobre-endividamento*; nos Estados Unidos, Reino Unido e Canadá recebe a denominação de *overindebtedness* (BRITO, ARAÚJO, 2014, p. 174).

Assim, o superendividamento elevado a fenômeno social teve diversos tratamentos ao redor do mundo, dois modelos se destacam: o francês, que tem um viés direcionado a reeducação e, o americano, chamado de *fresh start*. Tais tratamentos diferenciam-se em si pelo ângulo do tratamento dado ao superendividado. Enquanto um é firmado na proposta pedagógica a partir da elaboração de um plano para pagamento das dívidas, em que se pretende honrar todos os débitos, ainda que se estenda no tempo, o outro é concebido como um novo começo, em que é apurado o montante das dívidas e, num processo de verificação dos ativos e liquidação do passivo, o superendividado pode recomeçar sua vida deixando os encargos no passado (CARPENA, 2007, p. 81).

Ainda que se tenha uma variação entre os modelos de tratamento do superendividamento, os elementos de interseção são essencialmente os mesmos. Deste modo, destaca Brito e Araújo que os quesitos similares são:

- (a) na existência de legislação específica que trate da matéria; (b) na atuação de órgãos judiciais em caráter mitigado, privilegiando-se no mais das vezes as instâncias extrajudiciais e administrativas de resolução do problema; (c) na utilização de técnicas de conciliação em alguma fase do procedimento; (d) da obrigatoriedade de criação e manutenção de uma política consistente de educação para o consumo, a fim de auxiliar o consumidor superendividado (BRITO, ARAÚJO, 2014, p. 179).

Segundo Cláudia Lima Marques superendividamento é “a impossibilidade global do devedor pessoa-física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos)”. (*apud* LIMA, 2014, p. 9).

Com base nessa conceituação, o consumidor superendividado é aquele que está sem condições alguma para o adimplemento de suas dívidas, essas originadas de consumo, além de ser pessoa física – o que afasta tal possibilidade as pessoas jurídicas que possuem regramento próprio

– leigo e de boa-fé, ou seja, não possui a obrigação profissional de organização do crédito, e detentor de honestidade em relação a suas ações, o que afasta as situações de indébito proposital, ou outras formas que configurem má-fé. (Verbicaro, Nunes, 2019, p. 529).

O superendividamento é vislumbrado sob dois aspectos, o denominado superendividamento ativo e o superendividamento passivo. O que diferencia essas duas modalidades é o comportamento financeiro do indivíduo, influenciando assim no processo de endividamento.

Sob a conceituação de superendividamento ativo tem-se quando o devedor desenvolve atividades que o colocam em situação que impossibilita o pagamento. Deste modo, duas espécies se verificam: a) deliberado, consciente ou de má-fé, que é quando o devedor, adotando conduta dolosa, se vale das oportunidades possíveis para consumir além da sua capacidade financeira de adimplemento, deixando de lado o pagamento; b) não-deliberado, inconsciente ou de boa-fé, que se dá quando o devedor não vislumbra sua capacidade financeira de adimplemento, por incapacidade de administrar os valores advindos como renda, ou, ainda, quando sucumbe as tentações do consumo (Kirchner, 2008, p.66).

De outra monta o superendividamento passivo é aquele que ocorre com a redução da capacidade financeira de adimplemento do consumidor em razão das intempéries da vida, tais como desemprego, doença, morte, etc., ou quando os credores cometem ilícitos objetivando uma maior lucratividade e frustram a expectativa legítima do devedor rompendo com a boa-fé (Kirchner, 2008, p.66).

3. ALTERAÇÕES DA LEI 14.181/21 NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Importante salientar que a lei 14.181/21 insere no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor os incisos IX e X, acrescentando princípios aos já existentes no rol do artigo. O inciso IX tem a seguinte redação: “fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores”; e o inciso X, por sua vez, tem a seguinte redação: “prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor”.

Na mesma senda, a lei 14.181/21 acrescenta instrumentos para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, introduzindo os incisos VI e VII, respectivamente, ao rol dos já constantes no artigo

5º: “instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural” e “instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento”.

Do mesmo modo, os direitos básicos do consumidor, descritos no artigo 6º são acrescidos de dois incisos quanto ao endividamento do consumidor, o inciso XI com a seguinte redação: “a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas”; e o inciso XII, com a seguinte redação: “a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito”.

A lei 14.181/21 incrementa ao texto do Código de Defesa do Consumidor o capítulo VI-A, que ao longo de seus artigos traz importantes disciplinas quanto “da prevenção e do tratamento do superendividamento”, que é o título do capítulo. Assim, a lei tem como fundamento o crédito responsável com base na boa-fé contratual, na preservação do mínimo existencial e no planejamento do pagamento das dívidas.

Deste modo, crédito responsável deve ser entendido como a avaliação realizada pelo fornecedor, aquele quem dispõe no mercado de produtos e serviços, da aptidão financeira do indivíduo e da possibilidade de adimplemento das obrigações decorrentes (Sant’anna, Pereira, Consalter, 2018, p.235-236).

Logo, a escolha do texto legislativo por crédito responsável enseja uma forma de prevenção ao superendividamento que se afasta de uma aceção proibitiva ou desestimuladora do crédito, pois uma concessão responsável de crédito considera as possibilidades financeiras do indivíduo, além de privilegiar um caráter educativo, que objetiva resguardar a autonomia decisória dos consumidores, e os tornam menos suscetíveis a sucumbir diante das técnicas publicitárias (MARTINS, MIGUEL, ARAUJO, 2017, p. 121).

A compreensão do enfrentamento do superendividamento, baseada apenas na regulação legal do mercado de crédito e na adoção de um cânone processual para o tratamento das situações já instaladas não é capaz de enfrentar o problema diante da complexidade das causas, visto que os erros cognitivos que desenvolvem o superendividamento na sociedade de consumo hodierna são variados (DAURA, 2018, p. 591).

A alteração do parâmetro cognitivo se materializa por meio de educação financeira que colabora na prevenção de contratações impul-

sivas de crédito e também desestimula as compras a crédito não considerando o valor do produto, mas avaliando o valor da parcela. Controlar gastos e renda, por planilhas ou outro meio de anotação, o chamado “ponta do lápis”, deveria ser hábito praticado pela sociedade em geral, fortalecendo a educação financeira como meio de estimular os consumidores a realizarem escolhas responsáveis e livres (MARTINS, MIGUEL, ARAUJO, 2017, p. 121).

Assim, no momento em que o fornecedor concede crédito ao consumidor que não dispõe de capacidade financeira de adimplemento estar-se-á celebrando um contrato em flagrante abuso de direito. Ainda que o contrato esteja inserido no mundo do direito de maneira lícita, pois satisfaz os requisitos formais, o fornecedor comete ato abusivo, retirando o fundamento de validade da liberdade de contratar porque se desvia das finalidades sociais, em especial o fornecimento de crédito (CARPENA, CAVALLAZZI, 2011, p. 685). Desta forma, colidindo com a satisfação do preceito do crédito responsável.

A concessão de crédito responsável e educação financeira quando associadas são preceitos que resultam iniciativas positivas. Isso porque a mais desenvolvida forma de educação financeira não é eficiente para extinguir a vulnerabilidade técnica do consumidor em face das instituições de crédito. Logo, a regulação do crédito para a sua concessão previne práticas abusivas, que podem ludibriar o consumidor mais atento, resguardando a efetiva tutela de direitos consumeristas (MARTINS, MIGUEL, ARAUJO, 2017, p. 121).

A boa-fé contratual deve ser compreendida como a boa-fé objetiva, e deve ser entendida como um dever de conduta entre aqueles que formam a relação de consumo, fornecedores e consumidores, para agirem com lealdade e confiança objetivando um fim comum, que é o cumprimento do contrato, preservando e protegendo as expectativas das partes (GARCIA, 2016, p.60).

Colaborando com essa conceituação afirma Rangel que “a boa-fé objetiva é uma regra de conduta, um dever de agir conforme padrões socialmente recomendados de correção, lisura e honestidade, para não quebrar a confiança da outra parte.” (RANGEL, 2009, p. 173).

Dito de outro modo, a boa-fé objetiva se estabelece por meio de um conjunto de padrões éticos de comportamento, que podem ser verificados de maneira objetiva, e que devem ser praticados pelos contratantes no curso da relação contratual, perpassando pelas fases pré-contratuais até a extinção (GARCIA, 2016, p.60).

Nesta senda, a identificação e abrangência do mínimo existencial são questões preliminares do tratamento do superendividamento. E, isso se deve ao fato que tal conjectura é basilar para as condições de uma existência digna da pessoa, pois as conexões entre o ato de consumir e a existência humana, em algum ponto da vida, se interligam (Sant'anna, Pereira, Consalter, 2018, p.238-239).

O mínimo existencial pode ser entendido como às condições básicas para uma vida com dignidade. E, ainda que a literatura jurídica referencie o aspecto material do mínimo existencial, a intenção de uma existência não só biológica, mas também uma existência psíquica salutar, que possibilite condições emocionais de caráter positivo para o desenvolvimento da personalidade. O superendividamento interfere nas exposições psíquicas do consumidor, distorcendo as manifestações da personalidade, pois mudam e cerceiam as possibilidades de escolha, não restando quaisquer alternativas (VERBICARO, ATAÍDE, LEAL, 2018, p.374-377).

Importante novidade trazida pela lei 14.181/21 é a conceituação do superendividamento, tornado assim legal o conceito. Tal previsão está inserida no §1º do artigo 54-A do CDC, que “entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação”.

Assim, quando ausente for a boa-fé do indivíduo retira-se também a possibilidade de amparo do Estado, como forma de auxílio em caso de inadimplência ou na demanda por uma renegociação dos débitos (Sant'anna, Pereira, Consalter, 2018, p.241).

Ainda, o §3º do artigo 54-A afasta a incidência do CDC: “dívidas tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé, sejam oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento ou decorram da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor”.

4. A RECUPERAÇÃO FINANCEIRA DO SUPERENDIVIDADO

De fácil percepção é a técnica legislativa utilizada pelo legislador que não cria uma lei específica para tratar de todos os aspectos do superendividamento, mas insere alterações no CDC. Situação essa que pode ser vista como benéfica, pois facilita ao consumidor leigo perceber no

CDC uma completitude de seus direitos (MARTINS, MIGUEL, ARAUJO, 2017, p. 123).

Assim, outra alteração incorporada ao CDC pela lei 14.181/21, com vislumbre de maior inovação no tratamento do superendividamento, é o capítulo intitulado “da conciliação no superendividamento”. Tal capítulo acrescenta o art. 104-A e seguintes que disciplina o regramento de recuperação financeira do endividado.

O art. 104-A prescreve a instauração de processo de repactuação de dívidas, que tem início por meio de uma audiência conciliatória, na qual, de acordo com o texto legal, deve contar com a presença de todos os credores, e o consumidor apresenta um plano de pagamento das dívidas, com prazo máximo de cinco anos, que preserve o mínimo existencial e também as garantias e formas de pagamento originalmente pactuadas (ANDRADE, 2019, p. 126).

Neste ponto, o diploma legal enumera quais dívidas, originadas de relações de consumo, que não fazem parte do processo de repactuação: as oriundas de contratos celebrados dolosamente sem a intenção de adimplemento, e as dívidas originadas de contratos de crédito real, de financiamentos imobiliários e de crédito rural (Efig, Polewka, Oyague, 2015, p. 398).

Deste modo, o procedimento incorporado pela lei 14.181/21 é inspirado no modelo francês de tratamento do superendividamento, com vistas à reeducação financeira e adimplemento das dívidas (MARTINS, MIGUEL, ARAUJO, 2017, p. 123).

O modelo instituído legalmente não chega a ser novidade na atuação para-legal do tratamento do superendividamento. Assim, destaca-se de longa data iniciativa de sucesso promovida por projeto desenvolvido pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul².

O projeto-piloto realizado pelas magistradas Káren Rick Danilevicz Bertoncello e Clarissa Costa de Lima foi desenvolvido nas comarcas de Charqueadas e Sapucaia do Sul, e possibilitou trabalhos de experimentação visando soluções para os problemas do superendividamento dos indivíduos e seus familiares (*apud* MARTINS, MIGUEL, ARAUJO, 2017, p. 119-120).

O objetivo do projeto das magistradas gaúchas é a reinserção social do consumidor superendividado, promovendo uma conciliação judicial ou extrajudicial, com a renegociação da totalidade das dívidas com os credores, com base nas condições individuais do superendividado e

2 Para maiores informações sobre o projeto de tratamento das situações de superendividamento do consumidor desenvolvido pelo Poder Judiciário do Rio Grande do Sul ver: MARQUES; LIMA; BERTONCELLO, 2010.

respeitando a preservação de seu mínimo existencial (*apud* SIQUEIRA, FERREIRA, 2021, p. 172-173).

Outra iniciativa que apresenta resultados importantes é o desenvolvido pelo Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que possui setor com finalidade específica para atuação em situações de superendividamento.

Assim, após a identificação do consumidor como sendo pessoa superendividada, passa-se a adoção de medidas que visam à educação financeira, por meio da realização de cursos técnicos e orientações da Escola de Educação Financeira do Rioprevidência e da Defensoria Pública. Após, o consumidor passa para a fase de renegociação das dívidas com cada um dos credores, quer seja em caráter extrajudicial ou judicial, objetivando a recuperação financeira (MARTINS, TOSTES, FORTES, 2020, p. 23).

Nos termos do art. 104-A, a audiência conciliatória para a apresentação do plano de recuperação aos credores é questão importante no processo de recuperação financeira dos superendividados. E, tal condição é percebida porque o não comparecimento injustificado do credor suspende a exigibilidade do débito e interrompe a mora (Efing, Polewka, Oyague, 2015, p. 398).

Em caso de conciliação, o juiz descreverá na sentença homologatória o plano de pagamento, que deve incluir as outras ações em curso e a respectiva suspensão ou extinção, além de estabelecer a data de exclusão do nome do consumidor de bancos de dados ou cadastro de inadimplentes (MARTINS, MIGUEL, ARAUJO, 2017, p. 123).

O requerimento de audiência conciliatória pelo consumidor superendividado não é sinônimo de declaração de insolvência civil, e tal pedido somente poderá ser repetido depois de decorrido dois anos, a partir da liquidação das obrigações previstas no plano homologado, sem prejuízo de eventual repactuação (ANDRADE, 2019, p. 126).

O acordo estabelecido nos moldes previstos ao longo do art. 104-A mostra-se de grande vantagem para as partes envolvidas, pois é título executivo judicial, e o fornecedor não precisará recorrer a processo autônomo de cobrança em caso de descumprimento e o consumidor poderá ter seu nome excluído de cadastro de restrição de crédito (Efing, Polewka, Oyague, 2015, p. 398).

Por seu turno, o art.104-B estabelece os procedimentos judiciais que deverão ser adotados no caso de a conciliação restar inexitosa. E, a pedido do consumidor o magistrado instaurará processo de superendividamento para a revisão dos contratos e repactuação das dívidas, através

de um plano judicial compulsório, com prazo máximo de cinco anos, que garantirá aos credores, no mínimo, o valor do principal devido, corrigido monetariamente. Ao juiz ainda é possível a nomeação de administrador, que apresentará plano de pagamento em até trinta dias, desde que não enseje ônus às partes.

5. CONCLUSÃO

A lei 14.181/21 ao incorporar no CDC tratamento e prevenção ao superendividamento é uma importante ferramenta para o enfrentamento dessa situação que acomete grande número de consumidores.

Logicamente que o superendividamento deve ser avaliado como um fenômeno sociocultural, que dilacera a vida financeira dos consumidores. Esse fenômeno deve ser tratado por meio da educação financeira, pois após a instalação do endividamento excessivo apenas é possível mitigar os danos causados.

Evidente que alterar uma cultura difundida na sociedade por meio de lei não é o melhor caminho a ser traçado. Contudo, em relação ao superendividamento essa medida restou urgente e necessária para a diminuição dos efeitos danosos que esse fenômeno causa atualmente, ainda que o trâmite legal tenha perdurado por quase dez anos.

Claramente a lei estabelece um procedimento de mitigação dos danos financeiros, mas é necessário mais. É indispensável que se promova políticas públicas de desenvolvimento de consumo responsável, com enfoque na administração da renda, gastos e crédito. O que se resume, *en passant*, educação financeira.

Salta aos olhos que a prevenção é a melhor estratégia, e o consumidor revela-se carente de iniciativas anteriores aos problemas, medidas que persigam a informação e a orientação para evitar o superendividamento.

Do ponto de vista ideal, dever-se-ia estabelecer modalidades de estudo que estimulem as crianças ao consumo responsável, aprendendo desde cedo conceitos básicos, versando sobre tópicos como crédito, dinheiro, e assim desenvolver uma mentalidade dirigente de consumo.

É inegável que o Código de Defesa do Consumidor apresenta um conjunto de princípios, que proíbem e regulam condutas de fornecedores maldosos, que praticam atos que afrontam a dignidade das pessoas dos consumidores, mas essa estrutura normativa não é totalmente efetiva e

eficaz para a proteção da coletividade de consumidores, quer sejam vulneráveis ou hipervulneráveis.

Assim, a busca por soluções ao grave problema do superendividamento deve ser múltipla, não podendo ficar resumida ou restrita em um texto legal que apenas discipline a recuperação financeira do indivíduo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 07 set 2021.

BRASIL. **Lei 14.181, de 1º de julho de 2021**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em 07 set 2021.

ANDRADE, Matheus Baia de. A revisão dos contratos bancários e a reabilitação patrimonial do consumidor superendividado: uma alternativa eficaz? **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 122/2019, p. 115 - 149, Mar – Abr, 2019. Disponível em: <https://www.revista-dostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017be036bff7217afe7a&docguid=I9ef6d1b0792411e9885301000000000&hitguid=I9ef6d1b0792411e9885301000000000&spos=3&epos=3&td=3&context=26&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 set 2021.

BRITO, Rodrigo Toscano de. ARAÚJO, Fabio Jose de Oliveira. Contratos, superendividamento e a proteção dos consumidores na atividade econômica. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 5, n. 9, p. 165-204, jan/jun., 2014. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/ddesnv05&div=10&start_page=165&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults. Acesso em: 09 set 2021.

CARPENA, Heloisa. Uma lei para os consumidores superendividados. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 61/2007,

p. 76 - 89, Jan – Mar, 2007. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017b-cd28dec8ee348479&docguid=If48262f0f25211dfab6f01000000000&hitguid=If48262f0f25211dfab6f01000000000&spos=7&epos=7&td=16&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 09 set 2021.

CARPENA, Heloisa. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. **Revista dos Tribunais**, Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 2, p. 671 – 702, Abr, 2011. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017bc7ae-ce6a7690f8e0&docguid=Icb5cb6d02d4111e0baf30000855dd350&hitguid=Icb5cb6d02d4111e0baf30000855dd350&spos=16&epos=16&td=16&context=477&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 07 set 2021.

DAURA, Samir Alves. Behavioraleconomics e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n.º 2, p. 567 – 598, 2018. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/brazjpp8&div=45&start_page=5&collection=journals&set_as_cursor=17&men_tab=sr-chronresults. Acesso em: 09 set 2021.

EFING, Antônio Carlos. POLEWKA, Gabriele. OYAGUE, Olenka Woolcott. A Crise Econômica brasileira e o Superendividamento da população Emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social - Emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 101/2015, p. 387 - 433, Set – Out, 2015. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000017be03959e0b657be75&docguid=Ie6279dd0b69011e581c001000000000&hitguid=Ie6279dd0b69011e581c001000000000&spos=15&epos=15&td=20&context=43&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#noteDTR.2015.16893-n33>. Acesso em: 12 set 2021.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado: artigo por artigo**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

KIRCHNER, Felipe. Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 65/2008, p. 63 –113, Jan– Mar, 2008. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000017bc148b3d4d77c-3ceb&docguid=I007ec6c0f25311dfab6f010000000000&hitguid=I007ec6c-0f25311dfab6f0100000000000&spos=8&epos=8&td=10&context=97&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 07 set 2021.

LIMA, Clarissa Costa de. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Guilherme Magalhães; MIGUEL, Laila Natal; ARAUJO, Stella de Souza Ribeiro de. O protagonismo judicial e o superendividamento dos consumidores no Brasil. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 109/2017, p. 113 – 139, Jan – Fev, 2017. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017bd00c89f92e4fa33e&docguid=I66c1e910d93f11e-684d90100000000000&hitguid=I66c1e910d93f11e684d90100000000000&spos=8&epos=8&td=23&context=12&crumb=-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 set 2021.

MARTINS, Guilherme Magalhães; TOSTES, Eduardo Chow de Martino; FORTES, Pedro Rubim Borges. A regulação coletiva do superendividamento: um estudo de caso do mercado de empréstimos consignados e de bem-sucedida mediação coletiva de consumo. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 127/2020, p. 19 – 44, Jan – Fev, 2020. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017bd0c6fdcc4313f8b9&docguid=I44628e40382011ea877a-9c08145a3afa&hitguid=I44628e40382011ea877a9c08145a3afa&spos=14&epos=14&td=23&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 set 2021.

RANGEL, Maurício Crespo. A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 71/2009, p. 168 – 194, Jul – Set, 2009. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000017bc148b3d4d77c-3ceb&docguid=I007ec6c0f25311dfab6f010000000000&hitguid=I007ec6c-0f25311dfab6f0100000000000&spos=8&epos=8&td=10&context=97&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>

www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sr-guid=i0ad82d9b0000017bc796c663a4bfd8be&docguid=I06ccb2d0f25311dfab6f010000000000&hitguid=I06ccb2d0f25311dfab6f010000000000&spos=36&epos=36&td=734&context=334&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 07 set 2021.

SANT'ANNA, Adriana; PEREIRA, Dirce do Nascimento; CONSALTER, Zilda Mara. Boa-fé objetiva e superendividamento do consumidor: uma abordagem crítico-reflexiva do estado da arte das relações consumeristas e das práticas mercadológicas. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 119/2018, p. 227 – 266, Set – Out, 2018. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017bc2157fde0d9981c3&docguid=Iae293850c79d11e880e9010000000000&hitguid=Iae293850c79d11e880e9010000000000&spos=14&epos=14&td=83&context=39&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 07 set 2021.

SIQUEIRA, Augusto; FERREIRA, Vitor. O Direito de Acesso à Justiça do Consumidor Superendividado: (In)Efetividade do Processo e Soluções Consensuais de Conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 45, p. 154-185, abr. 2021. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/107938/61640>. Acesso em: 13 set 2021.

SOUZA, Magali Rodrigues; NASCIMENTO, Marcelo Tadeu; MARTINS, MARCELO Guerra. O superendividamento no contexto da sociedade da informação e a proposta de alteração do Código de Defesa do Consumidor. **Revista Jurídica Cesuram**, Maringá, v. 18, n. 1, p. 159-179, janeiro/abril, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6025/3187>. Acesso em: 07 set 2021.

VERBICARO, Dennis; ATAÍDE, Camille da Silva Azevedo; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Fundamentos ao reconhecimento do dano existencial nos casos de superendividamento: considerações sobre o mínimo existencial, o valor do tempo e a concepção normativa de dano. **Revista dos Tribunais**, Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, vol. 120/2018, p. 365 – 396, Nov – Dez, 2018. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017be71492e5c8b39b->

b4&docguid=Ic926f620efab11e8828d010000000000&hitguid=Ic926f620efab11e8828d010000000000&spos=12&epos=12&td=24&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMulti-Summ=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 12 set 2021.

VERBICARO, Dennis; NUNES, Luiza Correa Colares. O fenômeno do superendividamento do consumidor no contexto de desigualdade social no Brasil. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 19, n. 2, p. 521-555, maio/agosto, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/7076/3535>. Acesso em: 07 set 2021.

O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E A CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. ELEMENTOS PARA DISCUSSÃO DA ADEQUAÇÃO NA SEARA ECONÔMICA

GABRIEL VIEIRA DE SOUZA¹
MICHAEL ALMEIDA DI GIACOMO²

1. INTRODUÇÃO

No decorrer do século XX a presença do Estado, enquanto ente a regular as condutas individuais, sofreu inúmeras transformações nas searas política, comunitária, internacional e no meio jurídico, a irradiar novas nuances no que se refere à definição de seu papel e sua relação com a sociedade civil. Com efeito, a par de que o Estado Liberal não conseguiu responder de forma satisfatória as crises ocorridas no meio social, na política e na economia, é possível destacar o fortalecimento do Estado

-
- 1 Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Pós-Graduado em Gestão Pública pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Médico Veterinário, graduado pela Universidade Luterana do Brasil (Ulbra). Professor convidado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Deputado Estadual, Presidente da Assembleia Legislativa no Estado do Rio Grande do Sul. <http://lattes.cnpq.br/8917073886355158> . E-mail: gabrielsouza15000@gmail.com
 - 2 Advogado. Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus – São Paulo, SP. Professor convidado no Programa de Pós-Graduação da Universidade Tuiuti do Paraná. Pesquisador no grupo de pesquisa: Sociedade da Informação e “Fake Democracy”: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional da FMP/RS, Brasil. <http://lattes.cnpq.br/4129529576917830>. E-mail: michaeldigiacomo@hotmail.com

de bem-estar social como uma das mudanças mais significativas ocorridas no mencionado período histórico. A nova formatação erigiu ao Estado um maior protagonismo na promoção do que se compreende sobre a concretização da igualdade substancial entre os indivíduos. Com isso, ao assumir inúmeras responsabilidades de fundo administrativas, sociais e econômicas, restou constatado uma maior concentração de competências e prestação de serviços na configuração do Estado Social em contraponto ao Estado Liberal.

Neste contexto, a partir da reordenação das referidas competências estatais, tem-se a adequação do princípio federativo sob um viés de subsidiariedade, a consolidar uma ideia comunitária de sociedade. Desse modo, com a necessidade de promover o equilíbrio entre a liberdade dos indivíduos e o intervencionismo estatal, a atuação do Estado na ordem social e econômica encontra no princípio da subsidiariedade o fundamento a permear a redefinição das relações intragovernamentais, a descentralização política, o fortalecimento do ambiente democrático e o aprimoramento do seu protagonismo em meio a esfera pública e privada.

A partir das referidas ideias, à guisa de introdução, tem-se como problema de pesquisa a ser investigado: aferir o quanto o modo de organização do Estado brasileiro, a partir da Carta Federal de 1988, sob à luz da subsidiariedade, internaliza na sua ordem social e econômica elementos normativos a consubstanciar a formatação do que se pode denominar como um “Estado subsidiário”. Como objetivo geral, por meio da sua relação com os entes privados, busca-se identificar a adequação do princípio da subsidiariedade - a surgir de forma implícita nas competências unidas ao Estado brasileiro. Como objetivo específico, analisa-se o conteúdo protetivo do referido princípio, enquanto elemento material, a reger as ações do ente estatal na seara econômica.

Para uma melhor compreensão do leitor e da leitora, o trabalho é dividido em duas etapas: na primeira, tendo o princípio federativo como corolário da autonomia administrativa, política, tributária e financeira na organização do Estado Federal, tem-se a análise da adequação do princípio da subsidiariedade na reordenação das competências estatais, a fim de consubstanciar o papel do Estado no equilíbrio entre a esfera pública e a privada. Para tanto, tem-se o breve estudo da integração promovida na formação da União Europeia, sob a égide do referido princípio, introduzido pelo Tratado de Maastricht, a fim de delimitar as competências de cada Estado-membro. Ainda nesse tópico, a par de sua historicidade, busca-se aferir a dimensão contemporânea para a aplicação metodológi-

ca da subsidiariedade defendida pela doutrina Cristã, por meio de suas encíclicas Papais. Considera-se, então, a articulação do Estado, enquanto ente necessário, na diminuição da desigualdade social pelo viés do reconhecimento à livre atividade econômica e no desempenho de funções de suplência em situações excepcionais. Na segunda etapa, estuda-se o papel destinado ao Estado brasileiro pelo legislador constituinte de 1988, e o encontro da adequação do princípio da subsidiariedade em simetria aos princípios fundantes da república, no caso, a forma federativa do Estado, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Nesse aspecto, sob a estrutura de uma relação mais harmônica entre os entes públicos e privados, busca-se o encontro da subsidiariedade no exercício de funções estatais a equalizar e mediar matérias na ordem social e econômica. Neste ponto, a partir de uma breve compreensão do arranjo federativo pátrio, e sob a autonomia dos Estados-membros, a pesquisa analisa o princípio da subsidiariedade na sua forma implícita, a permear as competências estatais na ideia da consolidação do que se pode denominar um “Estado subsidiário”. Dessa maneira, a fim de garantir a livre iniciativa e a descentralização, sob uma atuação compartilhada com entes privados, tem-se a constatação de nuances próprias a restringir a atuação estatal, porém, com a presença de um critério de exceção a par da necessária presença do Estado no encontro do bem comum, devendo intervir na ordem econômica e social, a fim de atender a interesse coletivo.

Em relação à metodologia, adota-se o estudo empírico, tendo por fundamento a Constituição da República de 1988, a legislação a tratar do tema no âmbito nacional e internacional, a doutrina especializada sobre a matéria e a iniciativa de positivação da subsidiariedade no ordenamento Constitucional. Na organização do texto, foi adotado um caminho dedutivo, do geral para o particular.

2. SUBSIDIARIEDADE: CONCEITO, EVOLUÇÃO E ADEQUAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA

No que se refere às relações entre o estado e os indivíduos, na ideia de transpor o absentismo do Estado Liberal, a partir de um maior intervencionismo estatal e a fim de promover a resolução de demandas sociais e econômicas, é possível constatar significativas mudanças estruturais e qualitativas surgidas no decorrer do século XX. Nesse contexto,

ao tratarmos da adequação do princípio da subsidiariedade na vida orgânica do Estado, por ser princípio analisado a partir de diversos temas correlatos, e devido sua simetria com a autonomia política e administrativa, profícua é a doutrina que o investiga a par do fortalecimento do federalismo, enquanto sistema político, a integrar entidades territoriais e a conservar a autonomia de cada ente.³

Nesta leitura, no que se refere ao federalismo, José Alfredo Baracho, (1995, pg. 50), assevera ser “a estrutura da ordem governamental [...], estabelecendo genuína autoadministração das pequenas unidades, correlacionadas com as formas institucionais superiores”. Nos regimes democráticos, por sua vez, o federalismo passa a exteriorizar conotações de ordem política, jurídica e econômica, tanto na ordem interna e comunitária, quanto na ordem internacional. Com efeito, ao tratarmos da adequação do princípio da subsidiariedade à vida do Estado, faz-se necessário pensar no federalismo como um “modelo inerente à preservação das individualidades, dentro dos vários grupos sociais” e, desse modo, a referida conjuntura “leva à correlação entre integração e autonomia, criando uma espécie de base federativa”. (BARACHO, 1995, loc.; cit.)

Sob esse viés, um dos modelos contemporâneos de organização estrutural - no qual se tem formal e materialmente presente a adequação ao princípio da subsidiariedade, pode ser exemplificado à letra de Gomes Canotilho (2003, p. 368), ao referir-se sobre o artigo 5º, item 2, do Tratado da União Europeia, o qual prevê que,

[...] a União atua [...] dentro dos limites das competências que os Estados-membros lhe tenham atribuído nos Tratados [...]. As competências que não sejam atribuídas à União [...] pertencem aos Estados-Membros. (UNIÃO EUROPEIA, 2016, C 202/18)

Em seu magistério, Canotilho aduz que “a integração europeia está constitucionalmente vinculada ao princípio da subsidiariedade” e fundamenta seu argumento o fazer referência ao supracitado item, o qual foi introduzido por meio do Tratado de Maastricht, de 7 de fevereiro de

3 A relação entre o *princípio federativo*, sob a ideia de *subsidiariedade*, é justificada pela busca do interesse público sob uma organização federal, onde se encontram grupos diversos e sobrepostos, devidamente reconhecidos em sua pluralidade e autossuficiência. Desse modo, o *princípio da subsidiariedade* robustece a ação do Estado Federal na busca da harmonização das forças contrárias à unidade e à diversidade.

1992,⁴ uma iniciativa alemã apoiada pela Inglaterra, e que dialoga com o item 3 do mesmo artigo, nos seguintes termos,

Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo, contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União. (UNIÃO EUROPEIA, loc.; cit.)

O item 3 também prevê a necessidade de atenção dos Estados-membros ao princípio da proporcionalidade, o qual, no item 4, taxativamente giza que “o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados”. Observa-se, na leitura do artigo 5º, que a introdução do princípio da subsidiariedade visa desenvolver o exercício das competências dos Estados-membros o mais próximo possível da realidade dos cidadãos. A sua eficácia, no pensamento de Canotilho (2003, loc.; cit.), encontra a ideia de “freio e balanço” a um crescente “centralismo europeu”; fortalece os processos de decisão comunitária; e respeita o pluralismo, diferenças culturais e dimensões territoriais dos Estados.

Ainda na seara de sua aplicação no âmbito da União Europeia, o princípio da subsidiariedade, a partir do Tratado de Lisboa, 2007-2009, estabeleceu uma série de delimitações às competências da União, e as classifica como exclusivas, partilhadas e de apoio. O Tratado também reforçou o papel dos parlamentos nacionais e do Tribunal de Justiça no controle e respeito ao princípio da subsidiariedade. (PARLAMENTO EUROPEU, 2017, p. 1)

Desse modo, entre as responsabilidades dos entes federativos, tem-se o governo local como protagonista na efetivação de seus agentes políticos, administrativos e econômicos, a partir da ideia de encontrar ações que, à letra de Baracho (1995, p.37), “devem, pelo menos, mitigar a desigualdade social, criar condições de desenvolvimento e qualidade de vida”.

Importa gizar que o desenvolvimento da dimensão contemporânea do princípio da subsidiariedade e sua dogmática, encontra consenso na doutrina, no que se refere à sua caracterização, a partir da leitura da

4 O princípio da subsidiariedade foi formalmente internalizado pelo *Tratado de Maastricht*. No entanto, o Ato Único Europeu (1987), sem designar expressamente, já havia introduzido a regra da *subsidiariedade* no domínio do ambiente.

Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 15 de maio de 1931, na qual o Papa Pio XI ao declarar que,

[...] seria cometer injustiça, ao mesmo tempo que torpedear de maneira bem criticável a ordem social, retirar dos agrupamentos de ordem inferior, conferindo-as a uma coletividade bem mais vasta e elevada, funções que elas próprias poderiam exercer. (BARACHO, 1995, pg. 37)

A doutrina social da Igreja Católica, por meio da *Mater et Magistra*, de 15 de maio de 1961, escrita pelo Papa João XXIII, também prestou importante fundamento para uma abordagem metodológica na aplicação do princípio da subsidiariedade. A leitura da encíclica aprofunda o reconhecimento de que o trabalho deve ser considerado “um modo de expressão direta da pessoa humana”. Ainda, que propriedade privada, um direito natural, comporta uma função social e, “o Estado, [...] não pode manter-se ausente do mundo econômico, deve intervir com o fim de promover a produção de uma abundância suficiente de bens materiais” (JOÃO XXIII, 1961, item 20).

É na Encíclica *Centesimus Annus*, escrita pelo Papa João Paulo II, em 01 de maio de 1991, que a doutrina Cristã critica uma concepção do estado que deixe totalmente a esfera da econômica fora do seu campo de interesse e ação. Ao se referir sobre o enquadramento jurídico, em relação aos interesses econômicos, o Pontífice acentua que existe uma legítima esfera de autonomia do agir econômico onde o estado não deve entrar. No entanto, considera que compete ao estado salvaguardar condições primárias de uma livre economia, na qual pressupõe determinada igualdade entre as partes. A assertiva tem por objeto a busca pela garantia de níveis salariais adequados ao sustento do trabalhador e de sua família; a qualificação constante e a vigilância assídua, com medidas legislativas, a fim de barrar iniciativas que causem prejuízo “sobretudo aos trabalhadores mais débeis, imigrantes ou marginalizados”. E, para garantir a realização de inúmeros objetivos na seara econômica, o estado deve concorrer direta e indiretamente,

[...] segundo o princípio da subsidiariedade, criando as condições favoráveis ao livre exercício da actividade económica, que leve a uma oferta abundante de postos de trabalho e de fontes de riqueza. Directamente, e segundo o princípio da solidariedade, pondo, em defesa do mais débil, algumas limitações à autonomia das partes, que decidem as condições de trabalho. (JOÃO PAULO II, 1991, item 15)

Na referida encíclica é possível constatar que a doutrina Cristã, ao defender o Estado de Direito na tutela dos direitos humanos, reconhece “o papel fundamental e positivo da empresa, do mercado, da propriedade privada e da consequente responsabilidade pelos meios de produção, [...] no sector da economia”. E, de mesma importância, a visão de que o “Estado também tem o direito de intervir [...] pode desempenhar funções de suplência em situações excepcionais”. Dessa maneira, a intervenção deve se ater a razões urgentes que se prendam ao bem comum e “[...] limitadas no tempo, para não retirar permanentemente aos mencionados sectores e sistemas de empresas as competências que lhe são próprias”. (JOÃO PAULO II, 1991, itens 42-48)

A doutrina Cristã aponta que, a fim de responder de forma satisfatória a muitas necessidades e carências sociais, houve um vasto alargamento da referida esfera de intervenção. Com isso, o Estado do bem-estar passou a ser qualificado como “Estado assistencial”. De modo que, nesse âmbito de atuação do estado, devido a inadequada compreensão de suas próprias tarefas, se deve respeitar o princípio da subsidiariedade, onde “uma sociedade de ordem superior não de interferir na vida interna de uma sociedade de ordem inferior, privando-a de suas competências, mas deve antes apoiá-la em caso de necessidade” (JOÃO PAULO II, op. cit., item, 48).

A lógica empregada na doutrina Cristã, no que se refere ao papel do estado, pode ser mais bem compreendida ao aplicarmos critérios advindos da ciência política e econômica. Desse modo, na ideia da consolidação de um “Estado subsidiário”, a fim de corrigir o caminho de um Estado interventivo, que acabou por não alcançar seu objeto pretendido, tem-se que, “[...] sem perder a função de tutor das hipossuficiências sociais [...] ao Estado contemporâneo são requisitadas funções de equalizador, mediador e árbitro ativo das relações econômicas e sociais” (MARQUES NETO, 2002, p. 16). A par do referido magistério, o princípio da subsidiariedade é possível de adequar-se a matérias de fundo administrativo ou econômico, pois, como nos diz Baracho:

Apesar de sugerir uma função de suplência, convém ressaltar que compreende também a limitação da intervenção de órgão ou coletividade superior. Pode ser interpretado ou utilizado como argumento para conter ou restringir a intervenção do Estado. Postula-se, necessariamente, o respeito das liberdades dos indivíduos e dos grupos, desde que não implica determinada concepção das funções do Estado na sociedade. (1991, p.37)

A ideia de supletividade deve ser aferida a partir de dois significados, no caso, a complementariedade e a suplementariedade. Nesta leitura, tem-se que os dois conceitos não devem ser vistos como dissociáveis, pois, o primeiro, admitido na área administrativa, é comumente aplicado na estrutura organizacional de determinados órgãos. Já o segundo, é o que acrescenta, entende-se que representa a questão subsidiária, “[...], implica, nesse aspecto, a repartição entre duas categorias de atribuições, meios, órgãos, que se distinguem um dos outros, por suas relações entre si” (BARACHO, 1991, p. 36).

Na seara econômica, o princípio da subsidiariedade surge como instrumento à adequação da colaboração do estado com as comunidades e os organismos particulares, conforme preceitua José Roberto Dromi,

[...] a função subsidiária corresponde, em sua própria essência, a um Princípio político de divisão de competências [...] a ordem de competência não é necessariamente uma ordem de exclusões, já que a realidade comunitária funda-se na necessidade de suplências complementares. As competências completam-se em função da necessidade e das suplências, possibilitando que o Princípio da Subsidiariedade realize-se através do instrumento da participação ou mesmo da parceria. (1981, p. 173).

Ainda sob esse aspecto, na compreensão do princípio da subsidiariedade como elemento da atuação estatal na atividade econômica, importa o magistério de Maria Sylvia Pietro, ao considerar que, “subsidiariedade não constituiu um mero limite à ação do poder público e sim a tarefa de estimular, coordenar, integrar e complementar a sociedade” (2011, p. 33-34). Nesse sentido, é possível denotar uma situação de complementariedade e colaboração, onde o estado assume uma posição de atuação quando for necessário para o bem comum, sendo que a necessidade da “intervenção da autoridade se estabelece, pois, eventualmente, e cessa, rapidamente, assim que os particulares voltem a manifestar capacidade de resolver o problema sem ajuda” (BARACHO, 1991, p. 44).

O Estado subsidiário toma forma apoiado em outros princípios igualmente importantes. Em sede de ilustração, tem-se, por exemplo, a descentralização, com a ampliação da liberdade de atuação e das funções dos indivíduos e das organizações, na qual, o Ente público somente transferirá competências as quais os entes sociais apresentem capacidade de exercer. O dever de fomentar, colaborar e fiscalizar a iniciativa privada com o intento de que os propósitos empreendedores sejam alcançados. E, também, o encontro de parcerias entre os setores públicos e privados,

sob um processo de maior responsabilidade na execução e realização de ações que visem o desenvolvimento econômico sustentável.

Como é possível de se notar, o debate doutrinário sobre a contextualização desse modelo de estado, por meio da adequação do princípio da subsidiariedade à realidade e às necessidades contemporâneas, rompe a ideia do estado ser tão somente o mantenedor da sociedade, ser o Estado “Providência”. Por certo, não coaduna também com o pensamento clássico liberal, no qual estado e sociedade restariam apartados, uma vez que na forma subsidiária atuam de modo concertado e complementar.

3. O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NA CARTA CONSTITUCIONAL DE 1988

A Constituição da República de 1988, diferente de Cartas constitucionais de outras nações, não faz menção expressa ao princípio da subsidiariedade.⁵ No entanto, em uma leitura atenta do texto Constitucional, é possível perceber que o legislador lapidou o papel do estado sob o viés do desenvolvimento de uma ação mais coordenada e participativa em meio à sociedade. E, no mesmo sentido, estruturou uma relação mais harmônica entre os entes públicos e privados.

A referida premissa pode ser aferida com precisão a partir da estreita relação dos princípios fundantes da República brasileira, em especial, aos que tratam da forma federativa do Estado, com atenção à cidadania, à dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. (BRASIL, 1988, *on-line*). Não obstante a falta da menção expressa no texto Constitucional, há doutrinadores que entendem que o princípio da subsidiariedade transita de forma implícita desde Cartas pretéritas como, por exemplo, Machado Horta, ao afirmar que,

[...] a preexistência da competência supletiva ou complementar, prevista nas Constituições Federais de 1934, 1946 e 1967, e da competência da legislação concorrente ou mista na Constituição Federal de 1988, [...] considerando a equivalência entre o Princípio e a legislação concorrente, dotada de natureza subsidiária, complementar ou supletiva [...] O princípio da subsidiariedade projetou-se na autonomia da subsidiariedade constitucional, dispensando o Tratado ou a revisão. (2002, p. 471-472)

5 Um dos exemplos é a Carta constitucional de Portugal, 1976, em seu artigo 7º/6.

Neste profícuo debate doutrinário, também há autores a defender que a Carta Constitucional de 1988 se deixou inspirar de forma mais intensa pelo princípio da subsidiariedade, consagrando-o em matérias distintas no corpo do texto. Nesta cognição, Silvia Torres entende que pelo viés jurídico-político, o legislador constituinte ao prever as competências comum e concorrente, a valorizar o potencial de cooperação entre os entes nos três níveis da república, restou por acenar “embrionariamente com um federalismo cooperativo concertado” (2001, p.242).

De modo que, o princípio da subsidiariedade torna-se de fácil constatação nesse arranjo federativo sob o viés da autonomia entre os Estados-membros. Em relação à União, tem-se a formatação de um Pacto Federativo a materializar a organização territorial por meio de uma Constituição própria, competência legislativa e administrativa, e um Poder Judiciário conferido aos entes da federação.

Ainda, a par da lição de Silvia Torres, tem-se como exemplo o artigo 227 da Carta Federal, ao tratar da relação Estado-sociedade, estabelecendo que: “Educação é um dever da família, da sociedade e do Estado” e, ao robustecer sua argumentação, afirma que,

[...] está exatamente dando prioridade aos corpos sociais intermédio para a prossecução desse interesse público, que é corroborado pelos arts. 209, que assegura o livre exercício da educação à iniciativa privada, 213, a que cabe incentivar o exercício desse direito-dever [...] e 205, pelo qual o Estado assume para si a função educativa, tendo em vista a insuficiência da família e da sociedade em suprirem as necessidades educacionais que o país demanda. (TORRES, 2001, p.148-149)

A Seguridade Social também pode ser analisada a partir da adequação do princípio da subsidiariedade na formulação e implementação de políticas públicas. A assertiva é confirmada com a leitura do artigo 194 da Carta de 1988 que, ao tratar as disposições gerais, prevê um conjunto integrado de ações e iniciativas dos entes federados e da sociedade. A subsidiariedade na referida matéria é de fácil constatação junto aos artigos 198, inciso III, ao prever a participação comunitária; artigo 199, em seus parágrafos, ao firmar que “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde”. Outra matéria de relevância na implantação de políticas públicas, sob a égide da subsidiariedade, é a Cultura. A Carta Federal traz de forma taxativa, junto ao artigo 216-A, que o Sistema Nacional de Cultura deve ser “organizado em

regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa” e, entre seus princípios, confere “a complementariedade nos papéis dos agentes culturais”. (BRASIL, 1988, *on-line*)

Na seara econômica, as transformações ocorridas na última parte do século XX tiveram reflexos na formação do Estado brasileiro restringindo o intervencionismo estatal e elencando a livre iniciativa e a propriedade à condição de valores sociais tutelados constitucionalmente. Com isso, a ordem econômica brasileira recebe do ordenamento Constitucional nuances próprias a restringir a atuação estatal, face a livre iniciativa e a descentralização, e a razões previamente tipificadas no texto do artigo 173, nos seguintes termos:

Ressalvados os casos previsto nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei. (BRASIL, 1988, *on-line*)

Com efeito, é de se notar que a Carta da República de 1988 nos faz compreender que a ação dos indivíduos na sociedade deve ser tida como a força motriz do desenvolvimento econômico. Em adequada simetria com o princípio da subsidiariedade, a referida ação comporta um critério de exceção, com a presença do estado por meio de legislação própria a tratar de temas pertinentes ao interesse público e a segurança nacional.

Sob uma análise mais apurada, é de gizar que o referido princípio não restringe a ação do estado no encontro do bem comum, razão do seu próprio existir. No mesmo modo, não restringe a função de intervir na ordem econômica e social com primazia a atender o interesse coletivo, e a fim de coordenar ações participativas na ideia de que todos possam usufruir da percepção dos frutos advindos de tal esforço. E tais ações devem estar em consonância com os princípios gerais da ordem econômica, tipificados no artigo 170 da Carta Federal de 1988, que perfazem um conjunto obrigatório a ser cumprindo pelos agentes que se apresentam a desenvolver as atividades econômicas, a saber,

Soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução as desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

No decorrer dos anos, após a promulgação da Carta Federal de 1988, o Brasil percorreu, por meio de reformas estruturais e Emendas constitucionais, o caminho da consolidação do que se pode compreender por um Estado “subsidiário”.

É possível destacar a delegação para que os entes estaduais pudessem “explorar diretamente ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado”, conforme disposto no artigo 25, § 2º, em redação dada pela Emenda Constitucional nº 05 de 1995. Um outro instituto muito presente na vida dos brasileiros são os serviços de telecomunicações e radiodifusão, os quais, por meio da Emenda Constitucional nº 08 de 1995, surgem taxativamente entre as competências da União, que os explora “de forma direta ou mediante autorização, concessão ou permissão”. Importa também a definição do papel da União, que restou autorizada a contratar com empresas estatais ou privadas para realização de atividades que envolvam,

[...] a pesquisa e lavras das jazidas de petróleo e gás natural [...] a refinação [...] a importação e exportação de produtos derivados [...] o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional [...] a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados. (BRASIL, 1995, *on-line*)

As atividades supramencionadas, mesmo sob o monopólio da União, conforme disposto no artigo 177 da Carta Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 09 de 1995, restou por determinar um importante paradigma da atuação do estado na ordem econômica nacional.

Neste breve diálogo, observa-se que o princípio da subsidiariedade é fundamento a permear as relações entre as iniciativas públicas e privadas, tendo a atuação do estado a partir de um protagonismo necessário, não limitador, nem secundário, no desempenho e promoção de medidas que assegurem os direitos e garantias fundamentais no meio político, social e econômico.

Nesse ponto, cabe gizar que a presença implícita do princípio, na leitura do ordenamento Constitucional, é tão evidente que na atual reforma administrativa, proposta pelo Poder Executivo, entre os princípios a serem obedecidos pela Administração Pública, previstos no artigo 37, junto ao princípio da eficiência surge a proposta de positivação da subsidiariedade em nossa Carta Magna. (BRASIL, 2020, *on-line*)

Desse modo, ao cumprir sua função jurídica-política, de romper o acúmulo do poder sob um órgão centralizado, o referido princípio resta

por fortalecer os pressupostos de eficácia e eficiência das ações promovidas pelo estado em meio a esfera pública.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A par de que a sociedade não é estanque, evidentemente, o ente estatal deve seguir os avanços e transformações sociais, políticas e econômicas, no encontro da eficiência na prestação das demandas de interesse coletivo. Nessa perspectiva, o Estado brasileiro, ao ter promulgado nova Carta Constitucional, no ano de 1988, internalizou em nosso ordenamento princípios fundamentais na consolidação de uma sociedade livre, justa, solidária e com garantia aos direitos individuais e coletivos.

Embora não haja a previsão explícita na Carta Federal, a partir da adequação harmônica do princípio da subsidiariedade, por meio da colaboração entre a esfera pública e a privada na elaboração de políticas públicas, em inúmeras matérias, é possível crer que o referido princípio surge como elemento material necessário para compreender o papel desempenhado pelo Estado brasileiro na última parte do século XX, e no limiar do presente século.

Nessa combinação doutrinária, ao estabelecer a primazia pela participação estatal e da sociedade no cenário econômico, o legislador constituinte promoveu o equilíbrio entre o Estado intervencionista e a livre iniciativa, e erigiu ao ente estatal a tarefa de assumir a condição de membro necessário, não limitador, no desenvolvimento da ordem econômica, na ideia da promoção do bem comum a permear a consolidação de um Estado “subsidiário”.

Infere-se nesse contexto, o debate atual promovido pela Emenda Constitucional nº 032 de 2020 que, ao reconhecer a materialidade do princípio da subsidiariedade, enquanto fundamento para as ações do ente estatal, busca internalizar no ordenamento pátrio como elemento formal a ser obedecido pela Administração Pública. O referido debate corrobora com a atenção à subsidiariedade, não como elemento de menor importância e, sim, como princípio alçado a valores constitucionais e a justificar a presença do ente estatal no fomento do desenvolvimento sustentável, frente às necessidades de maior relevância do coletivo social.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, abr./jun. 1995, 200:21-54 Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46525/46567> Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 05, de 15 e agosto de 1995. “Altera o § 2º do art. 25 da Constituição Federal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 16 out. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc05.htm Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 08, de 15 e agosto de 1995. “Altera o inciso XI e a alínea ‘a’ do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. [...]”. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 16 out. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc08.htm Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 09, de 09 de novembro de 1995. “Dá nova redação ao artigo 177 da Constituição Federal [...]” In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. 10 nov. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc09.htm Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição, 32, de 02 de setembro de 2020. “**Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa**”. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1928147 Acesso em: 08 set. 2021.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. 13ª reimp. - Edições Almeida, 2003.

HORTA, Raul Machado. Federalismo e princípio da subsidiariedade. In: Martins, Ives Gandra da Silva (Coord.) **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

JOÃO PAULO II. Centesimus Annus. **Carta Encíclica**. Copyright Libreria Editrice Vaticana, 199. Disponível em: http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html Acesso em: 04 set. 2021.

JOÃO XXIII. Mater et Magistra. **Carta Encíclica**. Copyright Libreria Editrice Vaticana, 1961. Disponível em: https://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html Acesso em: 04 set. 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, abr./jun. 2002, 228:13-29. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46521/57635> Acesso em: 05 set. 2021.

PARLAMENTO EUROPEU. **O princípio da subsidiariedade**. Fichas técnicas sobre a União Europeia. Copyright European Parliament 2017. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/7/o-principio-da-subsidiariedade>. Acesso em: 04 set. 2021.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Parcerias na administração pública**: Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 2011.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia. In: **Jornal Oficial da União Europeia**. Copyright Eur-Lex. 7.6.2016, C 202/18. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=PL> Acesso em: 3 set. 2021.

RESPONSABILIDAD ATRIBUIBLE A LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET, EN EL MARCO DE UN PROCESO JUDICIAL EN COLOMBIA

JORGE IVÁN GUERRA FUENTES¹

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Hoy, sin duda alguna, nos encontramos viviendo en una era digitalizada marcada por la Internet como su gran protagonista; esto a través de sus aplicaciones, plataformas y redes de conectividad, las cuales prácticamente hacen parte integrante de nuestra cotidianidad, al punto de no concebir nuestro día a día, sin hacer uso de ellas por medio del ciberespacio.

Previamente (GUERRA FUENTES, 2020, p. 321) se había manifestado:

Cierto es, que el creciente ascenso de la internet, incluso en poblaciones que ni siquiera distinguimos en el mapa, ha generado un vuelco en muchos aspectos mundiales, partiendo de la inmediatez en el conocimiento de sucesos en tiempo real, aunque tengan lugar del otro lado del mundo, hasta el trabajo desde casa a través de un dispositivo móvil que reúna las condiciones para tal (Teletra-

1 Abogado de la Universidad Popular del Cesar; Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Libre; Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos de la Universidad de Pisa, Italia; Magister (c) en Derecho Procesal, Director del Centro de Documentación e Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Popular del Cesar; Litigante; Conciliador en Derecho; Miembro Senior de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Coordinador de Semilleros de Investigación del Instituto Colombiano de Derecho Procesal para el Departamento del Cesar; Miembro del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericano; Conferencista Internacional; Autor de Artículos Especializados y Director del Canal en YouTube El Abogado; jiguerra@unicesar.edu.com.

bajo). Siendo esto solo una pequeña muestra del avance tecnológico alcanzado por la humanidad en el siglo actual.

En cierta medida, la internet derrumbó las fronteras geográficas, políticas y sociales que teníamos como humanidad, haciéndonos acreedores de un vasto conocimiento que, muy a pesar de estar ahí para nosotros, jamás terminaremos de acaparar, precisamente por ser casi que infinito. Razón por la cual, aparecen en escena los famosos intermediarios de internet, que, tratando de administrar las búsquedas en la web, terminan por facilitar la interacción entre las personas usuarias del ciberespacio.

Ahora, la internet, al constituir un nuevo terreno de comunicación, expresión e interacción, entra a ser determinante del actual contexto social. Situación que no puede pasar por alto el derecho, teniendo de presente que, la red resulta ser también, el ambiente propicio donde constantemente se amenazan y se vulneran atributos inherentes de las personas, sin importar si son o no, cibernautas. Resultando urgente para el ordenamiento jurídico colombiano, entrar a regular todo lo concerniente a los derechos y deberes tanto de los intermediarios de internet, como de los usuarios del ciberespacio, para que, de esta manera, ningún actuar u omisión quede por fuera de la norma.

Por ende, y tratando de ser consecuentes, en cuanto a esta investigación, resultó pertinente preguntarse ¿Deben los intermediarios de internet, en el marco de un proceso judicial en Colombia, responder civilmente por las publicaciones realizadas por sus usuarios, cuando las mismas afecten seriamente derechos fundamentales de otras personas?

En consecuencia, el objetivo general de este escrito fue identificar en el derecho interno, la responsabilidad civil de los intermediarios de internet en el marco de un proceso judicial en Colombia. Teniendo como objetivos específicos (i) analizar el ordenamiento jurídico colombiano, en especial la línea jurisprudencial de la Jurisdicción Constitucional, la cual ha mantenido una contundente postura al respecto; y posteriormente (ii) establecer donde se estructura la responsabilidad de los intermediarios de internet por las publicaciones dañinas realizadas por sus usuarios. Para ello, se abordó desde la aplicación metodológica analítica cualitativa.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN REDES SOCIALES COMO FOCO DE VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CIBERESPACIO

La internet, al constituir un nuevo terreno de comunicación, expresión e interacción, entra a ser determinante del actual contexto social. Situación que tiene alcance en el desarrollo de los derechos fundamentales inherentes a cada individuo, como el buen nombre, la honra, la intimidad, entre otros. Sin embargo, es la libertad de expresión, el atributo que mayor respaldo encuentra en el ciberespacio, tal como lo ha dejado en claro la Jurisprudencia Constitucional (COLOMBIA, 2019²).

Pero, así como la libertad de expresión, se ejerce en la internet, sin hacerle daño a nadie, también se ejerce bajo con esa única finalidad, en el mayor de los casos, haciendo uso de las famosas *fake news*. Razón por la cual, no se puede pasar por alto que, la red resulta ser entonces, el ambiente propicio donde constantemente se amenazan y se vulneran los derechos fundamentales de las personas, sin importar si son o no, cibernautas.

Así, al tener la certeza que el daño en redes sociales es una realidad, se debe determinar entonces, el grado de responsabilidad de los intermediarios de internet en Colombia, frente a las publicaciones realizadas por sus usuarios en la web.

-
- 2 (i) la libertad de expresión, como garantía fundamental de cualquier sociedad democrática, adquiere una especial garantía en el entorno digital, al brindar un acceso simple y rápido a un amplio número de personas.
- (ii) la restricción a este derecho se puede dar cuando se concluye una flagrante vulneración a los derechos a la honra, buen nombre e intimidad como resultado de un ejercicio de ponderación de derechos.
- (iii) los intermediarios de internet cuentan con un proceso de auto control, el cual no escapa de la intervención judicial.
- (iv) las plataformas no pueden censurar de manera previa el contenido introducido por sus usuarios.
- (v) la responsabilidad por afectación de un derecho está en cabeza de quien hace una publicación.
- (vi) si bien el intermediario no es el responsable de la afectación a la honra o buen nombre, debe proceder a retirar el contenido cuando quiera que un juez decida que la información debe ser excluida de la esfera pública

3. CRITÉRIO ACTUAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET EN COLOMBIA

Como se resaltaba anteriormente, la internet como símbolo de esta era, es la principal determinante del actual contexto social. Siendo urgente que el ordenamiento jurídico asuma sin temores políticos, la regulación de todo este ecosistema digital. Por tanto, la postura que predomina hoy por hoy, en gran parte del ordenamiento jurídico internacional, es la no responsabilidad civil de los intermediarios de internet en el marco de un proceso judicial.

Este planteamiento tiene eco en Colombia, dado que, la Corte Constitucional, no solo ha adoptado una decisión contundente al respecto, sino también la ha mantenido a lo largo de su jurisprudencia. Y es que, para la cabeza de la jurisdicción constitucional, los intermediarios de internet son terceros, los cuales no son susceptibles de responsabilidad alguna por las publicaciones que realicen sus usuarios. De esta determinación hay incluso una línea jurisprudencial que inició con la revisión paulatina de fallos de tutelas, pero que tomó mayor relevancia jurídica con la unificación del criterio, al revisar las acciones de tutela instaurada por JWFC en contra de Google Colombia Ltda. y Google LLC (T-5.771.452); SMAC en contra de YRV y otros (T-6.630.724); OJCA en contra de DEM y otro (T-6.633.352); EHO en contra de CCCG (T-6.634.695); y RMM en contra de RGRB (T-6.683.135):

De cara a este contexto, la Corte Constitucional ha referido que los intermediarios de Internet no son responsables por el contenido que publican sus usuarios, ya que establecer esta responsabilidad llevaría a limitar la difusión de ideas y les daría el poder para regular el flujo de información en la red, en consecuencia, la responsabilidad es de quien directamente usa las expresiones ofensivas o calumniadoras. (CORTE CONSTITUCIONAL, 2020, p. 59)

Esta determinación, que encarna una especie de amnistía para los intermediarios de internet, a pesar de emanar y referirse puntualmente a procesos de tutela, al provenir del máximo tribunal constitucional y, sobre todo, al contemplarse como un criterio unificado, tiene un impacto contundente en todo el ordenamiento jurídico colombiano, atendiendo a la fuerza vinculante del precedente judicial.

Así, al estar eximidos de responsabilidad, a los intermediarios de internet mucho menos, se les podrá condenar al pago de los perjuicios ocasionados a personas víctimas de publicaciones dañinas en la web.

4. PROBLEMÁTICAS DERIVADAS DE LA NO RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET EN COLOMBIA

Atendiendo al contexto jurídico de Colombia, con respecto al tema objeto de estudio, se avizoran las siguientes problemáticas:

a. Una primera problemática radica en que, al ser una decisión en extremo radical, la adoptada por la Corte Constitucional, con respecto a los intermediarios de internet, se abren más escenarios para la vulneración de derechos y, sobre todo, que estas violaciones se prolonguen en el tiempo. Puesto que, al ser considerados solo “terceros” los cuales, a pesar de reunir o facilitar transacciones entre terceros en Internet, es decir, administran directamente sus plataformas, reciben enormes dividendos y aparte tienen la ventaja de crear e imponerles a sus usuarios políticas de comunidad, so pena de no poder acceder sus aplicaciones y herramientas, la Corte afirme que “*no tienen control sobre el contenido de las publicaciones efectuadas por los usuarios*”. Siendo una postura que alienta a la trasgresión de atributos inherentes en la web, cuando es evidente que, en la actualidad, estos sitios carecen de reglas que ayuden a proteger el buen nombre, la honra e intimidad de los usuarios, sin pasar por encima del derecho a la libertad de expresión de otro. Y los preceptos que tienen hoy, no los cumplen o lo hacen de manera tardía.

b. Para abordar una segunda problemática, es necesario traer a colación lo expresado por las profesoras (PEÑA; VIDAL, 2020):

Las redes sociales si bien son un escenario para compartir y generar interacción, también tienden a convertirse en un espacio de alto potencial para vulneración de derechos

Por ende, así como se prestan para materializar a plenitud el derecho fundamental a la libre expresión y opinión, así mismo son el foco principal del quebrantamiento de otras garantías constitucionales.

Al respecto (MARTÍNEZ LAZCANO, 2020, p. 35) señaló:

Si bien, la libertad de expresión implica el poder decir lo que se piensa, el no prohibir la exposición de ideas o castigar a los autores por los mensajes que emiten. Esta facultad tiene un impacto en la esfera individual y también en lo social, ya que es el sustento del derecho a la información.

En ese orden, al considerarse a la libertad de expresión la base de la sociedad democracia, los intermediarios de internet solo se han enfocado en fortalecer sus políticas para que este derecho se siga desarrollando a plenitud. Contrario sensu, han descuidado la creación y puesta en marcha de herramientas y estrategias que propendan por la protección de otros derechos fundamentales que también tienen lugar en el ciberespacio, tal es el caso del buen nombre, la honra o la intimidad, que en la actualidad se ven violentados, sobre todo, por la falta de cumplimiento de las políticas de comunidad preestablecidas por los intermediarios de internet.

c. Por último, una tercera y quizá la principal problemática para Colombia, con respecto a este tema, radica en la falta de una norma que regule a plenitud el ecosistema digital. Una ley que deje claridad sobre: (i) la participación de los intermediarios de internet, sus políticas de comunidad en pro de la creación e implementación de herramientas y estrategias que brinden mayores garantías al respeto y protección de todos los derechos fundamentales en la red; (ii) Como y cuando se debe restringir o limitar el derecho de la libertad de expresión, en aquellos eventos en los que algún usuario no atienda a las políticas de comunidad; (iii) Cuando los intermediarios de internet deberán ser considerados responsables por las publicaciones dañinas de sus usuarios, ya sea por una precaria administración de las políticas de comunidad, por una tardía acción frente a las violaciones de atributos inherentes, o bien por desacato judicial; situaciones que permiten que se prologuen por mayor tiempo tales vulneraciones; (iv) Entre otros aspectos.

Empero, hoy, la única regulación al respecto es la señalada sentencia SU 420 de 2019, que, entre otras cosas, sobrecarga la actividad del juez constitucional frente a este tipo de casos, dejando a su criterio, todo lo traído a colocación, con excepción de la responsabilidad de los intermediarios de internet. Escenario que no brinda mayores garantías para quienes reclamen a través del amparo correspondiente la violación de derechos como al buen nombre o la honra. Pues, así como puede ser un juez “millennial”, es decir uno a la vanguardia del espectro virtual, quien conozca y entre a resolver dicha acción. La misma, también puede llegar a ser estudiada para su resolución, por un juez análogo. O sea, uno que nada entienda del mundo virtual. Siendo en la actualidad, una moneda al aire la materialización del principio de la seguridad jurídica en este tipo de casos.

5. ¿DONDE SE ESTRUCTURA LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET POR LAS PUBLICACIONES DAÑINAS REALIZADAS POR SUS USUARIOS?

Para marcar un punto de partida hacia la ruta trazada, es necesario recordar lo dicho por (CASTRO PINZÓN, 2016, p. 239):

Tras el impacto global, resultado de la implementación de tecnologías de información y comunicación, ambos -los comerciantes y los intermediarios de internet- podrían eventualmente ser demandados en jurisdicciones diferentes a su sede principal. No solo con fundamento en la existencia de sucursales, sino con fundamento en que su actividad pueda llegar a afectar otro foro.

Así pues, a pesar de no ser una postura popular y empero del precedente jurisprudencial adoptado por la Corte Constitucional, si analizamos en detalle el ordenamiento jurídico colombiano, en especial los presupuestos sustantivos de la responsabilidad civil (legitimación en la causa por pasiva, hecho, daño y nexo de causalidad), sumado al comportamiento actual de estos intermediarios de internet, que encarnan en la práctica tales conceptos, es procedente su responsabilidad judicial, tanto por acción como por omisión. De este modo, son susceptibles de reparar integralmente, los daños causados. ¡miremos!

5.1. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Al respecto de la legitimación en causa, sea valido recordar la postura marcada por la Corte Suprema de Justicia, el 7 de diciembre de 2012, en el expediente 11001-3103-019-2005-00327-01, al resolver el recurso de casación formulado por E.G. Hill Company Inc. y Hills de Colombia Ltda, en donde estableció:

La legitimación en causa, esto es, el interés directo, legítimo y actual del titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico (...) es cuestión propia del derecho sustancial, atañe a la pretensión y es un presupuesto o condición para su prosperidad” y con antelación había señalado en la sentencia de 12 de junio de 2001, expediente 6060, que “(...) es cuestión propia del dere-

cho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo valido de éste (...), la 'legitimatio ad causam' consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)' (...). (SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2012, p. 34 y 35).

En concordancia a que la legitimación en causa es propia del derecho sustancial y atendiendo a la enorme distancia en años entre la vigencia del Código Civil, que no ha cambiado mucho, y la creación del concepto y desarrollo de los intermediarios de internet, es necesario acudir a la analogía sustancial. En ese orden, al interrogante ¿tienen los intermediarios de internet, legitimación en causa por pasiva? la respuesta nos la otorga el primer inciso del artículo 2347 del Código Civil Colombiano³

A propósito de lo anterior, (RENGIFO GARCÍA, 2016), expuso:

Es decir que la voluntad del legislador, en este último caso, es la de proteger a la víctima en la medida en que ella podría dirigirse, no contra el autor de la infracción, sino contra un tercero que la ley estime responsable.

Entonces en la medida en que el prestador del servicio de internet pueda impedir el hecho infractor, por tener el control sobre la plataforma y el conocimiento de que el contenido disponible en ella es ilegal, debe tomar las medidas necesarias para evitar la co-

3 El artículo 2347 del Código Civil, dispone: Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para efectos de indemnizar el daño, sino del de aquellos que estuvieren a su cuidado.

Inciso segundo modificado por el artículo 65 del Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente: Así, los padres son responsables solidarios del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

Así, el autor o curador es responsable de la conducta del pupilo que viva bajo su dependencia y cuidado.

Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices, o dependientes, en el mismo caso.

Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.

misión de la conducta y, de esta manera, eludir la responsabilidad que podría imputársele por ello.

En ese orden, los intermediarios de internet tienen legitimidad en la causa por pasiva por “*sus propias acciones*”, en el entendido de que pueden impedir hechos de vulneración de derechos fundamentales, al ser los encargados de crear y administrar una atmosfera idónea en sus plataformas, para evitar, a través del cumplimiento de políticas de comunidad, que no se vulneren atributos inherentes y se causen daños a las personas en el ciberespacio, usuarias o no de sus aplicaciones. Así mismo, por cuanto son los llamados a cumplir las órdenes judiciales de descolgar del sitio web, las publicaciones que se acrediten como dañinas.

Y, “*del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado*” en cuanto son los intermediarios de internet, los llamados a vigilar que las publicaciones de sus usuarios se ajusten a las políticas de comunidad preestablecidas. Y cuando las divulgaciones, se salgan de los parámetros instituidos, tienen estas plataformas, la potestad de tomar acción frente al desacato de estas. Como eliminar la proclama vejatoria, por ejemplo.

Sea acertado establecer que, frente a la eliminación de publicaciones que no atienden a las políticas de comunidad establecidas por los intermediarios de internet, caso Facebook, Twitter, YouTube, entre otras, no se está vulnerando el derecho a la libertad de expresión, ni mucho menos se está censurando al usuario. Es cuestión de entender que, en el marco de estas plataformas digitales, este derecho fundamental, debe ejercerse dentro de los parámetros marcados por las diferentes redes sociales.

Por su parte, y ya para cerrar el tema de la legitimación en causa por pasiva de los intermediarios de internet, la Corte Constitucional no es que haya dado muchos detalles al respecto, pues se limitó únicamente a manifestar que:

corresponde al juez constitucional, examinar en cada caso concreto la situación de indefensión frente a internet y a las redes sociales (CORTE CONSTITUCIONAL, 2020, p. 1)

Sobrecargando a los administradores de justicia en sede de tutela.

5.2. HECHO GENERADOR DEL DAÑO

El comportamiento actual de los intermediarios de internet se enmarca en un criterio de culpabilidad, que conlleva a la imputación de una responsabilidad civil subjetiva. Desde:

5.2.1. LAS PRECARIAS POLÍTICAS DE COMUNIDAD EN PRO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DIFERENTE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En su tesis de maestría, el profesor (TIBIRIÇÁ, 2003), nos hace saber que:

La libertad de expresión es el más amplio de los derechos fundamentales ligados al pensamiento, y puede realizarse a través de los medios de comunicación o mediante cualquier tipo de manifestación cultural, como música, obras de teatro, imágenes y otras.

Los intermediarios de internet sí que han sabido interpretarlo así. Razón por la cual no escatiman esfuerzos en direccionar y fortalecer sus políticas de comunidad en pro de este derecho considerado la base de un estado democrático.

Sucede todo lo contrario con las reglas que tienen que ver con la protección y no vulneración de los derechos fundamentales que también tienen lugar en la web, tal el caso del buen nombre, la honra, la intimidad, entre otros.

Situación que se presta para que día a día, se realicen en la internet, en especial en las plataformas como Facebook y Twitter, publicaciones que buscan dañar a otras personas, sin importar si son o no cibernautas. Todo, bajo la apariencia del ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

5.2.2. EL INCUMPLIMIENTO Y/O CUMPLIMIENTO TARDÍO DE LAS POLÍTICAS DE COMUNIDAD EXISTENTES

En la actualidad, los intermediarios de internet cuentan con un sistema de autorregulación de sus políticas de comunidad. Lo que les permite tener mayor monitoreo y vigilancia de las publicaciones que realizan sus usuarios en cada una de sus aplicaciones. Por lo cual, son agentes normativos, teniendo de presente que dichas políticas son de carácter unilateral e impuestas.

Circunstancia ya planteada, GUERRA FUENTES (2021)

las personas al crear un perfil en alguna red social, siendo las más famosas Facebook, Twitter y YouTube, no negocian que políticas de comunidad aceptar y cuáles no; simplemente acceden a ser regidos bajo las condiciones preestablecidas de manera unilateral por las plataformas digitales, para poder disfrutar de las mismas.

Cabe resaltar que, dichas políticas de comunidad tienen como finalidad la buena práctica entre los usuarios en las distintas aplicaciones, lo que supone o se espera, que el incumplimiento de estas acarree algún tipo de repercusión, desde la eliminación de la publicación hasta la suspensión de la cuenta (perfil).

Facebook, por ejemplo, cuenta con sus propias políticas de comunidad (FACEBOOK, 2021⁴).

Sin embargo, estas políticas en la práctica son solo un saludo a la bandera, pues en la red social Facebook, constantemente sus usuarios realizan publicaciones que violan estas prerrogativas, en la mayoría de los casos, sin consecuencia alguna, y cuando las hay, ejemplo, que se elimina la publicación, se hace de manera tardía, lo que se traduce en más tiempo de visibilidad de la vulneración o amenaza del derecho fundamental de la persona afectada.

Para efectos de entender mejor este punto, tomemos como referencia las bases de la política de falsificación de identidad en esta plataforma (FACEBOOK, 2021⁵).

4 12. Discurso de odio o incitación al odio; 13. Contenido gráfico y violento; 14. Desnudos y actividad sexual de adultos; 15. Servicios sexuales; 16. Contenido cruel e insensible; 17. Falsificación de identidad.

5 La autenticidad es la piedra angular de nuestra comunidad. Creemos que las personas son más consecuentes con sus declaraciones y actos cuando usan sus identidades auténticas. Por eso exigimos que se conecten en Facebook con el nombre que usan normalmente. Nuestras políticas de autenticidad están destinadas a crear un entorno seguro en el que las personas puedan confiar y exigir responsabilidades.

No debes:

Falsificar tu identidad mediante cualquiera de las siguientes acciones: (i) Usar un nombre que no cumpla nuestras políticas de nombres (no se aplica en Instagram); (ii) Proporcionar una fecha de nacimiento falsa.

Usar de forma indebida nuestros productos mediante cualquiera de las siguientes acciones: (i) Crear un perfil para menores de 14 años; (ii) Tener varias cuentas (no aplica en Instagram); (iii) Crear perfiles no auténticos; (iv) Compartir una cuenta con otra persona (No se aplica en Instagram); (v) Crear otra cuenta de Facebook

Empero, al contrario de lo rigurosa que se muestra esta política en Facebook, es quizá la menos respetada. Pues es evidente encontrar en esta plataforma, a una persona usando varios perfiles, con su misma información personal (Nombre, fecha de nacimiento, ciudad, etc.) y muchas veces, hasta con la misma foto de perfil. Situación que es fácil de evidenciar, cuando la misma red social, a través de la herramienta de notificación que nos enseña día a día, quien está cumpliendo años, nos referencia al mismo usuario con sus diferentes perfiles.

Por otro lado, el no cumplimiento de esta política de comunidad da como resultado, una mayor proliferación de las noticias falsas.

En palabras de los catedráticos (GOMES FLUMIGNAN; GRECO PAES, 2020, p. 174 Y 175):

Las fake news (o noticias falsas, en español) son informaciones falsas que son compartidas por la internet como si fuesen verídicas, principalmente a través de las redes sociales y aplicativos de mensajería instantánea. Generalmente, el objetivo de las fake news son el de crear una polémica en torno a una situación o persona, a fin de afectar su imagen y honor.

Por su parte (MARTÍNEZ LAZCANO, 2020, p. 52), conceptúa:

Las noticias falsas (*fake news*) son la invención de hechos que no sucedieron o la alteración de hechos reales, con la finalidad de crear confusión y contrarrestar directa e indirectamente a una persona o personas o a las políticas emprendidas por el gobierno o rivales políticos.

Se traen a colación los conceptos, dado a que Facebook, está inundado de este tipo de publicaciones, en donde muchas veces se refieren a un usuario que vive por ejemplo en México, como si hubiese cometido

o Instagram si se te prohíbe la participación en el sitio web; (vi) Crear o administrar una página, un grupo, un evento o un perfil de Instagram, si se ha eliminado previamente del web el elemento original en cuestión; (vii) Eludir los requisitos de registro que se indican en nuestras condiciones del servicio.

Suplantar a otras personas mediante cualquiera de estas acciones: (i) Usar su imagen con el objetivo explícito de engañar a los demás; (ii) Crear un perfil en el que te apropias de otra persona o entidad, o hablar en su nombre; (iii) Crear una página con la que te apropias de la identidad de otra persona o entidad, o hablar en su nombre sin contar con la autorización pertinente.

un delito atroz en Colombia, a pesar de no conocer este último; Casos en los que toman la fotografía de un usuario dándole muestra de afecto a su hijo, como si fuese un violador en serie, o donde simplemente acompañan la imagen de una persona que ni siquiera es usuaria de la aplicación, con un extenso portuario de delitos. Los ejemplos son infinitos.

Lo grave del asunto, está en que las *fake news*, siempre se reinventarán buscando crear un mayor impacto en la web, y subsistirán en la medida en que Facebook, no aplique con rigurosidad sus políticas de comunidad.

Por su parte, Twitter, también cuenta con sus propias políticas de comunidad (TWITTER, 2021⁶).

En relación con estas políticas, la plataforma estuvo hace poco en boca de todos, cuando los primeros días del mes de enero de 2021, resolvió suspender permanentemente la cuenta de Donald Trump, hoy, Expresidente de los Estados Unidos.

De esa reciente decisión adoptada por Twitter, se desprenden dos apreciaciones. La primera es que, por más que muchas personas celebren y estén de acuerdo con lo dispuesto por Twitter, de una u otra manera, esta plataforma tiene responsabilidad civil de lo sucedido en el Capitolio de los Estados Unidos, toda vez que muy a pesar de sus políticas de comunidad de incitación al odio, decidieron tomar acción posterior a los disturbios. Es decir, cuando ya se había materializado la invitación realizada por Trump, a través de su cuenta en Twitter. Cuando fácilmente y atendiendo a las políticas de comunidad, sumado a la peligrosidad de la publicación del Exmandatario, el alcance de esta y la influencia de Donald, como usuario, estaban habilitados o bien, para eliminar el Tweet, o en su defecto, adelantarse a la suspensión definitiva de su cuenta (TWITTER, 2021⁷).

Y una segunda apreciación es que, con la decisión de suspender de manera definitiva la cuenta de Trump, no solo se marcó un precedente del poder y alcance que tienen las plataformas de limitar el derecho a la libertad de expresión cuando su ejercicio no cumpla con las políticas de comunidad preestablecidas. Sino también es la muestra de que, sin impor-

6 Entre las que se destacan las referentes a la violencia; terrorismo/extremismo violento; explotación sexual infantil; abuso/acoso; comportamientos de incitación al odio

7 No se permite fomentar la violencia contra otras personas ni atacarlas o amenazarlas directamente por motivo de su raza, origen étnico, origen nacional, pertenencia a una casta, orientación sexual, genero, identidad de género, afiliación religiosa, edad, discapacidad o enfermedad grave. Tampoco permitimos la existencia de cuentas cuyo objetivo principal sea incitar la violencia contra otras personas en función de las categorías antes mencionadas

tar el usuario que realice publicaciones dañinas, las políticas de comunidad están para ser cumplidas, so pena de consecuencias en la misma aplicación.

Así mismo, la sanción al Exmandatario es la muestra de que los intermediarios de internet pueden, a través del fortalecimiento y puesta en marcha de las políticas de comunidad, garantizar no solo el derecho fundamental a la vida, si no también otros como el buen nombre, la honra, entre otros. Puesto que, tienen la potestad de administrar el tráfico de lo que publican sus usuarios, sin que se malinterprete que se está afectando el derecho a la libertad de expresión, toda vez que este último debe ejercerse ajustado a las condiciones preestablecidas por las plataformas a través de sus políticas de comunidad.

5.2.3. EL DESACATO A LAS ÓRDENES JUDICIALES O SU CUMPLIMIENTO TARDÍO

En el afán del máximo tribunal constitucional, de establecer la no responsabilidad de los intermediarios de internet, omitió referirse a la responsabilidad que les es atribuibles, en los casos de no atender a la orden judicial de retirar las afirmaciones vejatorias, o hacerlo de manera tardía. Teniendo de presente que cada segundo que demore colgada la publicación en la web cuenta, pues se traduce en un mayor tráfico, más vistas y por ende, mayor tiempo de vulneración de los derechos. Prologándose el perjuicio causado a una persona. No bastando, para efectos de cercenar el daño, la sentencia favorable, sino más bien, la materialización de las pretensiones reconocidas. Es decir, la eliminación de la publicación dañina.

De lo anterior se resalta que, los intermediarios de internet son responsables no directamente por la publicación dañina que realice alguno de sus usuarios, sino más bien, por no atender las órdenes judiciales, o hacerlo de manera tardía.

5.3. EL DAÑO EN LA WEB

Puede definirse como el menoscabo que sufre una persona en la internet, que afecta directamente sus derechos fundamentales, en especial el buen nombre, la honra y la intimidad, sin importar si se es un cibernauta o no.

A pesar de tener como epicentro el ciberespacio, tiene repercusiones en el mundo real. Así, se puede materializar, como lo expresa (ARRIAGA MARTÍNEZ, 2018, p. 3) en un “sufrimiento o perjuicio de

difícil valoración económica causado en el ánimo de una persona”. Como lo son: el daño moral, daño por pérdida de oportunidad, daño a la vida en relación, entre otros; Y, en un detrimento patrimonial, desde el daño emergente y/o lucro cesante.

El daño que se sufre en la web, como consecuencia de publicaciones dañinas, se caracteriza por ser masivo, teniendo en cuenta que no se tiene claridad de la magnitud del alcance que puede llegar a tener su tráfico, teniendo la posibilidad de darle la vuelta al mundo en la medida en que se haga viral; Puede ser perpetuo, puesto que mientras la publicación vejatoria siga colgada en la plataforma, sin importar el tiempo que haya transcurrido desde su difusión, bastará una acción (un comentario, compartir, like) para reactivar su tráfico; Y, en la mayoría de los casos, esta revestido de un falso concepto, llamado o cumplimiento de justicia, lo que genera mayor empatía y por ende mayor circulación de la noticia falsa entre los usuarios del ciberespacio.

5.4. EL NEXO DE CAUSALIDAD

Existe una causa y efecto que da pie a la responsabilidad civil en cabeza de los intermediarios de internet, en un eventual proceso judicial. Se materializa a través del nexo causal entre las precarias políticas de comunidad, el incumplimiento o cumplimiento tardío de las existentes y el desacato a las órdenes judiciales o su cumplimiento moroso, como el hecho generador del daño, y el daño mismo acaecido en la web.

De esta manera, si los intermediarios de internet asumieran su rol con mayor compromiso, de manera más activa y más enfocados en el respeto de todas las garantías constitucionales, sobre todo desde la implementación y cumplimiento de sus políticas de comunidad como requisito indispensable para interactuar en ellas (causa), no se presentarían con gran frecuencia, tantos detrimentos a los derechos fundamentales de las personas, cibernautas o no, en internet (efecto).

En ese sentido, la conducta de los intermediarios de internet es la causa directa, necesaria y determinante del daño en la web.

6. REPARACIÓN INTEGRAL ATRIBUIBLE A LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET, POR EL DAÑO CAUSADO POR PUBLICACIONES DAÑINAS DE SUS USUARIOS

Preliminarmente (GUERRA FUENTES, 2021, p. 157) se propuso como concepto de reparación integral “Esa compensación efectiva a la que tiene derecho a recibir una persona, que ha sufrido un perjuicio o daño, ya sea sobre su integridad o sobre sus bienes”.

Teniendo como principal fundamento en el ordenamiento interno el artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁸ empero, para su decreto judicial, dependerá de la naturaleza del asunto, de lo pretendido y probado en cada proceso en particular.

En ese sentido, siendo los intermediarios de internet, susceptibles de responsabilidad civil, también lo serán de reparar integralmente a quienes hayan sufrido daños, con ocasión a publicaciones vejatorias en la web.

Al respecto, el máximo tribunal constitucional en Colombia, en la criticada sentencia de unificación producto de la revisión de las acciones de tutela instaurada por JWFC en contra de Google Colombia Ltda. y Google LLC (T-5.771.452); SMAC en contra de YRV y otros (T-6.630.724); OJCA en contra de DEM y otro (T-6.633.352); EHO en contra de CCCG (T-6.634.695); y RMM en contra de RGRB (T-6.683.135): indicó:

“[...] esta corporación ha considerado que la plataforma es el medio idóneo para el restablecimiento del derecho, ya que, a pesar de no tener la posibilidad de retractarse, si puede retirar las afirmaciones vejatorias de la herramienta virtual en la que están publicadas, siempre que medie una decisión judicial para tal efecto” (CORTE CONSTITUCIONAL, 2020, p. 60).

Con dicha conclusión, pasa por alto la Honorable Corte, que, con el mero hecho de retirar la publicación dañina, no se esta reestableciendo el derecho. No, simplemente se retira de la esfera digital, pero dicha publicación ya hizo lo suyo, logró su objetivo, el cual era dañar. Así las cosas, para por lo menos hay que considerar que, en efecto, se estructura un restablecimiento del derecho, debería la plataforma, publicar en su

8 El artículo 16 de la Ley 446 de 1998, dispone: Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

sitio web, la sentencia donde se evidencie la decisión judicial frente a la publicación inicial. Y no solo eso, deberá darle el mismo, o un mayor tráfico en su sitio, que el estado acusado.

Es evidente entonces que, hoy, la figura de la reparación integral, en cuanto a los intermediarios de internet, con ocasión del daño acaecido en las plataformas digitales, no tiene lugar en la práctica en Colombia.

Con todo, siendo la reparación integral procedente en este tipo de casos, deberá siempre ser proporcional al daño sufrido. Es decir, habrá circunstancias en que deba repararse únicamente el daño moral, en otras solo el daño patrimonial sufrido, e incluso, casos en los que la reparación deberá ser integral.

De lo anterior, hay dos referencias en el derecho comparado, que nos dan una idea de cómo se tendría que aplicar en Colombia.

Por un lado, (MILLALEO HERNÁNDEZ, 2015), quien trae a colación el proceso N° 0048941-58.2009.8.19.0002⁹, que se desarrolló en Brasil.

Y, por otro lado, (CALIFANO, 2017), nos expone un caso que tuvo lugar en Argentina¹⁰. Ambos casos nos invitan a pensar que, no solo

9 En Brasil, en el caso de 2011, el Tribunal de la 19ª cámara de Rio de Janeiro condenó a Google Brasil a pagar daños a un menor de 13 años que había sido difamado por comentarios en la red social Orkut durante el 2008 en la comunidad “Eu odeio Pedro”. La Corte condenó a Google a indemnizar al menor por cada día que los contenidos hayan permanecido on line y ordenó a la empresa evitar el posteo de contenidos similares en el futuro.

10 En el 2007 la exmodelo Analía Mairona demandó, por daños y perjuicios, a las empresas Yahoo! Y Google por haber facilitado el acceso a sitios de contenido sexual y pornográfico en los que se encontraba su imagen. En su demanda solicitaba la reparación del daño moral que las empresas habrían causado, afectando su honor e intimidad; el cese definitivo del uso no autorizado de su nombre e imagen; el resarcimiento económico correspondiente; y la supresión, en adelante, de toda vinculación con sitios de contenido reservado para adultos.

Las empresas Google y Yahoo! Respondieron, cada una por su parte, rechazando la demanda. Sus argumentos centrales se basaban en el hecho de que no son “productores de contenidos” sino meros productores de servicios, que actúan como intermediarios entre los usuarios y la información que un tercero pueda subir a la web. Además, sostuvieron que su actividad se enmarca en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Internet, tal como lo establece la Ley 26.032 en la Argentina, y que la exploración que realizan sus buscadores es automática y constante, por lo que el control preventivo de los contenidos indexados es impracticable.

El juez de primera instancia, José Luis Bournissen, a cargo del Juzgado Civil No 35, fallo el 17 de abril de 2017 a favor de Mairona al evaluar que, si bien los buscado-

es posible atribuirles responsabilidad civil a los intermediarios de internet, sino también, se les puede condenar al pago de indemnizaciones en favor de las personas que, en el marco de un proceso judicial, logre vencerlos en juicio.

7. CONCLUSIONES

- a. El poder de los intermediarios de internet, en algunos casos específicos, sobrepasa la capacidad de los Estados.
- b. El tema de los intermediarios de internet en Colombia parece ser más político que jurídico.
- c. Atendiendo al comportamiento actual de los intermediarios de internet y tomando como base el mismo ordenamiento jurídico interno, es factible atribuirles una responsabilidad civil subjetiva en el marco de un proceso judicial. Así mismo, son susceptibles de reparar a quienes, por consecuencia de su culpabilidad subjetiva, hayan sufrido un daño en el ciberespacio.
- d. El daño causado en la web, no desaparece con el mero retiro de la publicación en la plataforma. Debiendo ser necesario, por lo menos, obligar al administrar del sitio, a colgar en su página, la sentencia donde se evidencie la decisión judicial frente a la publicación inicial. Y no solo eso, deberá darle el mismo, o un mayor tráfico en su sitio, que el estado acusado. Esto, con el fin de materializar un verdadero resarcimiento del derecho de la persona víctima de la publicación dañina.

res no pueden ser considerados responsables de manera objetiva por el contenido subido por terceros, causaron un daño moral a la accionante al no cumplir en su momento con las medidas cautelares que solicitaron la remoción de los vínculos que asociaban su nombre e imagen con sitios de carácter pornográfico.

En ese sentido, el juez retomó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Rodríguez c/ Google” de 2014 para argumentar que, una vez notificadas de manera fehaciente, las empresas no actuaron de manera diligente para desindexar los enlaces en cuestión. Así, sostuvo que se vulneraron derechos personalísimos de la actora, causando un daño moral “particularmente grave, hondo, intenso, perdurable”, pese a que la magnitud del daño simplemente se fundamenta en “los hechos mismos y, por ende, no requiere de otras pruebas que confirmen su existencia”. Por lo tanto, condenó a las empresas a pagar una reparación económica de \$400 000 para Google y de \$150 000 para Yahoo!, en ambos casos con los intereses moratorios correspondientes, a contar desde la notificación de la medida cautelar (septiembre de 2007), lo que valores actuales ascendería a 1,8 millones de pesos

e. La reparación integral deberá ser proporcional al daño causado en las plataformas digitales.

f. Si bien la Corte Constitucional, a través de la sentencia SU 420 de 2019, realizó puntuales conclusiones sobre los derechos fundamentales en la web, los intermediarios de internet y su no responsabilidad, debió, como otras veces lo ha hecho, exhortar al Congreso de la Republica de Colombia, a legislar al respecto.

g. Colombia, está en mora de crear un marco normativo que regule a plenitud el vasto ecosistema digital. Tal como sucede en Brasil. Una norma que no solo entre a complementar el ordenamiento jurídico frente a los diferentes casos, sino también, que llene los enormes vacíos prácticos que hay en la actualidad frente al tema y que aventuradamente la Corte Constitucional, dejó en cabeza de los jueces constitucionales.

REFERÊNCIAS

ARRIAGA MARTÍNEZ Jorge Sergio. **Clasificación del Daño, la Reparación Integral y su Alcance en el Proyecto de Vida**. 2018. Disponível em: <http://archivos.diputados.gob.mx/Transparencia/articulo70/XLI/cedip/B/CE-DIP-70-XLI-B-clasidano-6-2018.pdf>.

CALIFANO Bernadette. **Responsabilidad de Intermediarios en Internet: Un Análisis a Partir del Caso Maiorana**. 2017. Disponível em: <http://papel.revistafibra.info/responsabilidad-intermediarios-internet-analisis-partir-del-caso-maiorana/>.

CASTRO PINZÓN, Adriana. **Responsabilidad Extracontractual de los Intermediarios de Internet: Especial Consideración a los Contenidos**. 2018. En Biblioteca del Colegio de Abogados de Medellín. Colombia. Disponível em: <https://dernegocios.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/2/2016/06/Adriana-Castro-Responsabilidad-extracontractual-de-los-intermediarios-de-internet-contenidos.pdf>.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia SU-420 de 2019**. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuarta, 12 de septiembre de 2019. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU420-19.htm> Acesso em: 13 set. 2021

FACEBOOK. **Normas Comunitarias**. Parte III. Contenido Cuestionable Disponível em: https://m.facebook.com/communitystandards/objectionable_content. Acesso em: 14 set. 2021

GOMEZ FLUMIGNAN Wévertton; GRECO PAES Ana. **Fake News**. Libertad de Expresión y el Actual Escenario en Brasil. En Libertad de Expresión parámetros Constitucionales y Convencionales. v. 7. Colección del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. México. Editorial Primera Instancia. 2020.

GUERRA FUENTES Jorge Iván, (01 de marzo de 2021). **Instituto Colombiano de Derecho Procesal**. Obtenido de Blog Opiniones desde el ICDP: Disponible em: <https://icdp.org.co/la-libertad-de-expresion-en-las-plataformas-digitales-censura-o-limite/>.

GUERRA FUENTES, Jorge Iván. **El Derecho Constitucional a Probar en los Tiempos del WhatsApp**. En Derecho Procesal Constitucional Pruebas Judiciales (pág. 321). Bogotá D.C., Colombia, VC Editores. 2020.

GUERRA FUENTES, Jorge Iván. **Reparación Integral en Casos de Violencia Intrafamiliar**. En Dialogo Jurisprudencial Interamericano. Vol. 11 Colección del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. México. Editorial Primera Instancia. 2021.

MARTINEZ LAZCANO Jaime Alfonso. **Democracia y Noticias Falsas**. En Libertad de Expresión parámetros Constitucionales y Convencionales. Colección del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. 2020.

MILLALEO HERNANDEZ Salvador. (2015). Los Intermediarios de Internet Como Agentes Normativos, **Revista de Derecho** (Valdivia) Vol. 28 No. 1 Valdivia, Chile jul.2015. Disponible em: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502015000100002#n62.

PEÑA Diana; VIDAL Astrid. Análisis Jurisprudencial del Derecho a la Libertad de Expresión en Redes Sociales: Corte Constitucional Colombiana. En **Revista Primera Instancia** No. 15 Volumen 8. 2020.

RENGIFO GARCIA Ernesto. Hacia la Extensión de la Responsabilidad para Otros Intermediarios de Internet. En **Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual**. Número 7. Bogotá D.C., Colombia, septiembre, 2016.

TIBIRIÇÁ Sergio, **O Closed Caption, a Legenda ‘Animada’, Como Direito Fundamental de Informação de 3ª Geração** (Tesis de maestría). Instituição Toledo de Ensino Centro de Pós-Graduação, Bauru, Brasil. 2003.

TWITTER. **Reglas y Políticas.** Disponível em: <https://help.twitter.com/es/rules-and-policies> Acesso em: 13 set. 2021

A REPARAÇÃO INTEGRAL DIANTE DO IMPACTO DA DESINFORMAÇÃO SOBRE A SAÚDE DURANTE A PANDEMIA NO BRASIL¹

LÍDIA CAROLINE RITTER PINTO²

GABRIELA MEDEIROS ARAÚJO³

1. INTRODUÇÃO

A temática envolvendo o direito à informação é um assunto de ampla discussão jurídica no Direito Internacional. Uma das principais questões que surge diz respeito ao controle da desinformação diante da velocidade da disseminação de notícias através das redes sociais. Atualmente, essa questão impactou a pandemia, especialmente em relação à omissão do Estado brasileiro frente às *fake news* sobre temas da área da saúde.

Durante a pandemia do Covid-19, por meio das redes sociais, ocorreu um fenômeno de polarização no país acerca do uso de medicamentos e vacinas, incentivado, inclusive, pelo governo, que frequentemente realizou campanhas em prol do “kit covid”. Além disso, os representantes do Estado também emitiram publicamente opinião negativa

1 Resultado de investigação desenvolvida no âmbito do Grupo de Pesquisa Processo e Constituição da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, sob a orientação do Prof. Dr. Handel Martins Dias. Correio eletrônico: handel.dias@fmp.com.br.

2 Graduada de Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público e de Relações Internacionais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Correio eletrônico: lcaroline100@gmail.com.

3 Graduada de Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público e de Medicina Veterinária na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Correio eletrônico: gmedeirosaraujo@gmail.com.

sobre vacinas, abrindo margem para a disseminação de desinformação e para a politização de protocolos médicos.

O incentivo do “kit covid” ocorreu através da distribuição gratuita dessas medicações, contudo, levou cidadãos brasileiros ao óbito pelo uso inadequado dos fármacos. Assim, diante desses eventos, emerge o desafio de compreender as medidas de reparação dos prejuízos causados pela desinformação no Brasil em meio pandêmico, destacando a responsabilidade internacional do Estado diante do direito à informação da população sobre questões relacionadas à saúde.

O objetivo geral do presente estudo, então, é apresentar o debate corrente na doutrina contemporânea acerca dos direitos à informação no Brasil, pelo viés da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Almeja-se analisar a omissão estatal frente à desinformação em meio à pandemia, assim como, visa-se compreender meios de reparar integralmente às vítimas dos danos da Covid-19 que tiveram suas condições clínicas prejudicadas devido à desinformação.

À guisa de demonstração prévia e justificadora do diálogo proposto, primeiramente cogita-se em explicar sobre a consagração do direito à informação e sobre as medidas de reparação integral na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em um segundo momento, será analisada a forma de reparar integralmente os danos da desinformação no Brasil.

2. ACESSO À INFORMAÇÃO E DESINFORMAÇÃO SOB A ÉGIDE DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O direito de acesso à informação garante o pleno e efetivo exercício do direito de procurar, receber e transmitir informações e ideias de todo o tipo, possibilitando a construção de uma cidadania ativa e participativa e, assim, é um pilar fundamental da democracia. Logo, o direito de acesso à informação, atrelado à liberdade de expressão, é o pressuposto básico para que a sociedade esteja suficientemente informada no exercício das suas escolhas. (Corte IDH, 1985).

A Corte Interamericana, em seu artigo 13, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê os direitos de procurar e receber informação, garantindo o direito de qualquer indivíduo de solicitar acesso à informação sob o controle do Estado, exceto em algumas situações em que a restrição a esse direito for legítima (Corte IDH, 2006). No caso *Claude Reyes vs. Chile*, julgado em 2006, esse Egrégio Tribunal reconheceu que o direito de acesso à informação pública é um direito protegido

pelo Direito Internacional, tendo imposto ao Estado chileno obrigações específicas para o garantir.

Além do artigo 13 da Convenção, há outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, que podem servir como parâmetro interpretativo para a Corte Interamericana, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que também protegem esse direito, estipulando obrigações legais aos Estados para garantir plena e efetivamente o direito de procurar e receber informação (Corte IDH, 1985).

Diante da relevância do direito à informação, um número cada vez mais significativo de Estados das Américas reformou o seu quadro jurídico para reconhecer esse direito como fundamental, regulando o seu exercício e implementação através do acesso às leis de informação pública (RELE, 2017). Entretanto, ainda é um desafio a adaptação do quadro jurídico nacional aos requisitos de acesso à informação pública exigidos à nível internacional (RELE, 2017).

Ademais, a obscuridade dos Estados em relação ao regime de exceções e a falta de cumprimento rigoroso do teste do dano e do interesse público na classificação da informação, dificulta o controle público e favorece a possibilidade de comportamentos ilegais, violações dos direitos humanos e a sua dissimulação (CIDH, 2015). Por esses motivos, em 2013, o Gabinete do Relator Especial para a Liberdade de Expressão participou do diálogo global que consolidou a adoção dos “Princípios Globais sobre Segurança Nacional e Direito à Informação”, conhecidos como os Princípios de Tshwane, que visam à promoção e proteção da liberdade de expressão, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais na luta contra o terrorismo, propondo, assim, o equilíbrio entre a capacidade do Estado de proteger a segurança e as liberdades pessoais. (Open Society Foundations, 2013)

Na esfera interamericana, o artigo 13º da Convenção Americana de Direitos Humanos, admite a imposição de restrições à liberdade de procurar, receber e transmitir informações de todo o tipo para a proteção da segurança nacional, porém determinados requisitos devem ser cumpridos.⁴ É imprescindível ressaltar que a definição de segurança nacional varia conforme o Estado, não havendo um significado unânime entre os países⁵.

4 As limitações impostas ao exercício do direito de acesso à informação devem ser i) expressamente estabelecidas por lei clara e precisa ii) previstas de acordo com um dos objetivos legítimos do direito internacional iii) estritamente necessárias, adequadas e proporcionais (RELE, 2013).

5 A segurança nacional é associada à segurança, integridade, estabilidade e permanência do Estado e do seu território; à defesa nacional contra ameaças externas;

Diante da abrangência do termo segurança nacional e os riscos de violações de direitos humanos decorrentes dessa falta de especificidade, a Corte Interamericana defende a excepcionalidade das limitações ao direito à informação e, em caso de restrições a esse direito, devem ser respeitados os Princípios de Tshwane, que asseguram a “informação de interesse público”, isto é, nos casos em que a sua divulgação seria razoavelmente esperada, incentiva a discussão aberta de questões públicas, aumentando a responsabilização governamental e contribuindo para o debate positivo e informado sobre questões importantes ou de interesse relevante, como ameaças à saúde ou segurança pública.

No caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, a Corte Interamericana estabeleceu que quando há violação dos direitos humanos, as forças de segurança do Estado não podem se amparar na segurança nacional e devem fornecer às autoridades encarregadas de investigar, processar e punir todas as informações condizentes à investigação e esclarecimento de tais atos (Corte IDH, 2003). Sobre o mesmo tema, o caso *Gomes Lund e Outros Vs. Brasil* consagrou a importância da obrigação de satisfazer o direito das vítimas de graves violações dos direitos humanos e dos seus familiares, bem como de toda a sociedade, a conhecer a verdade baseada no direito de acesso à justiça e ao acesso à informação (RELÉ, 2020).

Portanto, as exceções ao direito à informação devem ser regulamentadas de acordo com o princípio da máxima divulgação e devem estar sujeitas a um limite de tempo e condição, de modo a que fique claro na legislação que a informação não pode ser privada do conhecimento público indefinidamente.

No contexto da emergência sanitária do COVID-19, o direito à informação deve ser respeitado quando há um interesse público imperativo ou uma forte presunção a favor da divulgação. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na Resolução 1/20, recomendou que os Estados “garantam o direito de acesso à informação pública no contexto da emergência gerada pela COVID-19 e não estabeleçam limitações gerais baseadas em razões de segurança ou ordem pública”.

Destarte, o direito de procurar, receber e transmitir informações e ideias, mesmo em períodos de emergência pública, são fundamentais para o gozo de direitos não derogáveis e devem ser plenamente respeitados (Corte IDH, 2006). Logo, os Estados possuem obrigações relaciona-

às relações internacionais e diplomáticas; manutenção da ordem constitucional e governabilidade; ao desenvolvimento nacional; à conservação dos recursos estratégicos; e à segurança e vida da população. (CELE-CAINFO, 2012).

das com o direito de acesso à informação pública, devendo garantir a eficácia de um procedimento adequado para o processamento e resolução dos pedidos de informação, assim como assegurar que as autoridades públicas atuem de boa fé e realizem diligentemente as ações necessárias para garantir a eficácia desse direito (Corte IDH, 2006). Ademais, as informações fornecidas pelo Estado devem ser completas, compreensíveis, em linguagem acessível e atualizadas, sendo imprescindível a implementação de medidas e adaptações necessárias para assegurar a universalidade do acesso à informação (ONU, 2006), respeitando a diversidade linguística existente em uma comunidade (ONU, 2006).

Além disso, o Estado também é obrigado a produzir ou capturar a informação de que necessita para cumprir os seus deveres, tal como estabelecido pelas normas internacionais, constitucionais ou legais, devendo considerar as obrigações específicas para gerar determinada informação imposta por vários instrumentos de direitos humanos. Ressalta-se que há o dever de produção de informação de qualidade, isto é, deve ser produzida de forma rigorosa, completa, atualizada, devidamente desagregada, sendo indispensável garantir a disponibilidade de informação pública de qualidade, para que o Estado possa estabelecer políticas públicas e outras medidas necessárias para garantir plena e efetivamente os direitos humanos (RELE, 2011).

Posto isso, é imperativa a produção ou captação de todas as informações necessárias sobre violações dos direitos humanos e violações do direito humanitário internacional que tenham ocorrido ou que possam ocorrer, possibilitando a prevenção e investigação de tais violações e assegurando a sua divulgação oportuna. Desse modo, o advento da desinformação, entendida como um fenômeno complexo que envolve a invenção de conteúdo com a intenção de afetar o direito a conhecer, procurar, receber e transmitir informações e ideias (ARTICLE 19, 2020), propiciou violações de direitos humanos, impondo ao Estado deveres internacionais.

Diante do fato de as fontes de desinformação durante a pandemia serem múltiplas, desde centros governamentais, que promoveram a propagação de informação distorcida, até meios de comunicação social que divulgaram imagens fora de contexto, que confundiram a população sobre a crise sanitária, a obrigação estatal de garantir informações atualizadas e fiscalizar a disseminação dessas notícias falsas tornou-se imprescindível.

Portanto, as obrigações estatais relacionadas ao direito à informação em contexto pandêmico adquirem maior relevância, pois os dados e conteúdo divulgado pelos estados ou a sua omissão na produção de

informativos sobre o tema culmina na morte de indivíduos, havendo a possibilidade de reparação integral.

3. REPARAÇÃO INTEGRAL

O princípio da reparação integral no âmbito do direito internacional trata da tentativa de indenizar determinada vítima que sofreu um ato danoso, a fim de, não somente recompensá-la, mas fazer com que a situação retorne da mesma forma que estava anteriormente ao ato ilícito (*status quo ante*). Deve-se ressaltar, contudo, que, para Paulo de Traso Sanseverino (2010), este princípio, em prática, dificilmente atinge a integralidade da reparação.

Para melhor compreensão, é preciso considerar que os danos podem ocorrer de forma material ou imaterial. Os danos materiais, mais facilmente indenizáveis, são prejuízos causados a bens como casas, celulares e automóveis, e, nestes casos, é quando a reposição do bem, ou a indenização pecuniária equivalente ao material danificado, é suficiente para reparar integralmente a vítima. Contudo, a dificuldade torna-se mais aparente, principalmente, quando se trata de bens extrapatrimoniais (imateriais), quando o bem ferido é, por exemplo, a personalidade jurídica da vítima, onde não há um valor econômico concreto. Ademais, em casos na qual o resultado do dano trata-se de óbito ou danos à saúde, a tentativa de recolocar a vítima no estado em que se encontrava anteriormente ao ato ilícito é inviável.

Esta reparação pode ocorrer de diversas formas e muitas vezes distinta de somente uma reparação pecuniária. Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos prevê cinco formas distintas de reparação integral: I) Indenização; II) Não repetição; III) Satisfação; IV) Restituição e V) Projeto de vida. Esta última destaca-se pela dificuldade na quantificação do dano. Trata-se da reparação diante do dano no projeto de vida da vítima, assim, conforme Andrés Javier Rousset Siri (2011), não há fórmula jurisprudencial única sobre o tema, visto que os projetos de vida podem envolver diversas áreas da vida pessoal, como planos de constituir família, vida acadêmica, estabilidade financeira, entre outros.

Esta concepção deu-se início no caso Loayza Tamayo, quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que nem sempre os danos ocorrem necessariamente com efeito de dano material ou moral. A teoria refere-se aos danos sobre a proteção que a pessoa possui sobre sua

própria existência, assim, considera-se em reparar as expectativas da vítima sobre suas vocações, habilidades e aspirações de vida (ROJAS, 2009).

A indenização, como acima citado, trata-se de um outro meio de reparação integral. Destaca-se que “indenizar” costuma ser confundido como sinônimo do Princípio de Reparação Integral, contudo, desde a primeira sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a indenização é bem definida através da sua aplicação em casos de danos materiais (danos emergentes, perda de ganhos e/ou de receitas) e imateriais (danos morais) conforme Siri (2011).

Deve-se atentar para que a indenização seja devidamente calculada, pois é necessário que ela seja compatível com o dano, ou seja, não pode criar na reparação um caráter lucrativo, e sim, somente reparatório (VARELLA, 2017). Por esta razão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos destaca que a indenização deve ocorrer de forma justa, porém, sem definir os elementos desta justiça.

A indenização pelos danos emergentes é referente aos gastos da vítima com o ato ilícito, ou seja, englobam-se todos os desembolsos a fim de reparar o bem e suspender o dano, como por exemplo em custos diretamente ligados à violação sofrida, salários que a vítima deixou de receber devido ao ato ilícito, compensação de gastos médicos, gastos dos familiares relacionados ao dano - como com enterro da vítima. Já as perdas de ganhos e/ou receitas são relacionadas às perdas patrimoniais devido ao prejuízo de receita, assim, a Corte define que o cálculo deve ser baseado em todos os ganhos que a vítima teria até o seu falecimento natural, considerando a expectativa de vida média do país (ROJAS, 2009).

A indenização pelo dano imaterial, conhecida como danos morais, é considerada pela Corte como uma tentativa de reparar o sofrimento causado à vítima e baseia-se no critério da equidade. (Corte IDH, 1997). Conforme o entendimento da Corte, nos casos *Molina Theissen vs Guatemala* e *Ricardo Canese vs Paraguai*, os danos não-pecuniários podem incluir tanto o sofrimento e a aflição causados às vítimas diretas e seus familiares, como a diminuição significativa de valores e as alterações, de natureza não-pecuniária, nas condições de vida da vítima ou de sua família, não sendo possível atribuir um equivalente monetário preciso a um dano não-pecuniário (Corte IDH, 2004).

Assim, apesar de ser um dano não muito visível, a Corte dispensa a necessidade de provas acerca deste detrimento. Contudo, em alguns casos esta concepção é ampliada, como no caso *Yátama vs. Nicarágua*, que foi considerado não somente o sofrimento das vítimas, mas também

a discriminação por elas sofrida diante da impossibilidade de realizarem sua candidatura para a eleição. Desta forma, salienta-se a amplitude e imaterialidade da indenização por danos morais (ROJAS, 2009).

Outra característica deste princípio emerge diante da responsabilidade exercida pelo Estado, que exige como forma de reparação que a culpa do dano seja assumida, e, assim, que ocorra a responsabilização como forma de redimir-se diante das vítimas. Assim, também é possível a aplicação de medidas preventivas como meio reparatório, com intuito de evitar a repetição do ato danoso (VARELLA, 2017). Desse modo, frisa-se a terceira e a quarta forma de reparação: a de medidas de satisfação e de não repetição. Exemplifica-se com o caso “Aloeboetoe Vs. Suriname”, que produziu na sentença a obrigação do Estado de reabrir uma escola com corpo docente e administrativo permanente. Destarte, foi viável atingir a satisfação das vítimas do caso e é possível evitar que os prejuízos sofridos pela ausência da escola se repitam (SIRI, 2011).

Compreende-se, ademais, por medidas de satisfação todo o rol descrito como tal nos Princípios das Nações Unidas. Esta medida é definida como sendo aquela que objetiva cessar as violações, além disso, ela visa realizar investigações, como a busca pela verdade e pelos direitos em prol dos interesses sociais das vítimas, assim como pretende investigar o desaparecimento de vítimas de sequestro, por exemplo. Assim, também se inclui aqui as decisões judiciais como medida de satisfação, bem como pedidos formais de desculpa em meio público com a finalidade de assumir a responsabilidade pelos prejuízos causados (ROJAS, 2009).

Acerca das medidas de não repetição, os Princípios das Nações Unidas mencionam questões como o controle efetivo de autoridades civis, tal como preza pela imparcialidade e equidade nos procedimentos civis e militares. Ademais, ocorre uma valorização dos profissionais do direito, da saúde, da assistência sanitária e entre outros, tal qual situa a educação como prioridade em todos os setores da sociedade. Percebe-se nestas medidas a cautela em prevenir e vigiar os conflitos sociais a fim de evitar suas repetições (ROJAS, 2009)

Por fim, disserta-se acerca da medida de restituição. Esta trata-se, conforme a definição proferida pelos princípios das Nações Unidas da tentativa de repor para a vítima, sempre que possível, a situação anterior à violação grave do direito internacional dos direitos humanos ou à violação grave do direito humanitário internacional. A restituição inclui, conforme o caso, a restauração da liberdade, o gozo dos direitos humanos, da identidade, da vida familiar e da cidadania, o regresso ao seu local

de residência, a reintegração no seu emprego e o regresso dos seus bens.

Dessa forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos utiliza-se de tal definição em diversos casos a fim de restituir as vítimas à situação anterior em que se encontrava. Assim, exemplifica-se, com casos em que ocorre privação de liberdade contrária à previsão estabelecida pela Convenção Americana de Direitos Humanos e os julgados são procedentes à soltura, com o interesse de restituir a liberdade da vítima (ROJAS, 2009).

Assim, compreendendo a viabilidade e a aplicabilidade deste Princípio, percebe-se, de fato, que a doutrina acerca da reparação integral diante dos danos à saúde impulsionados pela desinformação é uma área de pesquisa incipiente no Brasil. Por este motivo, sendo a análise das medidas reparatórias frente ao direito à informação da população brasileira o foco deste trabalho, se faz necessário o entendimento básico da Corte Interamericana dos Direitos Humanos aplicado ao problema em questão.

4. DESINFORMAÇÃO NO BRASIL NA PANDEMIA

O uso das redes sociais tem-se tornado mais comum, assim, conforme pesquisa realizada pelo IBGE em 2019, identificou-se que 82,7% da população brasileira possui acesso à internet, dado que apresentou um aumento de 3.6 pontos a mais que no ano anterior (Ministério das Comunicações, 2021). Já em pesquisa promovida pela Amdocs constatou-se que a utilização média diária da internet pela população dobrou durante a pandemia (ABRANET, 2021)

O aumento da utilização das redes sociais trouxe muita praticidade para a sociedade, como por exemplo a velocidade na disseminação de informações sobre a Covid-19. Informações, estas, muitas vezes valiosas no incentivo da prevenção e cuidados contra a doença, como campanhas incentivando o uso da máscara e uso do álcool gel, por exemplo, conforme recomendado pela Organização Mundial da Saúde.

Paradoxalmente, as redes sociais também permitem a disseminação de inverdades e mitos sobre a doença, isto é, a proliferação de desinformação, que definida como a disseminação de informações e propaganda com “o propósito de enganar o público e interferir no direito do público de conhecer e no direito dos indivíduos de buscar, receber e transmitir informações e ideias de todo tipo, independentemente de fronteiras” (OEA, 2017). Ademais, esse conceito pode incluir informações não verificadas ou que foram verificadas, porém tiveram seu sentido

deturpado ou retirado do contexto, sendo distribuídas para fins maliciosos ou enganosos (UNESCO, 2018).

No Brasil, especificamente, o Governo Federal promoveu campanhas e a disponibilização de “kit-covid”⁶, que através da internet ocorreu um grande estímulo para a realização de automedicação pela população em caso de suspeitas de contaminação. Contudo, tal incentivo resultou no aumento da fila de transplante de fígado no país devido cirrose medicamentosa resultante ao uso indiscriminado de medicações, dentre tantos outros agravantes clínicos que ocorrem devido a prática inadequada da automedicação (FIORATTI, 2021).

Dentre tantas outras fake news (Cambridge Dictionary, 2021) disseminadas no período da pandemia, destaca-se, também, exemplificadamente, a notícia falsa acerca da campanha de vacinação. Através de fake news nas redes sociais foi divulgado erroneamente que as vacinas possuem microchip (VASCONCELOS, 2021), tendo representantes do Estado permitido e até mesmo disseminado esses dados, assim, diversos indivíduos passaram a recusar este método preventivo da doença. Ademais, a vacinação se tornou motivo de escárnio para alguns políticos, o que ocasionou uma onda de menosprezo à ciência e politização da vacina (AFP, 2020, n.p.). Desse modo, milhares de brasileiros recusaram-se a se vacinar, culminando no agravamento da pandemia.

Deve-se destacar que, conforme recomendado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Estado não pode se abster de fornecer informações à população e deve garantir o direito de difundir informações de toda índole, dando prioridade aos temas relativos ao direito de saúde da população (RELE, 2020). Assim, é notório a omissão estatal no sentido de corrigir as desinformações divulgadas acerca da campanha de vacinação, assim como é perceptível que o posicionamento do Governo Federal foi inadequado ao incentivar o uso de medicações de forma indiscriminada.

O Estado brasileiro, ao aderir a um tratado internacional de direitos humanos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, compromete-se a proteger e respeitar as normas desse instrumento inter-

6 Kit covid trata-se de um conjunto de medicações (cloroquina, ivermectina e dexametasona), sem eficácia comprovada para o tratamento da Covid-19 que vem sendo distribuída gratuitamente e incentivada pelo Governo Federal do Brasil. (UNINCOR. *KIT COVID: Entenda porque os medicamentos não combatem o vírus*. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/sul-de-minas/especial-publicitario/unincor/universidade-unincor/noticia/2021/05/28/kit-covid-entenda-porque-os-medicamentos-nao-combatem-o-virus.ghtml>> [consulta: 31 jul. 2021].

nacional, tornando-se, assim, garantidor dessas obrigações. Portanto, o Brasil está obrigado a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção Americana, devendo garantir o livre e pleno exercício desses direitos (CIDH, 1994). Ademais, é papel do Estado também “prevenir, investigar e mesmo punir toda violação, pública ou privada, dos direitos fundamentais da pessoa humana, mostrando a faceta objetiva desses mesmos direitos.” (CARVALHO RAMOS, 2004).

Destarte, o Brasil tem a obrigação internacional de respeitar e garantir o direito à informação, previsto no artigo 13 da Convenção Americana, havendo responsabilidade internacional quando o Estado, por meio de tratados ou costumes internacionais, se vincula voluntariamente, no exercício da sua soberania, a um compromisso internacional ou norma internacional e o descumpre (CASSESE, 2005), podendo realizá-lo tanto de forma comissiva como omissiva (ACCIOLY, 2010). Em relação à pandemia no Brasil, evidencia-se a existência dos três elementos constitutivos da responsabilidade, isto é ato ilícito, nexa causal e a existência de prejuízo ou dano (MAZZUOLI, 2020).

O ato ilícito está relacionado ao Direito Internacional (REZEK, 2010), impossibilitando o Estado de “invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, conforme o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Diante disso, o entendimento da Corte Interamericana sobre o direito à informação é de que o Brasil estaria obrigado a produzir ou capturar a informação de que necessita para cumprir os seus deveres e, assim, garantir informação de qualidade, completa, atualizada, devidamente desagregada e disponível para a população (RELE, 2011). Assim, o Estado, ao permitir que seus representantes disseminassem supostas curas para o COVID sem respaldo científico, ensejou no cometimento de ato ilícito internacional.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva nº 14 de 1994, já determinou que a conduta lesiva, comissiva ou omissiva, violadora de direitos humanos, praticada por agentes do Estado, ocupantes de cargos oficiais enseja em responsabilidade estatal. Desse modo, governadores, prefeitos, vereadores e o presidente, ao defenderem o “kit covid” ou se posicionarem contra o uso de máscaras e as orientações da OMS, defendendo que o coronavírus era apenas uma “gripezinha” (ROMANY, 2020) e adotando uma postura negacionista em redes de difusão de dados nacionais, demonstram a possibilidade do Estado ser responsabilizado por atos desses seus agentes ou funcionários que agirem no sentido de violar as normas contidas.

Portanto, além da prática de ato ilícito internacional, há nexos causal, evidenciado pelos discursos e atos de representantes do Estado, responsáveis pela violação da Convenção Americana (MELLO, 2004). Quanto ao critério do dano ou resultado lesivo, conforme o caso “Última Tentação de Cristo vs. Chile”, (Corte IDH, 2001) o dano não é necessariamente o fato gerador da responsabilidade, mas, sim, o cometimento de um ato ilícito, todavia é importante ressaltar o número de mortos por COVID-19 no Brasil, que superou a marca dos 500 mil mortos, sendo impossível desvencilhar esse alto nível de mortalidade à desinformação disseminada pelo Estado.

Ademais, destaca-se também a responsabilidade estatal pela omissão na procura e transmissão de informações no período de emergência pública (RELE, 2020), pois é papel estatal realizar a coleta de dados atualizada e verídica, não tendo realizado campanhas suficientes que combatessem o negacionismo⁷. Desse modo, o Estado não adotou medida para prevenir a desinformação disseminada por terceiros subordinados a ele, conforme o entendimento da Corte de que o dever de respeitar os direitos humanos reconhecidos na Convenção diz respeito a todos aqueles que agem em nome do Estado, especialmente se agem na sua qualidade de órgãos do Estado e, assim, a possível violação desses direitos é diretamente imputável a eles (Corte IDH, 2020). Portanto, a obrigação de garantir o livre e pleno exercício desses direitos significa que o Estado é responsável pela violação destes direitos por terceiros, caso não tenha adotado as medidas indispensáveis para impedir a violação ou para lhe pôr termo, reparando os danos causados.

Pelo exposto, é perfeitamente coerente e aceitável sustentar que o Brasil apresentou danos à saúde de uma parcela da população que foi vítima da desinformação devido à disseminação de fake news. Anota-se, todavia, que tal prejuízo só pode ser concretizado devido à omissão do Estado diante de seu dever de informar e em relação aos atos comissivos de entes subordinados a ele. Assim, emerge a necessidade de compreender o Princípio da Reparação Integral e sua aplicação na problemática em questão.

5. REPARAÇÃO DOS DANOS NO BRASIL

Conforme previsto no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, como supracitado, todos possuem o direito de obter infor-

7 Negacionismo: “Atitude tendenciosa que consiste na recusa a aceitar a existência, a validade ou a verdade de algo, como eventos históricos ou fatos científicos, apesar das evidências ou argumentos que o comprovam” (LETRAS, 2021, n.p.).

mações e ideias acerca de qualquer índole, inclusive sobre a saúde. Assim, devido a desinformação recorrente durante a pandemia do Covid-19, é notório a omissão estatal diante do seu dever de informar à população, de forma ética, acerca dos tratamentos profiláticos da doença.

Tratando-se de bem imaterial, visto o dano ter ocorrido com a saúde dos brasileiros, reitera-se a impossibilidade de atingir o *status quo ante*. Assim, para a ocorrência da reparação de forma “integral”, conforme jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pode-se pensar na possibilidade reparatória de auxílio do Estado no tratamento médico destas vítimas.

Reforça-se com a sentença proferida no Caso Gonzales Llu y otros Vs. Ecuador (Corte IDH, 2015), na qual foi determinada a obrigação do Estado em oferecer, de forma gratuita e imediata, todo o tratamento médico e psiquiátrico, incluindo os medicamentos para Talía Gonzales Llu, a fim de tentar repará-la integralmente pelos danos sofridos à sua saúde.

Nos casos em que ocorre dano à saúde pode-se utilizar medidas de restituição ou de projeto de vida. Na reparação integral através da restituição o Estado busca restabelecer a ordem anterior (MAZZUOLI, 2020), ou seja, através dos cuidados médicos e do fornecimento de medicações visa recuperar a qualidade da saúde da vítima. Contudo, já no projeto de vida, como supracitado no capítulo anterior, objetiva-se restituir a vítima pelo dano na expectativa de vida que a vítima possuía (ROJAS, 2009). Tal medida observa-se na obrigação de fornecimento de tratamento psicológico, por exemplo.

Seguindo esta lógica, no Brasil deveria ser fornecido tratamento médico, psicológico e as medicações necessárias para todos aqueles que de alguma forma foram prejudicados pela desinformação durante a pandemia. Inclui-se aqui os familiares das vítimas, que também são afetados quando se trata de prejuízos à saúde de um ente querido.

Diante de danos resultantes no óbito da vítima, não se tem dúvidas acerca da inviabilidade de reparação integral. Contudo, pode-se pensar em possíveis danos futuros devido a repetição do ato ilícito, assim como deve-se pensar na memória das vítimas e atentar-se à possibilidade de medidas preventivas, e não tão somente indenizatórias.

Exemplifica-se tal possibilidade através do Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala (Corte IDH, 2018), onde foi determinado, a fim de evitar a repetição do ato danoso, que o Estado deveria realizar campanhas de conscientização e sensibilização acerca da doença HIV, sobre os direitos dos pacientes portadores da doença, assim como sobre os deveres que os

funcionários públicos possuem com as pessoas diante destas condições, como a forma de tratamento e o dever de se dirigirem com respeito e dignidade aos pacientes.

No caso da pandemia do Covid-19, a realização de campanhas de conscientização que incentivem os cuidados profiláticos, como uso de máscara, cuidados com os hábitos de higiene, bem como buscar auxílio de profissionais da saúde para eventuais instruções, são medidas de não repetição. Do mesmo modo, o combate à automedicação e a disseminação de informações explicativas sobre a vacinação, também são formas de evitar o acontecimento de violações ao direito à informação e à saúde, com o intuito de evitar uma nova ocorrência do fato ilícito (MAZZUOLI, 2020).

A atuação dos médicos do serviço público de saúde durante a situação de emergência sanitária também pode ensejar em responsabilidade internacional do Estado e, assim, culminar em medidas de reparação. Conforme o entendimento firmado pela Corte Interamericana, no caso *Ximenes Lopes vs Brasil*, para a determinação da indenização por danos imateriais, considera-se o fato de que a vítima não recebeu cuidados médicos adequados e tratamento como paciente deficiente mental, culminando na sua morte. Portanto, no caso de profissionais da área da saúde que prescreveram cloroquina e outros medicamentos sem eficácia contra o Sars-covid comprovada, há a possibilidade de indenização por danos imateriais diante do tratamento inadequado, que ocasionou mortes e danos à saúde de seus pacientes.

A indenização em relação às vítimas dos danos causados pela desinformação durante a pandemia pode ser estendida às suas famílias, conforme o caso *Gutiérrez Soler vs Colombia* (Corte IDH, 2005), no qual o impacto no “patrimônio familiar”, ou seja, o impacto das despesas em relação aos membros do núcleo familiar também pode ser contabilizada, desde que haja mudança substancial nas condições e qualidade de vida resultante como consequência direta de atos imputáveis ao Estado; as despesas relacionadas com a realocação do familiar; despesas de reincorporação social; despesas incorridas para a obtenção de empregos perdidos em resultado de violações cometidas pelo Estado; despesas relacionadas com a perda de estudos; perda de posses, bem como prejuízo para a saúde física, psicológica e emocional da família afetada (Corte IDH, 2006).

Além da possibilidade de reparação dos danos à saúde oriundos da desinformação por meio de medidas de não repetição, indenização, há também a implementação de medidas de satisfação, como a CPI da COVID-19.⁸

8 CPI da COVID-19 é uma comissão parlamentar de inquérito, iniciada em 2021 e que investiga as omissões e irregularidades nas ações do governo federal durante

Logo, a busca pela verdade e pelos direitos em prol dos interesses sociais das vítimas é também uma forma de reparar os danos (Corte IDH, 2000), todavia, não basta a mera investigação sem que haja a devida punição dos envolvidos. Conforme o voto do Juiz Cançado Trindade, no caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, a responsabilidade internacional do Estado pode conter elementos de natureza penal, pois um Estado que encobre os fatos, obstrui a justiça e possibilita a impunidade dos responsáveis, enseja em uma responsabilidade agravada (Corte IDH, 2003). Portanto, conforme Luis Recaséns Siches (2002), tanto a pessoa jurídica do Estado como os indivíduos são responsáveis pelas consequências dos seus actos ou omissões, devendo a CPI da COVID-19 responsabilizar os culpados para, então, ser admitida como forma de reparação.

Evidencia-se, ademais, que o controle através de fiscalização das redes sociais seria uma forma de utilizar os benefícios do meio virtual em prol da saúde brasileira. Com facilidade, portanto, podemos concluir que a luta na erradicação da fake news também é um caminho viável para a oferta do direito à informação necessária para o desenvolvimento adequado da comunicação da sociedade.

5. CONCLUSÃO

O direito à informação é essencial para o desenvolvimento social democrático, sendo necessário pensar em sua aplicação em conformidade com os interesses da população brasileira. Assim, diante do contexto pandêmico emerge maior atenção à temática, visto a situação do país diante das fake news e seu impacto nos cuidados paliativos do vírus Sars-Covid-19. Por estas razões, nesta pesquisa foram analisadas jurisprudência e doutrinas acerca da possibilidade de reparação integral sobre os danos causados pela desinformação no Brasil frente à pandemia.

A pesquisa, então, apresentou vários resultados em conformidade com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Dentre elas:

I) Indenização: reparação pecuniária proporcional aos danos materiais e imateriais para as vítimas e seus familiares.

a pandemia no Brasil. (MORI, Leticia. CPI da Covid: o que a comissão pretende investigar com convocação de 9 governadores. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57261270>. Acesso em: 01 ago. 2021).

II) Não repetição: almeja evitar a re-ocorrência das violações de direitos humanos, como a realização de campanhas de conscientização sobre o vírus Sars-Covid-19.

III) Satisfação: visa cessar as violações à Convenção Americana, realizando investigações e buscando a verdade, como o que foi realizado pela CPI da Covid-19, e a respectiva responsabilização dos envolvidos.

IV) Restituição: busca restabelecer a ordem anterior por meio, por meio dos cuidados médicos e do fornecimento de medicações, visando recuperar a qualidade da saúde das vítimas.

V) Projeto de vida: reparação de diversas áreas da vida pessoal a fim de compensar os planos de vida da vítima que foram prejudicados pelo dano.

Conclui-se que é viável uma tentativa de reparação através das cinco medidas existentes, contudo, é importante apontar que a reparação, quando se trata de saúde, nem sempre consegue ser reparada integralmente. Ademais, percebe-se uma movimentação no cenário brasileiro de dar início a esta reparação, visto a realização de investigações através da CPI da Covid-19.

REFERÊNCIAS

ABRANET. **Durante a pandemia, o consumo de internet dobra no Brasil**. 2021. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2021/05/13/coronavirus/durante-a-pandemia-consumo-de-internet-dobra-no-brasil/>. Acesso em: 17 jul. 2021.

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Negacionismo**. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: [https://www.academia.org.br/nossa-lingua/nova-palavra/negacionismo#:~:text=Defini%C3%A7%C3%A3o%3A,ou%20argumentos%20que%20o%20comprovam](https://www.academia.org.br/nossa-lingua/nova-palavra/negacionismo#:~:text=Defini%C3%A7%C3%A3o%3A,ou%20argumentos%20que%20o%20comprovam.). Acesso em: 01 ago. 2021.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 18 ed., de acordo com o Decreto 7030, de 14-12-2009, e a Lei 12.134, 18-12-2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

AFP. **Bolsonaro sobre vacina da Pfizer: ‘Se você virar um jacaré, é problema seu’**. 2020. Disponível em: <https://istoe.com.br/bolsonaro-sobre-vacina-de-pfizer-se-voce- virar-um-jacare-e-problema-de-voce/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

ARTICLE 19. **Informe especial C.O.V.I.D. 2020**. Disponível em: <https://articulo19.org/informe-especial-c-o-v-i-d-libertad-de-expresion-e-informacion-durante-pandemia-de-covid-19-en-mexico-y-ca/> Acesso em: 01 ago. 2021.

CASSESE, Antonio. **International Law**. New York: Oxford University Press, 2005.

CELE-CAINFO. **Seguridad nacional y acceso a la información en América Latina: estado de situación y desafíos**. Julho de 2012. Pág. 13.

CIDH. Audiência pública: **Acceso a la información y seguridad nacional en América**. 20/10//2015.

CIDH. Informe Anual 2017. **Informe da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão**. Capítulo III (Conclusões e Recomendações). Doc. 210/17 31 dez. 2017. §23.

CIDH. **Situación de derechos humanos en Honduras**. Doc. 42/15. 31 dez. 2015. §485.

Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 fev. 2001. Serie C No. 73, § 72.

Corte IDH. Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12 mar. 2020. Serie C No. 402, §87.

Corte IDH. Caso Baldeón García vs. Perú. Mérito, reparações e custas. Sentença de 6 abril 2006. Serie C No. 147 §186.

Corte IDH. Caso Castillo Páez. Sentença de 3 nov. 1997. Serie C No. 34. §90.

Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 set. 2006. Série C No. 151. § 77.

Corte IDH. Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentencia de 23 ago. 2018. Série C No. 359.

Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 nov. 2010. Serie C No. 219. §200 e 201.

Corte IDH. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 01 set. 2015. Serie C No. 298.

Corte IDH. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12 set. 2005. Serie C No. 132.

Corte IDH. Caso Molina Theissen, §65; Caso 19 Comerciantes, §244; Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Mérito, reparações e custas. Sentença de 31 ago. 2004. Serie C No. 111 § 204.

Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 nov. 2003. Serie C No. 101. §180.

Corte IDH. Opinião Consultiva 5/85 de 13 nov. 1985. Serie A No. 5. § 70.

Corte IDH. Voto Razonado Concorrente juiz A.A. Caçado Trindade. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Sentença de 25 nov. 2000. Serie C No. 70, §199-202.

FIORATTI, Carolina. **Pacientes vão para fila de transplante de fígado após usar “kit Covid”**. 2021. Disponível em: <https://super.abril.com.br/saude/pacientes-vaio-para-fila-de-transplante-de-figado-apos-usar-kit-covid/>. Acesso em: 17 jul. 2021.

UNINCOR. **KIT COVID: Entenda porque os medicamentos não combatem o vírus**. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/sul-de-minas/especial-publicitario/unincor/universidade-unincor/noticia/2021/05/28/kit-covid-entenda-porque-os-medicamentos-nao-combatem-o-virus.ghtml>. Acesso em: 31 jul. 2021.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Tratado General de Filosofía del Derecho**, 16a. ed: México, Ed. Porrúa, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.519.

MELLO, Celso A. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENESES, João. **Sobre a necessidade de conceptualizar o fenómeno das fake news**. Observatório, Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE-IUL), v. 1, n. 1, p.

37-53, jan. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.15847/obsobs12520181376>. Acesso em: 01 ago. 2021.

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. **Pesquisa mostra que 82,7% dos domicílios brasileiros têm acesso à internet**, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mcom/pt-br/noticias/2021/abril/pesquisa-mostra-que-82-7-dos-domicilios-brasileiros-tem-acesso-a-internet>. Acesso em: 17 jul. 2021.

MORI, Letícia. **CPI da Covid: o que a comissão pretende investigar com convocação de 9 governadores**. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-57261270>. Acesso em: 01 ago. 2021.

OEА. **“Declaración conjunta sobre libertad de expresión y ‘noticias falsas’ (‘fake news’), desinformación y propaganda**. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1056&IID=2>. Acesso em: 29 ago. 2021.

OEА. **Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas**. 14 jun. 2016.

ONU. **Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**. Adotada em dezembro de 2006. O artigo 2 da Convenção.

OPEN Society Foundations /Open Society Justice Initiative. **Principios globales sobre seguridad nacional y el derecho a la información [“Principios de Tshwane”]**. 12 jun. 2013.

RELE. **Capítulo I (Informes Gerais)**. Doc. 3. 13 abr. 2000. Pág. 10.

RELE. **Capítulo VI (Conclusões e Recomendações)**. Doc. 22/17. 15 mar. 2017. § 23.

RELE. **El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano**. 7 mar. 2011. §§ 11, 21 e 106.

RELE. **Informe especial sobre la situación de la libertad de expresión en Chile**. 15 mar. 2017. §77 – 79.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional por violação de Direitos Humanos**: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ROJAS, Claudio Nash. **Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007)**. 2. ed. Santiago: Andros Impresores, 2009. 488 p.53

ROMANY, Ítalo. **‘Gripezinha’, cloroquina, fim de pandemia: 10 informações falsas ditas por Bolsonaro sobre a Covid-19 em 2020**. 2020. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2020/12/30/informacoes-falsas-bolsonaro-covid-9/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

SANSEVERINO, Paulo de Traso V. **Princípio da Reparação Integral**, 1ª EDIÇÃO. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 35.

SIRI, Andrés Javier Rousset. **El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 2011. Disponível em: <https://www.revistaidh.org/ojs/index.php/ridh>. Acesso em: 20 jul. 2021.

UNESCO. **Journalism, fake news & disinformation: handbook for journalism education and training**. 2018. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000265552>. Acesso em: 29 ago. 2021.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p.444.

VASCONCELOS, Rosália. **Culpa do Bill Gates? Como nasceu fake news da vacina**. 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2021/06/17/a-culpa-e-de-bill-gates-saiba-como-nasceu-a-fake-news-da-vacina-com-chip.htm>. Acesso em: 31 jul. 2021.

O PROTAGONISMO JUDICIAL, A DISCRICIONARIEDADE E O ATIVISMO JUDICIAL

LUCAS MORESCHI PAULO¹

1. INTRODUÇÃO

O que se pretende discutir é o ativismo judicial. Uma expressão que está na moda. A discussão sobre ativismo judicial enquanto temática tem nascedouro nos Estados Unidos, e não por acaso. Sabidamente, nos Estados Unidos da América, ao final do Século XVIII, foi estabelecida uma Constituição sem a previsão da *judicial review* (poder de veto pelo Poder Judiciário à movimentação e tomadas de decisões pelos demais poderes), embora tenha havido uma discussão sobre a possibilidade de instituição de mais esse instrumento da sistemática dos freios e contrapesos quando dos debates para a formulação do texto constitucional, pelos *framers* e *founding fathers*.

No entanto, a *judicial review* se desenvolveu precocemente em terras americanas e, a partir do nascedouro do fenômeno, duas tendências, ou posturas se mostraram como possíveis. Uma postura mais

1 Advogado. Bacharel e Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Bolsista do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Bolsista do Grupo de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, e pesquisador do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito: Academia à Prática, coordenado pelo Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, ambos do PPGD – Mestrado da FMP e vinculados no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Integrante pesquisador do ÆQUITAS – Grupo de Estudos e Pesquisa em Filosofia do Direito, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, vinculado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande. Membro da *Argumentation Network of the Americas* – ANA. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4330914363996350>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4583-4853>. E-mail: lucasmoreschipaulo@gmail.com.

deferente às decisões legislativas e executivas, em uma doutrina de *self restraint*, e uma outra postura mais ativista, decidindo por motivos extra-jurídicos questões moralmente e politicamente controversas. Esta última se desenvolveu enquanto postura teórica adotada por alguns integrantes do poder judiciário. Fato não isolado aos Estados Unidos, no qual o surgimento está corretamente vinculado.

No Brasil houve, e há, forte presença do fenômeno, de modo que se afasta a racionalidade argumentativa do direito discursivamente orientado e desenvolvido. Assim, questiona-se, como se pode amenizar (ou eliminar) os efeitos antidemocráticos da postura mais ativista do poder judiciário?

Para tanto, em um primeiro momento, haverá um estudo a respeito da expansão do protagonismo judicial, forte no âmbito norte-americano, mas que não se desenvolveu isoladamente, sobretudo com os acontecimentos vivenciados pela Alemanha no período das Grandes Guerras Mundiais. Em um segundo momento, será nacionalizado o debate, trazendo uma relação (tensional) entre o Supremo Tribunal Federal e a democracia brasileira, oportunidade na qual também se analisará as causas e os efeitos da maior amplitude de acesso à justiça que se garantiu pós 1988, juntamente com um catálogo ampliado de direitos fundamentais. Por último, a partir de alguns teóricos do direito, se alçarão algumas premissas pelas quais a prática diária da comunidade jurídica (tribunais, órgãos jurisdicionais, advocacia e academia) pode ganhar estofamento crítico e racional, de modo a se afastar da cultura do ativismo judicial sem, contudo, abandonar compromissos democráticos e políticos instituídos.

2. A EXPANSÃO DO PROTAGONISMO JUDICIAL

Em 1803 a *judicial review* foi exercido pela primeira vez no caso *Marbury v. Madison*. Curioso é o fato do cumprimento pelas instâncias representativas do decidido pelo caso, à medida que não se havia sedimentado ainda a possibilidade da atuação do Poder Judiciário na revisão das demais instâncias de poder. Daí a importância de se compreender todo o contexto político por detrás da demanda. E, então, o início desta caminhada rumo a um maior protagonismo judicial (MOTTA, 2017, p. 232).

Após longo tempo abandonado, mais de 40 anos, a *judicial review* voltou a ser exercido no célebre caso *Dred Scott v. Sandford*. Foi nesse caso que se estabeleceu a dimensão substantiva do devido processo legal, e, dentre outras questões, se reconheceu a inconstitucionalidade de

uma determinada lei que reconhecia a liberdade de escravos, que até então, e por algum tempo depois, ainda eram considerados propriedades dos seus respectivos donos.

O outro caso, após uma série de medidas (*New Deal*) interventivas do poder público na economia, editadas pelo governo Roosevelt, em virtude da crise de 1929, o judiciário voltou a tomar atitudes interventivas à justificação de salvaguarda das liberdades dos indivíduos. A partir desse momento o Poder Judiciário norte-americano começa a praticar com maior frequência este poder de veto sobre a legislação.

Foi na corte Warren, em especial a partir dos casos *Brown v. Board of Education* (*Brown I*), 347 U.S. 483 (1954) (decidindo que a segregação racial em escolas públicas é inconstitucional) e (*Brown II*), 349 U.S. 294 (1955) (determinando que escolas distritais locais abolissem com a segregação “*with all deliberate speed*”), que a *judicial review* se fortaleceu enquanto poder-dever da corte frente à mora parlamentar (YOUNG, 2015, p. 1).

Schlesinger (1947), no final dos anos 1940, discute o ativismo judicial enquanto temática do direito. Analisando que na *US Supreme Court* havia duas alas, uma mais conservadora, atrelada ao originalismo e ao texto constitucional, e uma outra mais progressista. Esta última era apontada, por Schlesinger, como uma postura nociva ao desenvolvimento do direito norte-americano, ao passo que privilegiavam as suas definições políticas na tomada de decisões, desviando sobremaneira a propósitos da *judicial review*.

Schlesinger (1947) interpretou que a ala mais ativista da Suprema Corte tinha a real crença de que Direito e Política são indissociáveis e, é a partir das decisões judiciais, orientadas por resultados efetivos, se promoveriam mudanças sociais. No outro canto da sala, a ala com maior autocontenção, acreditava em uma maior separação entre as competências democráticas dos poderes, de modo que os erros legiferantes devem ser consertados pela mesma fonte, o legislativo, não cabendo ao judiciário o ajuste final sobre as decisões sobre valorações políticas. Schlesinger, contudo, ao final, reconhece que o ativismo pode ocorrer, nos casos em que as liberdades civis fossem ameaçadas (MOTTA, 2017, p. 233).

Ao adentrar no final da década de 1940, a técnica da *judicial review* ganha também o continente europeu, sobretudo após os dissabores da Segunda Grande Guerra Mundial. De modo que o direito pós-bélico assume uma postura de fortalecimento de cortes constitucionais. Contudo, o modelo de Estados democrático estabelecido tradicionalmente na

Europa até então era o do Estado liberal, no qual a lei coordena a ação do poder público, limitando-o, e a figura protagonista na organização da vida política é o legislativo, de modo que ao cidadão é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, em clara valorização das liberdades individuais. A dignidade da legislação no período era herdeira da concepção da lei como fruto da vontade geral da comunidade política, contando com uma presunção de validade. Com efeito, a concepção da legalidade, atrelada a uma noção de direito positivista legalista, permitiu, e legitimou, os regimes que se demonstraram antidemocráticos no período, como o fascismo italiano e o nacional-socialismo alemão.

Na virada do Século XIX para o XX, houve uma sensível movimentação política na Europa com a ampliação do sufrágio, e a posterior universalização a mulheres, ex-escravos e pessoas com baixo nível na estirpe social das comunidades, que foram incorporadas no processo eleitoral. Assim, a lei deixa de ser concebida como expressão da vontade geral, e passa a existir uma pluralidade de interesses conflitantes, de modo que há uma grande dificuldade em conceber legitimidade à lei pelo simples fato de ela ser emanada pelos representantes democráticos.

Assim, a concepção da atuação estatal passa a, necessariamente, incorporar concepções de justiça e de direitos fundamentais, de modo que a produção legislativa seja harmonizada pelos mesmos *standards* axiológicos básicos. Essa movimentação, de alocação do fundamento de validade do direito da legalidade a outros elementos, inclusive metafísicos, encaminha a transição ao modelo de Estado constitucional de direito, que não deixa de ser democrático, ao passo que a constituição é o elemento jurídico básico e uniformizador da experiência jurídica. Esta é a chamada constitucionalização do direito (MOTTA, 2017, p. 236).

Nos Estados Unidos, onde o caráter e o fundamento constitucional do direito são fortemente consolidados desde o século XVIII, sobressai um choque sobre diferentes aspectos desta realidade de democracia constitucional, que é o embate da vontade da maioria, isto é, a inclinação política dos representantes democraticamente eleitos, e os direitos individuais constitucionalmente estabelecidos. Desta colisão de posições nasce a chamada dificuldade contramajoritária (BICKEL, 1986, p. 17-18), em que é guardada à Suprema Corte norte-americana, a função de conservação dos direitos e faz garantias individuais estabelecidas na *Bill of Rights*.

Bickel (1986, p. 30) fala nas credenciais democráticas alocadas ao corpo de juízes que decide questões moralmente controvertidas por maioria (em um grupo seletivo e pequenos de juízes). De modo que se levanta o ques-

tionamento do porquê um corpo de 11 juizes, decidindo de maneira majoritária, deve ter o condão de revisar a determinação, tomada por maioria (representativa), do Poder Legislativo, eleito exatamente para esta atividade.

Issacharoff (2015, p. 224) identifica que em democracias jovens, como o caso dos países que se reestruturam democraticamente após períodos ditatoriais e antidemocráticos, via de regra, o modo institucional pelo qual se visou a proteger e fortalecer o estabelecimento democrático, foi a delegação de poderes de controle de constitucionalidade à órgãos jurisdicionais, sobretudo com o protagonismo de cortes constitucionais. Barroso (2018, p. 2198) justifica que o Poder Judiciário não só tem uma faceta contramajoritária de defesa e salvaguarda dos direitos fundamentais, mas se ancora em outras duas premissas principais, quais sejam o papel iluminista da corte e o caráter representativo do Poder Judiciário.

Assim, com a expansão dessa atuação, também se expandiu o estudo acadêmico dedicado ao tema do ativismo judicial, seja fortalecendo a posição ou criticando-a. Kmiec (2004, p. 1463-1475) define que as práticas das cortes ativistas são dedicadas a desafiar atos de constitucionalidade defensável em outros poderes, que elas tem formulada uma estratégia de não aplicação dos precedentes, que os juizes não se valem dos cânones metodológicos de interpretação e que o julgamento e o processo justificatório são executados já com o resultado predeterminado. Em adição, Marshall (2002, p. 34) define que o ativismo judicial traz como características marcantes o caráter contramajoritário, o não originalismo, a ausência de deferência aos precedentes judiciais (inclusive os próprios), o ativismo jurisdicional enquanto atitude e postura, a criatividade judicial, o ativismo remedial e o ativismo partidário.

Visivelmente sobressaem duas correntes teóricas principais, uma que defende a expansão do protagonismo judicial enquanto concretizador do Estado constitucional de direito, e outra crítica a esta expansão, defendendo que a sua utilização inaugura uma verdadeira juristocracia, isto é, o governo dos juizes. Para Hirschl (2004, p. 78) são três as principais características do encaminhamento à juristocracia. O primeiro é a transferência progressiva de poderes do Legislativo para o Judiciário, o segundo diz respeito as transformações sociais tendem a formar grupos privilegiados em detrimento de outros, e o último são os interesses particulares ou corporativos dos grandes grupos econômicos. Reconhece, entretanto, que a possibilidade-poder do *judicial review* nas mãos de uma suprema corte é reforçada e legitimidade pelo papel que exerce na solução de problemas controversos no meio político.

Na primeira corrente teórica estão autores como Dworkin (2011, p. 386-387), que se dedicaram a harmonizar o modelo decisório adotado pelo judiciário à realidade democrática das comunidades políticas em que inserto, reconhecendo a importância do poder da *judicial review*, mas dando-lhe limites. Na corrente crítica estão autores como Hirschl (2004, p. 77), que defende que a concentração de poderes aos juizes é um modo de preservação do *status quo* das maiorias representativas, uma vez que na arena política tradicional, a depender de resultados eleitorais, algumas posições tradicionalmente majoritárias podem ficar desestabilizadas.

A corrente teórica majoritária, contudo, como sabido, é a da expansão do protagonismo da atuação judicial. Assim, grandes questões morais controversas politicamente são postas à discussão ao poder judiciário, como, p.e., judicialização da saúde e de demais políticas públicas. De modo que nasce outro problema, de natureza prática, no debate, o de como efetivar as posições tomadas pelas decisões judiciais. Rosenberg (1993, p. 300-301) assevera que é uma esperança vazia (*hollow hope*) depositar fé e confiança de que o judiciário é capaz de alterar a realidade política fática, interferindo em questões políticas relevantes, como as mencionadas.

Dois críticos da *judicial review*, Tushnet (1999, p. 154) e Waldron (2016, p. 217), defendem o esvaziamento das competências do poder judiciário e o encaminhamento do poder (pleno) de decidir sobre questões moralmente controversas às instâncias representativas. Tushnet (1999, p. 194) defende a retirada da constituição dos tribunais e entregá-la ao povo, de onde emana o poder constituinte, ao passo que Waldron (1999, p. 91) como uma visão mais sofisticada, desenvolve o argumento de que a legislação tem uma dignidade a ser preservada, e que, portanto, deve haver maiores limites à revisão da legislação por parte do poder jurisdicional dos Estados.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DEMOCRACIA

O Brasil nunca passou pelo período do Estado Social, tampouco teve uma lenta e gradual transição de modelos. Com efeito, passou de um regime antidemocrático para uma redemocratização às avessas, assumindo um Estado democrático e constitucional de direito. O modelo de constituição adotado foi o de uma constituição analítica, com extenso rol não-taxativo de direitos fundamentais, inclusive os sociais. Dentre toda esta plêiade de direitos fundamentais, um em especial alterou a ótica e a operabilidade

da justiça brasileira, que foi o artigo 5º, inciso XXXV, que garante o acesso à justiça, abrindo as portas do Judiciário (MOTTA, 2017. p. 231).

Assim, diante do fosso entre a promessa constitucional e realidade fática, questiona-se: se todos estes direitos fundamentais devem ser cumpridos e garantidos pelo Estado, como efetivá-los?

A resposta inicial da doutrina do direito constitucional brasileiro foi a da diferenciação, desde muito cedo sob a égide do regramento constitucional de 1988, de que existem determinações normativas, como as que estabelecem os direitos sociais e econômicos, que na verdade, são direito políticos, e não jurídicos, constituindo-se de regras programáticas. Assim, eram direcionadas ao Estado, para que se formulasse maior densidade normativa, via legislação ordinária, para o atendimento destes objetivos políticos da constituição. Nota-se, então, que alguns direitos da constituição republicana não são autoaplicáveis pelo cidadão (MOTTA, 2017, p. 237-238).

No entanto, hoje está bem assentada a questão da força normativa da Constituição da República Federativa do Brasil, de modo que toda determinação deontológica extraída do texto constitucional, de que algo deve ser cumprido, garantido ou formulado de determinada forma, é norma jurídica e, por isso, é passível de ter sua aplicabilidade reclamada pelos seus credores de direitos fundamentais. Assim, ao estabelecer que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ter sua apreciação suprimida (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), o Estado brasileiro garante que, na falta de concretização destes direitos por parte dos demais poderes políticos, ao judiciário recorrerão todos aqueles cidadãos que quiserem ter seus direitos contemplados. O faz, inclusive, de modo a assegurar um acesso democrático à justiça, mediante a assistência judiciária gratuita e a defensoria pública.

Assim, atendendo aos intentos do constituinte de 1988, houve verdadeira enxurrada litigiosa batendo às portas do Poder Judiciário para que fossem decididas questões controversas, sobretudo que fosse suprida alguma mora ou omissão do poder público. Os casos com maior reverberação econômica e número de processos é a judicialização das políticas públicas, em especial a judicialização da saúde, em que os cidadãos reclamam o recebimento de tratamentos e medicamentos por parte do Estado, baseados no comando constitucional de que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado (art. 196 da Constituição).

Desse modo, o Poder Judiciário não tem a autonomia de não decidir sobre as lides que lhe são propostas, jogando a decisão para as demais instâncias políticas à espera de uma resposta. Não! Ele deverá resolver todas as questões que a ele cheguem. No recente cenário pandêmico,

ocasionado pela COVID-19, o Supremo Tribunal Federal foi convocado inclusive para decidir como as instâncias representativas deveriam tutelas a situação pandêmica frente aos direitos fundamentais.

Há, portanto, uma grande judicialização de amplos aspectos da vida. Inclusive da vida política. Barroso (2012, p. 7) destaca que há diversas causas para isso. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, de modo a decidir livremente sobre questões relevantes do ponto de vista político. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, fruto de uma crise de representatividade dos agentes políticos que – e esta é a terceira causa – preferem resguardar ao Judiciário a solução de questões polêmicas, em relação às quais exista desacordos morais razoáveis na sociedade.

Segundo Motta e Tassinari há uma supremacia judicial consentida no Brasil. Isto é, a democracia brasileira, representada pela postura política das instâncias representativas dos demais poderes, e a postura teórica dos juristas, aceitou, e consentiu, que o judiciário detém supremacia ilimitada, de modo que conta com o monopólio, e a palavra final, sobre a interpretação da constituição (e com isso das normas jurídicas do ordenamento jurídico brasileiro). Motta e Tassinari explicam que a postura de supremacia do Supremo Tribunal Federal se encontra assentada em três características, **i**) a tese de que a última palavra do Supremo Tribunal Federal é fonte exclusiva de construção do sentido normativo da constituição, **ii**) a sobreposição dele sobre a atuação do poder político, com transferência de competências dos Poderes à jurisdição e **iii**) na crença que a instância judicial é mais apta a resolver as controvérsias sociais que lhes são apresentadas (MOTTA, 2018, p. 481-499).

Outros fatores podem ser combinados para a expansão da judicialização, como a transição tardia para uma democracia com expansão dos direitos fundamentais, o fato de o Brasil não ter passado pelo estágio do Estado social e, também, a chamada cultura do litígio, que vem sendo combatida em âmbito processual (SARLET, 2018, p. 144-146).

Isto não necessariamente conduz o Supremo Tribunal Federal, e o judiciário brasileiro como um todo, à uma posição ativista frente a demandas que lhes ofereça duas, senão três saídas, a de alterar os decididos pelos representantes políticos, a de confirmá-los e a de não se manifestar sobre. Segundo Tassinari (2012, p. 129) ativismo é extrapolação de poderes, decorrendo de uma postura judicial de valorização da vontade do aplicador, não condicionados a elementos jurídicos, embora, possuindo a aparência de argumento da juridicidade.

Em contramão, para Barroso (2018, p. 2182) a ideia do ativismo judicial está associada a uma atuação mais intensa do Poder judiciário, na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço dos dois poderes. Sendo caracterizado por uma aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, e independentemente da manifestação do legislador ordinário, por uma declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição e por uma imposição de condutas e abstenções ao Poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O ativismo judicial tem analisado questões como o caso da interrupção voluntária da gestação durante o primeiro trimestre da gravidez (HC 124.306) (BRASIL, 2016), enfrentado incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal) e politicamente sensíveis (como a recente suspensão da nomeação de indicado, pela Presidência da República, para a ocupação do cargo de chefia da Polícia Federal).

Tem sido chamado, também, para questões relacionadas a pandemia ocasionada pelo SARS-COV-2. Uma das medidas adotadas para a contenção do contágio com a doença COVID-19 foi o chamado *lockdown*, isto é, a impossibilidade da livre e irrestrita circulação de pessoas em ambientes públicos, como normalmente ocorre em momentos de normalidade. O *lockdown* visa a satisfação do direito fundamental coletivo à saúde coletiva, e tem por medidas mais comuns a quarentena e o isolamento social. Importante ressaltar que o Brasil seguiu as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS), e adotou uma multitude de medidas de enfrentamento, embora essas comentadas tenham sido as mais recorrentes. O STF decidiu sobre essa questão principalmente nos julgados ADIn nº 6.341/DF (BRASIL, 2020a) e ADPF nº 668/DF e 669/DF (BRASIL, 2020b).

Assim, o ativismo judicial trazendo respostas benéficas ou não para a sociedade, é apenas um fato. O que é necessário analisar é a forma como juízes e tribunais decidem? Sobretudo a partir de exames que possuam capacidade de verificar a racionalidade e a juridicidade das decisões judiciais.

4. DECISÕES JUDICIAIS, DISCRICIONARIEDADE E ATIVISMO

Com a problemática desenhada supra, é devido o esforço teórico de buscar uma racionalização ao discurso jurídico adotado por juízes e tribunais. As decisões judiciais são decisões tomadas por agentes polí-

ticos e, por isso, não podem ser tomadas sem arreios sempre que sejam apresentados *hard cases* ou lacunas e anomias.

Posner (2016) indica que há um distanciamento enorme entre os problemas práticos enfrentados pelo poder judiciário, e as respectivas respostas formuladas pelos juízes, e o produto teórico desenvolvido no âmbito das academias e dos centros de pesquisa em direito. Assim, existe uma missão de aproximar estes caminhos distantes e divergentes que a academia e a prática enveredaram. Para aproximar este vão, sugere, dentre outras formulações, uma postura mais ativa e crítica da academia, comunicando de maneira clara, objetiva e precisa, nos textos, as saídas formuladas para problemas práticos. Fornecendo um guia para a conduta dos operadores do direito, e não um complicador; isto é, a academia deve fornecer critérios claros e precisos pelos quais a prática jurídica pode se basear.

Dois destes critérios são encabeçados por Dworkin (2003, p. 164), o de basear o raciocínio de interpretação e aplicação das normas jurídicas extensivo, a abarcar também os princípios enquanto valores e objetivos fundamentantes de toda a ótica normativa do direito e o de pautar a prática jurídica pela teoria do direito como integridade, segundo a qual, o direito enquanto prática institucional tem uma história, um propósito e um sentido, e, para tanto, os juízes subsequentes devem continuar escrevendo, coerentemente, a sua história.

Para melhor compreensão, se faz relevante uma retomada do ataque geral ao positivismo, sobretudo ao positivismo de Hart, que promove Dworkin. Para Dworkin (2002, p. 27-28), o positivismo jurídico se estabelece em três premissas principais, **i**) o direito é um conjunto de regras jurídicas em determinada sociedade, e elas podem ser identificadas pelo seu pedigree, **ii**) que casos não contemplados previamente por regras devem ser postos a julgamento da discricionariedade de uma autoridade e **iii**) que na ausência de regras proibitivas ou permissivas não existe obrigação jurídica, e o julgado a partir da discricionariedade judicial não corresponde àquele valor jurídico. De fato, Hart (2001, p. 138) reconhece que as disposições normativas que advêm do Estado legislador são imprecisas e vagas, no que convencionou chamar de textura aberta do direito.

Assim, nos casos fora da zona de foco, os juízes teriam liberdade para decidir de modo discricionário. Dworkin (2010, p. 241) vê nisso um problema democrático, uma vez que decidir livremente é função, ou atividade, de atribuir, geralmente, novos significados normativos, o que é função resguardada ao legislativo, e não ao judiciário. Além disso, os

juízes legislariam de modo retroativo, uma vez que atribuiriam novo sentido à legislação formulada previamente ao acontecimento *sub judice*.

Dworkin (2002, p. 49-53) diferencia os poderes discricionários, sendo dois mais fracos, em que os padrões que uma autoridade pública usa para aplicar o direito não poderiam ter sido aplicados por mera mecânica, mas exigiram capacidade intelectual maior e que funcionários públicos teriam autoridade para tomar decisões em última instância sem risco de revisão ou cassação, de um terceiro tipo mais forte. O poder discricionário forte é aquele, então, em que se concebe um dever ao funcionário público para que, fundamentadamente, deixa de aplicar determinados padrões normativos previamente estabelecidos, não ficando adstrito a eles. Dworkin (2002, p. 52) ressalta que o sentido forte não equivale à licenciosidade, porquanto o poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade legislativa.

Dworkin (2002, p. 55) explica que é nesta terceira metodológica que Hart pensava ser possível a execução do poder discricionário, uma vez que quando o juiz se depara com um caso em que não se tem certeza sobre a aplicação da regra, ele decide “livremente”. Dworkin amplia esta situação para os princípios e explica que quando o juiz se depara com casos em que nenhuma regra é aplicável, deverá exercer seu poder discricionário para aplicar os princípios. No entanto, os juízes não podem dispor de quaisquer princípios a qualquer tempo, tampouco conceder precedência de princípios menores frente a princípios maiores, daí então que deverá existir sistemas de padronização e verificação, como os precedentes. O que não impede que os juízes inovem na sistemática jurídica, mas seu dever argumentativo será maior.

Assim, a tarefa judicial não é discricionária, tampouco ativista. É, isso sim, baseada em deveres e valores morais comunitariamente compartilhados, em um exercício de responsabilidade política dos juízes, na qual impera o dever de justificação e racionalização das suas decisões. Não se pode deixar o direito de lado, ignorando-se o material jurídico básico legiferante, bem como os valores e princípios políticos que os fundamentam e instituem.

O que conduz a um outro ponto. Waldron (2016, p. 203-204), dentre outros autores, dos quais se vale, como Kant, Locke, Aristóteles e, de certa forma, Dworkin, ressalva que há dignidade na legislação, de modo que esta deve ser preferida à atuação proativa das cortes, se a comunidade

jurídica analisada cumpre alguns requisitos democráticos. A saber, devemos imaginar que em uma sociedade há **i**) instituições democráticas em razoável grau de funcionamento, incluindo um legislativo eleito com base no sufrágio universal, **ii**) um conjunto de instituições judiciais também em razoável grau de funcionamento, **iii**) um comprometimento, por parte da maioria dos membros e autoridades dessa sociedade com a ideia de direitos individuais e minoritários, e **iv**) desacordo persistente, substancial e de boa-fé em relação ao sentido material dos direitos entre os membros da sociedade que estão comprometidos com o empreendimento político-jurídico. Assim, uma sociedade que atenda a estas condições deveria resguardar a função de solução de seus desacordos para as instituições legislativas, sem necessidade de revisão por tribunais, em democracias muito bem consolidadas, o que não é o caso do Brasil.

Dessa forma, nas hipóteses em que juízes, sobretudo quando decidem sobre questões constitucionais, e se valem da técnica da ponderação, decidem sobre temas controversos, exercem uma função democrática estranha ao judiciário, a de harmonizar interesses sociais e isso, nos Estados democráticos, é tarefa dos legisladores (SIECKMANN, 2014, p. 316).

Em termos de direitos fundamentais, todos aqueles agentes políticos que decidem algo sobre direitos devem se valer da técnica da proporcionalidade, exatamente para concretizar os direitos fundamentais na máxima medida otimizável possível, em consideração às circunstâncias fáticas e jurídicas dos casos. Contudo, do decidido pelo legislador, a depender da postura adotado pelo órgão jurisdicional, haverá controle repressivo posterior, ficando, em última análise, a última decisão proveniente do órgão jurisdicional. Como evitar isso?

Alexy formulou a teoria da margem de apreciação, segundo a qual, os espaços deixados propositalmente pelas constituições – ao que delimitou às constituições como ordenações quadro, e não aquelas que tem o intento de exaurir e regulamentar toda a matéria – para que fossem decididos pelos legisladores ordinários constitui espaços nos quais há margem de atuação livre do corpo político, que chamou de estrutural. Há outra margem, a epistêmica, que amplia o espectro intelectual das ordenações constitucionais quando não se há clareza sobre o conteúdo normativo ou sobre o que é empiricamente verificável. A teoria da margem de apreciação propõe o controle moderado e é decisiva porque fundamenta a conciliação entre direitos fundamentais e democracia ao propor uma constitucionalização adequada (ALEXY, 2007, p. 345). De modo que os princípios formais dos direitos fundamentais podem ser aplicados pela

proporcionalidade, caso necessário. O grande mérito dessa teoria está no fato de responder ao não cognitivismo e ao cognitivismo extremo. Reforça-se a noção de que a legitimidade da atuação judicial é argumentativa e racional (ALEXY, 2014, p. 205).

No Brasil, outra maneira encontrada para a limitação da revisão judicial no âmbito externo das cortes de maior hierarquia e da expansão do protagonismo da atuação judicial é o da uniformização das respostas judiciais, sobretudo a partir de uma valorização maior de pronunciamentos vinculantes que terão observância obrigatória, a partir do artigo 927 do Código de Processo Civil. Nessa tentativa, tentou-se trazer maior propósito, racionalidade e sentido à atuação dos membros do poder judiciário, dando-lhes deveres de observância e deveres de coerência, integridade e uniformização da jurisprudência. Assim, ao menos, há maior garantia de segurança jurídica para os jurisdicionados e de igualdade entre eles.

Isto resolve em parte o problema, mas não por completo. Ainda se depende muito da postura adotada (quase que por política) dos membros do poder jurisdicional para uma maior racionalização do discurso jurídico e, assim, um maior distanciamento à realidade ativista. De modo que é necessário a suavização do fenômeno por parte dos juízes de menor poder hierárquico, e a racionalização gradual – visto as conquistas democráticas concretizadas via judicial – dos discursos e das posturas dos juízes da Suprema Corte do Brasil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, ao identificar que a judicialização em massa é um dado empiricamente, e muito facilmente, comprovável, que o ativismo é uma postura judicial nociva à democracia, se conclui que deve haver uma maior qualificação da atividade do poder judiciário. E, daí volta-se a afirmar, alinhados com Posner, que há uma responsabilidade acadêmica de prover uma qualificação dos critérios a serem adotados para a fundamentação e a justificação das posições e decisões tomadas.

Juízes não podem fazer política ao decidir, tampouco impor suas próprias visões de mundo, cruzando competências constitucionais e administrativas. Isto não significa que as suas decisões não tenham efeito político prático, mormente ao fato de se fundamentarem em princípios e valores morais, que são emanados pela comunidade política, ou que pelo menos estão latentes nela. Ainda, não se pode ignorar que avanços demo-

cráticos efetivos foram concretizados a partir da atuação mais proativa da instância judiciária.

Contudo, não se pode legitimar o arbítrio jurisdicional com base em acertos históricos, principalmente pela falta de legitimidade democrática para decidir sobre desacordos políticos e interesses sociais, os quais é à competência legislativa estatal resguardada.

Assim, dar uma resposta final sobre quem deve e como devem ser tomadas decisões definitivas sobre determinações de caminhos políticos que serão trilhados pelo Estado, ainda que envolvam direitos fundamentais, não é tarefa simples. Inclusive, como visto, a resposta dos teóricos para esta questão depende, primeiramente, do estágio evolucionar das democracias a que se depreende o estudo. Em democracias jovens e frágeis, o tribunal constitucional está inclinado a interpretar e aplicar o direito de maneira mais proativa, o que também é explicado historicamente, mas depende muito mais de uma questão de postura institucional.

Deste modo, a solução inicia pela adoção de práticas e hábitos pelos operadores do direito e pela comunidade jurídica em geral que permitam aos juízes um processo decisório mais racionalizado, mais verificável e sob premissas democraticamente aceitas. Deste modo, quanto maior for o grau de racionalidade do discurso jurídico, maior grau de legitimação democrática haverá.

O combate contra à discricionariedade judicial será, pelo visto, eterno. Alguns mecanismos, como os precedentes, e algumas teorias, como a do direito como integridade e a da margem de apreciação – dentre muitas outras –, exercem papel substancial para a delimitação dos limites da atuação jurisdicional. A sistemática jurídica brasileira dificilmente se transformará em uma prática deferente, tão somente, ao produto legislativo, e nem se quer que a seja. Mas a postura de extrema proatividade, a funcionar como verdadeiro poder de referendar as determinações dos demais poderes, se mostrou descontrolada. Louvável também a teoria dworkiana, segundo a qual os juízes e tribunais devem ser instância de decisões assentadas em princípios – e não em política. O papel do judiciário no Estado democrático e constitucional de direito é o de respeitar os direitos, avaliando e resolvendo lides que sejam juridicamente relevantes (protejam bens juridicamente tutelados), não lhes cabendo fazer política, impor visões de mundo ou, ainda, procurar promover o bem comum e socialmente – na sua visão de mundo – melhor.

Assim, através de um discurso jurídico sofisticado, com argumentação racional e sob bases teóricas e processuais bem assentadas, es-

pera-se apaziguar as vicissitudes da história do poder judiciário, que é, nada mais, do que um terço do poder público em uma democracia frágil e jovem que, constantemente, e desde sempre, passa por instabilidades políticas. É papel da academia auxiliar na racionalização da relação tensional entre democracia e jurisdição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. Constitutional rights, democracy and representation. In: **Ricercche Giuridiche**, v. 3, n. 2, 2014, p. 197-209.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **RFD – Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 4, 2018.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 124.306**. Min. Marco Aurélio. Brasília, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade n.º 6.341/DF**. Min. Marco Aurélio. Brasília, 2020a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 668/DF, apenso a ADPF 669/DF**. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2020b.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge, Massachusetts, Londres: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies**. Contested power in the era of constitutional courts. New York: Cambridge University Press, 2015.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. **California Law Review**, v. 92, n. 5, 2004, p. 1441-1477.

MARSHALL, William P. Conservatives and Seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**. v. 73. 2002.

MOTTA, Francisco José Borges. Ativismo judicial e decisões por princípio: uma resposta de fixação dos limites da atuação do poder judiciário. In: GAVIÃO FILHO, Anizio; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Coletânea do III Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**. Porto Alegre: FMP, 2017. p. 229-247.

MOTTA, Francisco José Borges; TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial e decisões por princípio: uma resposta de fixação dos limites da atuação do poder judiciário. In: **Revista de Processo**. v. 283, 2018. p. 481-499.

POSNER, Richard. **Divergent paths: The academy and the judiciary**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

ROSENBERG, Gerald. N. **The hollow hope: can courts bring about social change?** Chicago: University of Chicago Press, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHLESINGER, Arthur M. The supreme Court. **Fortune Magazine**, v. 35, 1947.

SIECKMANN, Jan-R. **La teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy**. Universidad Externado de Colombia, 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**. Uma análise da atuação do judiciário nas experiências brasileira e norte americana. 2012. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. **Political theory**. Essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. New York: Cambridge University Press, 1999.

YOUNG, Ernest A. Constitutionalism outside the courts. In: TUSHNET, Mark; GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford (ed.). **The Oxford handbook of the U.S. Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

DERECHOS FUNDAMENTALES SITUADOS EN UN MISMO NIVEL DENTRO DE LA PIRÁMIDE KELSENIANA Y LA PONDERACIÓN DE LOS MISMOS

MARÍA CAMILA VANEGAS HERNÁNDEZ ¹

1. INTRODUCCIÓN

Con el transcurrir de la historia, los Derechos del Hombre han ido adquiriendo mayor importancia, como muestra de ello se puede evidenciar el estructuramiento de los Derechos Fundamentales, en donde:

los derechos fundamentales nacionales son los derechos individuales que adquieren una dimensión positiva en las constituciones nacionales de los Estados democráticos constitucionales y que por lo general representan un intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo (Borowski, 2003 apud Llano; Velasco, 2016, p. 38).

En concordancia a lo previamente expuesto, es importante abordar el cuestionamiento de si un derecho fundamental debe primar sobre otro derecho de carácter fundamental, lo cual se puede evidenciar desde la pirámide propuesta por Kelsen, en donde para este caso en concreto, los dos derechos previamente planteados están situados en un mismo nivel o escala, valga aclarar que “la jerarquía normativa o pirámide kelsiana, es categorizar las diferentes clases de normas ubicándolas en una forma fácil de distinguir cual predomina sobre las demás” (GALINDO, 2018, p. 129), no obstante, es pertinente mencionar que los tres elementos que conforman la estructura de la ponderación son la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.

1 Estudiante de Pregrado en Derecho de la Universidad Católica de Colombia, integrante del Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica de Colombia, mcvcanegas09@ucatolica.edu.co.

Es más que necesario citar que Alemania ha sido un referente para Colombia y sus asuntos constitucionales.

López (2010, p. 169) plantea que las repercusiones de la Constitución de Weimar en Colombia son relevantes, por cuanto esta es la primera carta magna en el mundo que hace referencia a disposiciones de orden social, lo que influyó en las reformas constitucionales colombianas.

Es por ello que resulta razonable señalar que varias sentencias o jurisprudencias constitucionales de origen alemán han sido fuente de inspiración en cuanto a los Estados democráticos y a los derechos se refiere, como soporte a los planteamientos anteriores, el caso “Lüth” puede emplearse como un buen ejemplo para explicar el funcionamiento de la estructura de la ponderación de los derechos dentro de un Estado democrático, este caso fue citado por Borowski (2016) quien empleó la sentencia del Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 7, expedida en Alemania durante el año 1958 para explicar una cita en su documento, el apartado citado por Borowski fue:

Las relaciones recíprocas entre el derecho fundamental y el derecho general no han de interpretarse como una limitación unilateral de la vigencia del derecho fundamental por el derecho general. Se produce más bien una interacción en el sentido de que el “derecho general” “sí limita el derecho fundamental en su literalidad, pero que, a su vez, deberá ser interpretado en base a la importancia de ese derecho fundamental para la definición de valores en un Estado libre y democrático, lo que finalmente lleva a su restricción en cuanto al efecto limitador que ejerce sobre el derecho fundamental.

Así mismo, la praxis ponderativa surge con la necesidad de elegir e identificar cuál de los dos derechos fundamentales debe primar sobre el otro, vale aclarar que la definición de ponderación que es aportada por autores como Alexy, permite una rápida comprensión del término, pues para este filósofo,

la ponderación es solo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión (Alexy, s.f apud Bernal, 2003, p. 227)

Es necesario aclarar que las generalizaciones previamente expuestas son necesarias para identificar las consecuencias que puede generar la praxis ponderativa dentro del sistema judicial colombiano, es por ello que a continuación se plantea la pregunta de investigación, ¿Cuáles son las consecuencias de poner en práctica la ponderación de derechos dentro del sistema judicial colombiano? Es de suma importancia mencionar que el presente artículo pretende dar solución al interrogante anteriormente planteado y que a su vez tiene por objetivo general, analizar la ponderación de los Derechos Fundamentales que se encuentran en una misma escala o nivel dentro de la pirámide de Kelsen; para la presente investigación se emplea el método cualitativo, con la finalidad de lograr comprender cómo opera la praxis ponderativa dentro del sistema judicial colombiano.

Por lo tanto, el presente artículo de investigación se desarrollará mediante tres ejes temáticos, en donde el primer eje aspira examinar los denominados Hard Cases, como una estrategia para comprender la ponderación de los Derechos Fundamentales, el segundo eje busca identificar la consecuencia de la praxis ponderativa de Derechos Fundamentales en Colombia y el tercer eje, deberá otorgar el conocimiento del marco jurídico frente a la ponderación de los Derechos Fundamentales en Colombia.

2. HARD CASES, UNA ESTRATEGIA PARA COMPRENDER LA PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Es necesario mencionar que el término "Hard Cases" no fue adoptado en Colombia para dar un nombre determinado o clasificar los casos que pueden llegar a ser un tanto controversiales, esto no significa que no existan los "casos difíciles", significa que aunque en Colombia existen casos que pueden generar dualidad y polémica como lo es la decisión que debe tomar un operador judicial en cuanto a qué derecho debe prevalecer entre dos derechos fundamentales que se encuentran en tela de juicio, este tipo de casos no tienen un nombre en específico, es decir que sólo son casos constitucionales por resolver, de modo que en Colombia no ocurre algo tan diferente a lo que expone Larroucau en su artículo titulado la dualidad cautelar y sumaria de la protección de derechos fundamentales, en el cual se hace una fuerte crítica al sistema chileno y la protección de derechos, es por ello que se trae a colación la siguiente cita, "Desde un punto de vista procesal esta inconsistencia vuelve más aguda una tensión que afecta a todo sistema jurídico que contemple una

protección judicial de los derechos fundamentales” (Larroucau , 2020).

Así mismo, es importante recordar cómo funciona la pirámide propuesta por Kelsen, la cual para el caso colombiano cuenta con 10 niveles según se muestra en la **figura 1**, esta imagen se trae a colación con el objetivo de evidenciar que derecho debe primar sobre el otro en el momento en que el operador judicial debe decidir; no obstante, podría decirse que todo se torna gris, cuando los dos derechos en materia de discusión y elección se encuentran en un mismo nivel, puesto que esto infiere que los ya mencionados derechos tienen el mismo grado de importancia.

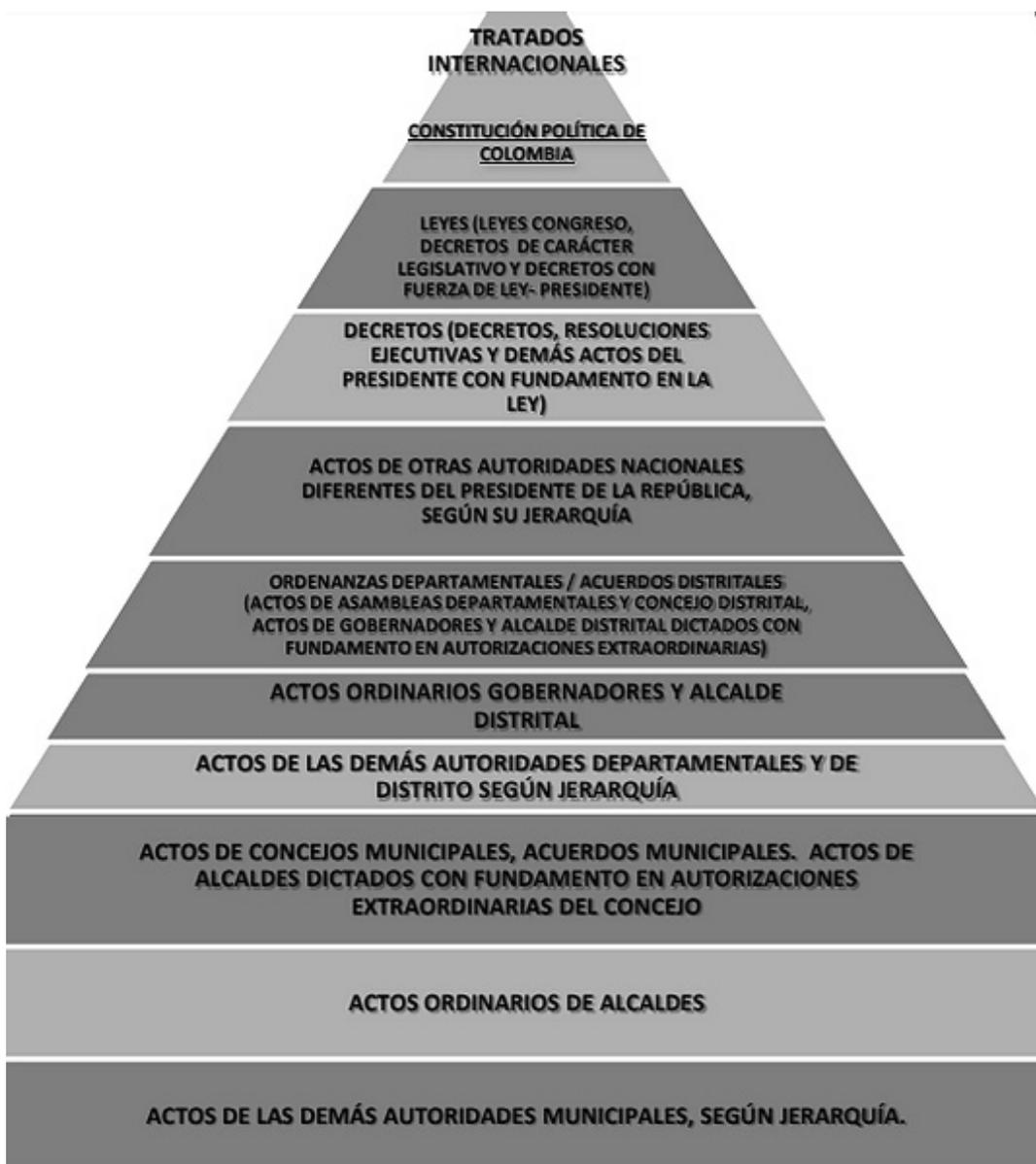


Figura 1
Pirámide de Kelsen - Generación Contable

En relación a la **figura 1**, se puede señalar que debido a que la constitución se encuentra ubicada en el primer nivel o en la cúspide de la pirámide Kelseniana esta prevalece sobre los demás niveles, lo que permite inferir que los derechos fundamentales al estar consagrados dentro de la misma, primarán sobre los derechos otorgados en otros niveles, así mismo, de ninguna manera los textos consignados en escalas inferiores, podrán ir en contra de la constitución, es decir que estas escalas tampoco podrán vulnerar los derechos fundamentales, como información adicional, se puede resaltar que los ya mencionados textos deberán ser expedidos en favor de la constitución política de Colombia y de lo que allí se consagra, en virtud de los planteamientos anteriores, se menciona a Estrada (2007, p. 152) quien conceptualiza a la "constitución como norma de normas que representa el carácter jurídico de la misma en virtud del principio de primacía constitucional".

En este orden de ideas, la ponderación suele ser una praxis bastante común a la hora de dar solución a los denominados Hard Cases, es por ello que a continuación se planteará un "caso difícil", el cual será empleado para poder explicar y comprender de manera más clara cómo opera la ponderación de derechos fundamentales.

Martina es una joven de 21 años, quien desde temprana edad profesa como religión el protestantismo, es por ello que desde sus 4 años de edad, asiste a la iglesia "Cristo Reina en tu Corazón", con el transcurrir de los años Martina descubrió su orientación sexual, convirtiéndose así en miembro de la comunidad LGBTQ, debido al miedo que tenía de confesar su orientación sexual, decidió esperar hasta sus 21 años para hacerlo público en la iglesia a la que asiste desde que era tan solo una niña, pero el pastor de la ya mencionada iglesia, el señor Andrés, una vez se entera de lo sucedido, le prohíbe el ingreso a la joven, con la excusa de que los "homosexuales" son la presencia de Satanás en la tierra y es por eso que "son el pecado hecho persona", además de ello el señor Andrés, le indicó a Martina que para regresar a su iglesia, ella debería someterse a una serie de retiros en los que erradicarían sus malas conductas y también eliminarían de su cuerpo y ser, el pecado que con llevaba ser "homosexual". Con el objetivo de proteger sus derechos, Martina interpuso una demanda contra el señor Andrés Narváez, quien fuera el pastor de la iglesia a la que ella solía asistir, dicha demanda fue interpuesta en virtud de los artículos 13 y 23 de la constitución política de Colombia y con el fin de proteger los derechos que la constitución le otorga en los artículos 16, 18 y 19.

Previo al desarrollo del caso, es pertinente traer a colación la opinión o concepción que tienen otras religiones (la religión judeocristiana)

en cuanto a la comunidad LGTBQ se refiere, para Chacón y Villamil (2004, p. 4) “Dentro de la Iglesia se plantea que la homosexualidad es una “desviación” y que la sexualidad debe ser reprimida para mantener el celibato”.

Una vez realizada la mención anterior, es concerniente remontar la solución del caso, de modo que lo primero que debe identificarse son los derechos que están siendo vulnerados, los cuales según expone Martina, son el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la libertad de conciencia y el derecho a la libertad de culto, una vez identificados los presuntos derechos que están en situación de vulnerabilidad, debe tenerse en cuenta los hechos y pretensiones, lo anterior con la finalidad de brindar una solución objetiva a la situación expuesta.

Como posible solución al caso anteriormente planteado, podría establecerse que el pastor de la iglesia “Cristo Reina en tu corazón”, el señor Andrés Narváez, deberá permitirle el ingreso y participación activa en la ya mencionada iglesia a Martina, quien por su parte deberá abstenerse de realizar algún tipo de manifestación amorosa dentro del recinto, lo anterior teniendo en cuenta que la iglesia es un espacio “sagrado” y merece respeto.

Es necesario aclarar que una vez interpuesta la demanda y expuesto el caso, el operador judicial tiene la potestad para decidir qué derecho debe primar sobre el otro, pero no siempre debe ser así, pues en algunas ocasiones es posible llegar a un acuerdo o conciliación, evitando así elegir el derecho que debe prevalecer.

Así mismo, es importante mencionar que podría darse lugar a un escenario en el que el accionante, quien para este caso es la joven Martina, podría verse de alguna manera afecta en relación a la objeción de conciencia alegada por algunos operadores judiciales en cuanto a asuntos con integrantes de la comunidad LGTBQ se refiere, por su parte Mora (2007, p. 37) menciona que:

Si bien es sensato afirmar que el grueso de sus decisiones han sido notoriamente beneficiosas para resolver tantos y tan graves problemas que afectan a los colombianos, o que su trabajo ha enriquecido considerablemente –y con creces– la jurisprudencia nacional, hasta el punto que ha forjado una manera novedosa tanto de estudiar el Derecho como de practicarlo, también es obligado manifestar que algunas de sus decisiones evidencian serios problemas de “justicia” o “legitimidad”, causados principalmente –como se intenta demostrar en esta investigación– por una notable presencia ideológica y “pugna de concepciones” particulares.

3. CONSECUENCIA DE LA PRAXIS PONDERATIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA

Inicialmente, es necesario establecer lo que se entiende por praxis ponderativa, la cual para Paredes y Sotomayor (s.f, p. 402) es:

Se ha sostenido que la ponderación es una de las técnicas de interpretación y aplicación normativa de las que dispone un ordenamiento jurídico. En concreto, algunos autores sostienen que, así como la subsunción es el método de aplicación de las llamadas «reglas», la ponderación hace lo propio con los «principios».

Ahora bien, la praxis ponderativa de derechos fundamentales para Alexy (1993 apud Caizapanta, 2016, p. 43) es:

Cuando dos principios entran en colisión, tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio está permitido- uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios como sólo pueden entrar en colisión principios válidos- tiene lugar más allá de la validez, en la dimensión del peso.

Como es de suponer, Newton no se equivocó al postular en su tercera ley que toda acción tiene su reacción, aunque pudiera agregarse a esta afirmación, que la reacción será conforme a la acción, por ejemplo, si se le enseña a los niños que deben respetar las creencias y convicciones de los demás, cuando estos niños crezcan, no será necesario que una ley los obligue a ser tolerantes, de modo que Pitágoras acertó al mencionar lo siguiente, “educad a los niños y no tendréis que castigar a los hombres”. (Pitágoras, s.f, apud Al Poniente, 2014).

Con el objetivo de generar una fácil comprensión en cuanto a la praxis ponderativa en Colombia, es necesario citar la mención que ha realizado la corte constitucional colombiana respecto a la ponderación:

Tradicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha aplicado la ponderación para solucionar colisiones entre derechos y principios fundamentales. Esta metodología debe ser utilizada por el juez constitucional para resolver casos relacionados con la faceta prestacional de los derechos fundamentales, como, por ejemplo, los derechos a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad. También para estos casos, la ponderación se ofrece como un criterio metodológico racional que permite analizar la relación entre las libertades fundamentales y sus posibles limitaciones. (Sentencia T- 027 - 18).

Así mismo, es necesario mencionar que para el desarrollo de este numeral se tendrá en cuenta las consecuencias que podría llegar a ocasionar la praxis ponderativa cuando debe elegirse un derecho de carácter fundamental sobre otro, por ejemplo:

El derecho a la salud:

según lo expresa Figueroa (2013, p. 302): El derecho a la salud es un derecho constitucional, con el mismo estatus que cualquier otro derecho. No cabe duda que existen dificultades en torno a qué implica este derecho, pero todos los derechos constitucionales tienen zonas de imprecisión.

Así mismo, el ya mencionado autor, Figueroa (2013, p. 308), alega que "el derecho a la salud es un derecho social exigible de carácter prestacional o segunda generación que implica un esquema triple de obligaciones positivas y negativas para el Estado".

El derecho a la libertad de culto: Las Naciones Unidas (1948; 1966 apud Romero, 2017, p. 4) referente al derecho en mención, expuso lo siguiente:

Libertad de culto que en el mundo ha sido reconocida a través de la Declaración de Derechos Humanos, una concepción de la libertad como un principio fundamental del individuo, para el desarrollo de sus derechos esenciales basados en principios moralistas y espirituales que persiguen mandamientos de un Dios, que el Estado respeta pero que a la vez se separan por fundarse en una idea liberalista laica.

Por otra parte:

González (2014 apud Romero, 2017, p. 13) menciona que, la libertad religiosa y libertad de conciencia es el ejercicio de derechos fundamentales de gran importancia, que identifican al ser humano en sus convicciones propias y profundas que trascienden el sentido de la vida y su actuar. Sin embargo, es esencial que mediante las leyes exista un control para su creación y ejercicio del culto que profesan, protegiendo especialmente a quienes asisten a la celebración del culto y son subordinados por los rituales que realiza el líder.

Los derechos previamente mencionados serán empleados en cuanto al caso de los menores que pertenecen a la congregación Testigos de Jehová y requieren una transfusión de sangre para salvar su vida se refiere.

Pese a que indudablemente el derecho que debería primar para este caso en concreto, es el derecho a la salud al representar este derecho a la vida misma y siendo el derecho a la vida el desencadenante de los demás derechos, puede ocurrir que el derecho a la libertad de culto prevalezca, esto es en relación a que la corte constitucional ha decidido hacerse a un lado en cuanto a estos temas se refiere, pues son innumerables las acciones de tutela que se reciben en donde los accionantes que pertenecen a la congregación Testigos de Jehová y requieren de una transfusión sanguínea, manifiestan que en virtud de sus principios y fundamentos, debe primar el derecho a libertad de culto y no el derecho a la salud, para complementar los planteamientos previamente expuestos, puede examinarse la **figura 2**.

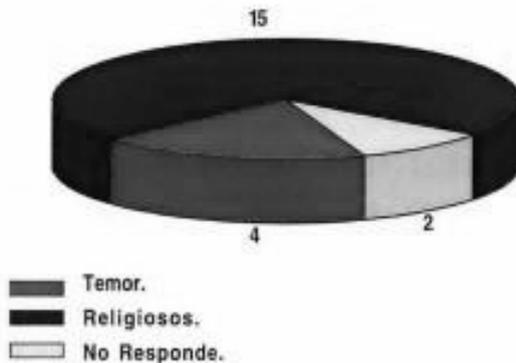


Figura 2

Motivos por los cuales un paciente no acepta una transfusión.

De la **figura 2**, es preciso recalcar que el factor más señalado dentro de la encuesta adelantada por los autores del gráfico, es que la situación que más impide que los pacientes se realicen la transfusión de sangre en caso de que estos la requieran, es la religión, de igual modo, la **figura 2** permite inferir que los pacientes que profesan religiones que reprueban esta praxis médica, al negarse conforman el índice más alto en cuanto a las causales que conllevan a que los pacientes rechacen el ya mencionado procedimiento, siendo así que el personal de salud está en la obligación de respetar la decisión del paciente aunque esto esté en contra de su ética y ejercicio profesional.

Pese a que son los niños quienes deben ser protegidos ante cualquier situación tal y como lo emana la constitución, las consecuencias en relación a la praxis ponderativa son más comunes o frecuentes cuando de menores se trata, esto es en relación a que son los padres quienes al tener la patria potestad sobre sus hijos toman este tipo de decisiones, es decir, serán ellos quienes decidirán si el menor recibirá las transfusiones de sangre o si se deben seguir los principios de la congregación a la que pertenecen.

En aras de evitar que la praxis ponderativa genere grandes consecuencias y con el fin de proteger la vida del menor sin tener que vulnerar el derecho que le otorga la constitución en su artículo 19, el cual le concede a la población colombiana la libertad de culto, el personal médico podría buscar y plantear otras alternativas que de manera indirecta eviten o reduzcan el riesgo de que al menor se le vulnere alguno de los dos derechos fundamentales que se encuentran en tela de juicio, es decir, los derechos consagrados en el artículo 19 y 49, lo anterior teniendo en cuenta lo que emana el artículo 44 de la constitución política de Colombia en donde se reitera que son los niños, personas de especial protección constitucional, siendo así que sus derechos prevalecerán por encima de los derechos de los demás.

4. PONDERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA Y SU MARCO JURÍDICO

En cuanto a la ponderación de derechos fundamentales en Colombia y su marco jurídico se refiere, se hace más que necesario destacar que la ya mencionada praxis es un ejercicio que solo puede ser llevado a cabo por un operador judicial, quien además debe desempeñar su rol dentro del ámbito constitucional.

Así mismo, es necesario mencionar que para que la praxis ponderativa se lleve a cabo, el ciudadano interesado en que la ya mencionada práctica se realice, debe ejercer el su derecho constitucional de interponer una acción de tutela consagrada en el artículo 86, de igual modo ejerciendo así el derecho que le otorga el artículo 87, en donde el ente judicial encargado de proteger sus derechos será la corte constitucional tal y como lo emana el artículo 241 de la constitución política de Colombia.

Cabe destacar que el número de acciones de tutela interpuestas por los ciudadanos ha ido incrementado con el pasar de los años tal y como se evidencia en la **figura 3**.

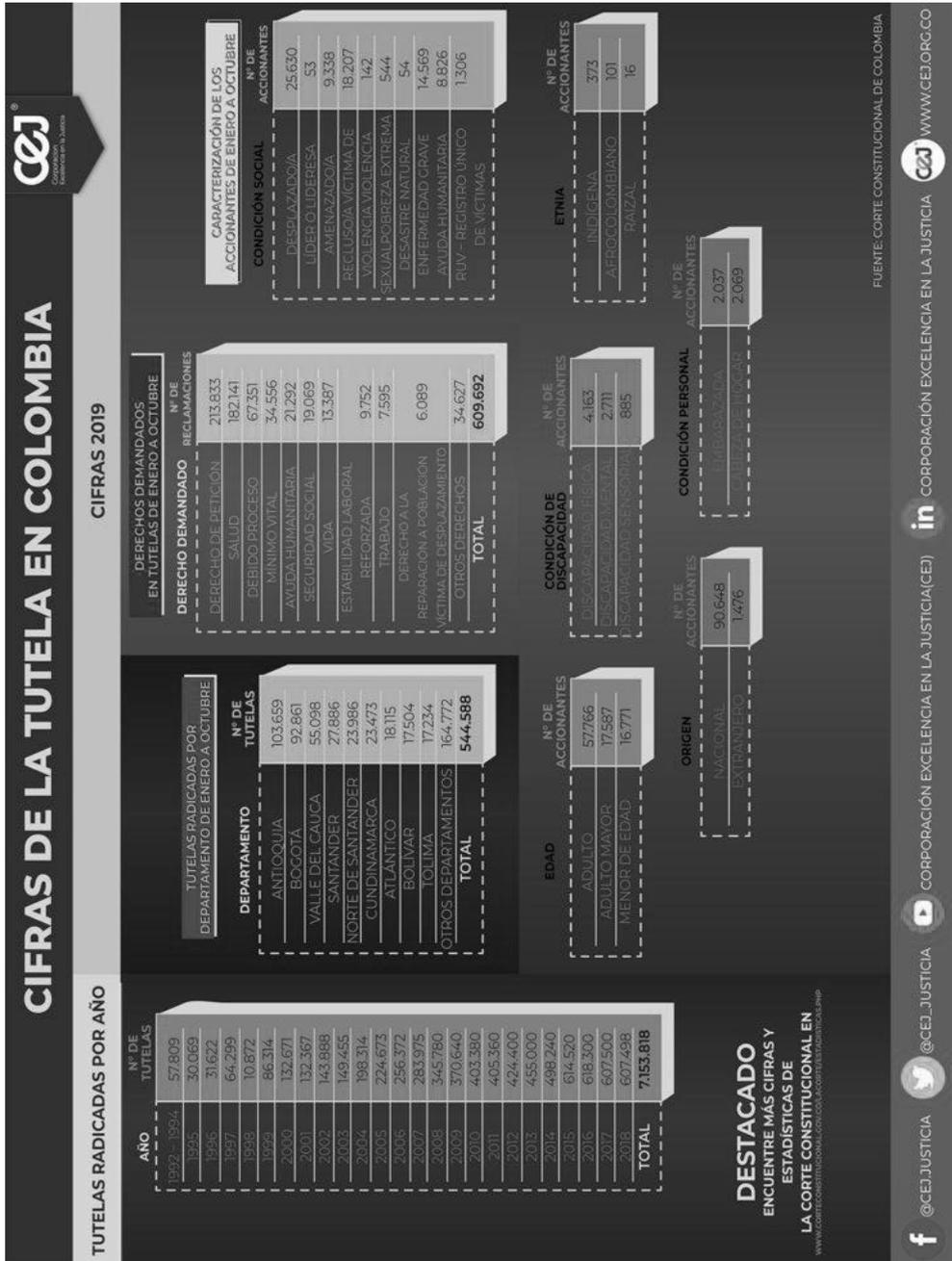


Figura 3

Cifras de la tutela en Colombia.

Tal y como se evidencia en la **figura 3**, para el año 2019 el número de tutelas radicadas descendió, no obstante, el número de derechos demandados mediante acción de tutela es evidentemente alto, además de ello, las personas "desplazadas" presentaron el índice más alto de acciones de tutela en cuanto a la variante de la condición social del accionante.

Respecto a Colombia y su legislación, es correcto afirmar que el conjunto general de normas jurídicas tiene por objeto regular el comportamiento de quienes viven en sociedad, pero también es correcto afirmar que existe un grupo de leyes que, de manera específica, están diseñadas para dirigir a un sector determinado.

En cuanto a la ponderación de derechos fundamentales y su marco jurídico se refiere, debe mencionarse que son escasas las leyes que tienen por objeto regular la ya mencionada praxis, es por ello que, para desarrollar el título propuesto, se tendrá en cuenta la T - 027 - 18, debido a que es la sentencia más reciente que ha expedido la Corte Constitucional en conexión a la ponderación de derechos.

En relación a la ya mencionada sentencia, debe señalarse que en virtud de la protección especial a personas en situación de discapacidad que refiere la constitución, la señora Luz Quintero, en calidad de accionante, solicita le sea protegido su derecho a la educación y su derecho a la igualdad, al considerar que estos derechos le están siendo vulnerados por parte del accionado, la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia en su seccional Tunja.

Una vez desarrollada la demanda, la Corte Constitucional, junto con una serie de condiciones y ordenanzas, decidió que era necesario proteger de manera parcial los derechos fundamentales que la señora Luz Quintero, señala le estaban siendo vulnerados por la UPTC, de manera concreta, el derecho a la educación y el derecho a la igualdad, por último, es importante mencionar que tal y como se evidencia en la **figura 3**, para el año 2019 más de 6.000 personas en situación de discapacidad presentaron una acción de tutela.

5. CONCLUSIONES

Sin duda alguna, la praxis ponderativa de derechos fundamentales es un tema bastante controversial, esto podría deberse a que dicha práctica no cuenta con un marco legal claro, conciso y preciso, es decir, no tiene las

bases y fundamentos necesarios para evitar que puedan presentarse consecuencias dentro del sistema judicial colombiano como efecto adverso a la ponderación, también es probable que para mitigar las consecuencias que llegara a ocasionar la ya mencionada práctica, deba ofrecerse a los operadores judiciales (encargados de elegir cuál derecho prevalecerá sobre el otro), una serie de capacitaciones con el objetivo de sensibilizar al operador y que a su vez este tenga un enfoque más consciente en cuanto a lo que significa elegir qué derecho debe primar sobre el otro aunque lo dos derechos se encuentren en un mismo nivel dentro de la pirámide de Kelsen, lo anterior bajo el argumento de que en un futuro se pueda evitar que las consecuencias ocasionadas al elegir un derecho sobre el otro, afecten o pongan en riesgo el derecho a la vida de la persona, un claro ejemplo sería cuando un menor que pertenece a la congregación Testigos de Jehová requiere una transfusión de sangre para proteger su derecho a la salud, pero su derecho al libre culto señala que realizarse la transfusión de sangre estaría condenado su alma según lo señala la "Sagrada Escritura", si los padres del menor deciden que debe primar el derecho al libre culto sobre el derecho a la salud, como consecuencia adversa a esta praxis ponderativa, se encuentra las afecciones de salud que ocasiona el no realizarle las transfusiones al menor, lo cual a su vez desestabiliza al sistema judicial colombiano, puesto que de alguna manera se estarían vulnerando los derechos fundamentales que otorga la constitución.

REFERÊNCIAS

Al poniente. **Educad a los niños y no tendréis que castigar a los hombres**. 16 de marzo de 2014. Disponível em: <https://alponiente.com/educad-a-los-ninos-y-no-tendreis-que-castigar-a-los-hombres/> Acesso em: 11 ago. 2021.

BERNAL PULIDO, Carlos. **Estructura y límites de la ponderación**. 2003. Disponível em: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26_12.pdf Acesso em: 30 de jun. 2021.

BOROWSKI, Martin. **La ponderación en la estructura jerárquica del derecho**. En *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales: Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2016. p. 71-100. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5600103.pdf>. Acesso em: 23 set. 2021.

CAIZAPANTA BENAVIDES, Verónica Andrea. **Análisis ponderativo entre el Derecho a la Vida y la libertad reproductiva de la mujer.** 2016. Tesis de Licenciatura. Quito: UCE. Disponível em: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/6563/1/T-UCE-0013-Ab-258.pdf> Acesso em: 13 ago. 2021.

Corporación excelencia en la justicia. 2019 [Cuadro]. Cifras de la tutela en Colombia; Colombia. <https://cej.org.co/infografias/cifras-de-la-tutela-en-colombia/>. Recuperado el 23 de julio de 2021.

COLOMBIA [Constitución (1991)]. Artículo 4 [Título I]. 43 Ed. Legis.

COLOMBIA [Constitución (1991)]. Artículo 13 [Título II]. 43 Ed. Legis.

COLOMBIA [Constitución (1991)]. Artículo 16 [Título II]. 43 Ed. Legis.

COLOMBIA [Constitución (1991)]. Artículo 18 [Título II]. 43 Ed. Legis.

COLOMBIA [Constitución (1991)]. Artículo 19 [Título II]. 43 Ed. Legis.

COLOMBIA [Constitución (1991)]. Artículo 23 [Título II]. 43 Ed. Legis.

COLOMBIA [Constitución (1991)]. Artículo 44 [Título II]. 43 Ed. Legis.

COLOMBIA [Constitución (1991)]. Artículo 49 [Título II]. 43 Ed. Legis.

COLOMBIA [Constitución (1991)]. Artículo 67 [Título II]. 43 Ed. Legis.

COLOMBIA [Constitución (1991)]. Artículo 69 [Título II]. 43 Ed. Legis.

COLOMBIA [Constitución (1991)]. Artículo 85 [Título II]. 43 Ed. Legis.

COLOMBIA [Constitución (1991)]. Artículo 86 [Título II]. 43 Ed. Legis.

COLOMBIA [Constitución (1991)]. Artículo 87 [Título II]. 43 Ed. Legis.

COLOMBIA [Constitución (1991)]. Artículo 241 [Título VIII]. 43 Ed. Legis.

VÉLEZ, Sergio Estrada. Algunas falacias del principio de primacía constitucional. Referencia necesaria a tres momentos constitucionales para la comprensión del valor normativo de la Constitución. **Revista de Derecho**, 2007, no 28, p. 148-172. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/851/85102807.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo. El derecho a la salud. **Estudios constitucionales**, 2013, vol. 11, no 2, p. 283-332. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v11n2/art08.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2021.

GALINDO SOZA, Mario. La pirámide de Kelsen o jerarquía normativa en la nueva CPE y el nuevo derecho autonómico. **Revista jurídica derecho**, 2018, vol. 7, no 9, p. 126-148. Disponível em: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102018000200008. Acesso em: 13 de agosto de 2021.

JUÁREZ, Lucero Chacón; VILLAMIL, Raúl Rene. Homosexualidad y pederastia en la institución religiosa. **El cotidiano**, 2004, vol. 20, no 126, p. 0. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/325/32512618.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2021.

LARROUCAU-TORRES, Jorge. La dualidad cautelar y sumaria de la protección de derechos fundamentales. **Revista chilena de derecho**, 2020, vol. 47, no 2, p. 479-511. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372020000200479>. Acesso em: 11 ago. 2021.

VELASCO CANO, Nicole, et al. Derechos fundamentales: un debate desde la argumentación jurídica, el garantismo y el comunitarismo. **Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política**; Vol. 10, no. 2 (jul.-dic. 2016); p. 35-55, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.2.2>. Acesso em: 25 jun. 2021.

LÓPEZ OLIVA, José O., et al. La constitución de Weimar y los derechos sociales. La influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los derechos sociales asistenciales a la seguridad social en salud. **Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política**; Vol. 4, no. 1 (ene. - jun. 2010); p. 167-180, 2010. Disponível em: https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/705/721. Acesso em: 14 jul. 2021.

MORA RESTREPO, Gabriel, et al. **Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces: Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales desde los modelos de razonamiento práctico**. 2007. Tesis Doctoral.

Universidad Austral. Facultad de Derecho. Disponível em: <https://rii.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/654/Mora%20Restrepo.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 ago. 2021.

Revista fundación universitaria de ciencias de la salud. 2000 [Gráfico]. **Motivos por los cuales un paciente no acepta una transfusión**; Colombia.. Disponível em: <https://doi.org/10.31260/RepertMedCir.v9.n2.2000.233>. Acesso em: 21 jul. 2021

NIÑO, V. **Metodología de la Investigación: diseño y ejecución** [Internet]. Bogotá: Ediciones de la U; 2011. Disponível em: <https://fliphtml5.com/blnrt/qzrh/basic>. Acesso em: 24 jun. 2021.

ROMERO JARA, Raquel Bibiana, et al. **Análisis normativo de la libertad de cultos en Colombia**. 2017. Disponível em: <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14830/1/ANALISIS%20NORMATIVO%20DE%20LA%20LIBERTAD%20DE%20CULTOS%20EN%20COLOMBIA.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2021.

M.P. BERNAL PULIDO, Carlos; FAJARDO RIVERA, Diana; GUERRERO PÉREZ, Luis Guillermo. **Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia**, Sentencia T – 027 - 18, De 12 de febrero de 2018. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-027-18.htm>. Acesso em: 13 jul. 2021.

TRELLES, José Enrique Sotomayor; PAREDES, Noemí Ancí. **Hacia un modelo ponderativo-especificacionista de ponderación entre principios**. *Anuario De Investigación Del CicaJ*, p. 401. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/59834011/Sotomayor_-_Anuario_CICAJ_201620190622-47389-1mxlguc.pdf?1561238281=&response-contentdisposition=inline%3B+filename%3DHacia_un_modelo_ponderativo_especificaci.pdf&Expires=1632492737&Signature=Ht130QE-hKKeTuXUYDaHibMSVH8dNu9710BvYmPXuPXIXI5Zpla5O-JYym0yLDHRxr-BW~-2b9HfkxnLgqaF913xRFWDgXopJhiuHsxjgPyBIEy-kvsRZwGLc1v3F0HWG2EOmjyPpepBoKdsMfQoa1KD1G8mF8gPNVRw2R-K7oGkWR7afgK1hUXIPQxBkUtzpaBUgODAKNLxOdFSAkSTylI13kMHO-qs8r0~PGaz2oI7ek9RdEMkv0tCmLT8kqsxzSLPmNYUtXu0ufKJIs-VM~gs-Vt6leRYt-wYlX7pn16qslqyaRZaaBglRiAqrZPFz5pLqJOCeqa4I-uPV2Zw-FPw__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 13 ago. 2021.

Generación Contable. s.f [Gráfico]. **Pirámide de Kelsen**; Colombia. Disponível em: <https://contaduriapublicac36.wixsite.com/website/piramide-de-kelsen>. Acesso em: 18 jul. 2021.

TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS: UMA APLICAÇÃO AO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

HELENA SOARES SOUZA MARQUES DIAS¹

1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com o advento do Código Civil atual, a doutrina passou a tratar da chamada constitucionalização do direito civil ou repersonalização das relações privadas, aplicando-se tais conceitos, obviamente, às relações familiares. Por essa ótica, determina-se que todos os institutos jurídicos devem ser aplicados desde uma perspectiva constitucional, ou seja, valorizando-se a pessoa humana como cerne do ordenamento jurídico em detrimento da até então existente patrimonialização das relações.

A partir dessa perspectiva e levando-se em consideração a necessidade de promoção e concretização de direitos fundamentais, surge a necessidade de se interpretar as normas jurídicas de acordo com os princípios constitucionais. No caso específico das regras de Direito de Família e das Sucessões esta necessidade se torna ainda mais evidente, tendo em vista o caráter sensível das relações familiares, bem como a

1 Mestranda em Direito pela FMP/RS, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Especialista em Direito de Família e Sucessões e em Direito Agrário e do Agronegócio pela FMP/RS. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UCPel. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa sobre Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, e do Grupo de Pesquisa Colisão de direitos fundamentais e o Direito como argumentação, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP/RS. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2320007493748377>. E-mail: helena@burillemarquesdias.com.br.

existência, em tais relações, de pessoas vulneráveis que precisam ter sua dignidade protegida.

No entanto, em certas situações, é possível a existência de colisão entre uma regra jurídica que confere determinado direito a alguém e direitos fundamentais de outras pessoas como, por exemplo, o possível conflito envolvendo o direito real de habitação. Surge então a problemática desta pesquisa: a norma-regra do direito sucessório brasileiro que, visando tutelar o direito fundamental à moradia, estabelece o direito real de habitação em favor do cônjuge/companheiro, poderia ser afastada, casuisticamente, aplicando-se a teoria da derrotabilidade, quando sua efetivação provocar o sacrifício de valores fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a proteção de vulneráveis (crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência) economicamente dependentes do falecido?

Diante do panorama de colisão entre princípios e direitos constitucionais, bem como o confronto de regras existentes no ordenamento jurídico, o presente estudo se mostra relevante em razão da importância da discussão sobre a aplicação casuística – nos chamados casos extremos ou casos trágicos – da teoria da derrotabilidade das regras jurídicas em relação à regra do direito real de habitação que, episodicamente e em situações extraordinárias, poderia ser afastado com a finalidade de promover a justiça social e assegurar a efetivação de direitos fundamentais de sucessores vulneráveis.

Dessa forma, discorre-se sobre a conceituação do direito real de habitação na sucessão hereditária, identificando sua função no direito sucessório brasileiro como instrumento de proteção de direitos fundamentais do cônjuge/companheiro supérstite. Na sequência, aponta-se a possível existência de colisão entre direitos fundamentais do titular do direito real de habitação e dos sucessores do falecido em situação de vulnerabilidade.

Adiante, expõe-se a conceituação de norma jurídica, distinguindo-se sua bipartição em norma-princípio e norma-regra, enfatizando-se a inexistência de hierarquia entre ambos. Adiante, apresenta-se a técnica da ponderação de interesses diante da existência de conflitos entre diferentes princípios e a necessidade de aplicação da norma-regra compatível com o sistema jurídico.

Posteriormente, estuda-se a teoria da derrotabilidade das normas jurídicas, demonstrando-se a possibilidade de sua aplicação nos chamados casos extremos ou casos trágicos. Ainda, verifica-se a possibilidade de aplicação da teoria da derrotabilidade da regra do direito real de habitação, casuisticamente, quando sua efetivação provocar o sacrifício de valores fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a proteção de sucessores vulneráveis (crianças, adolescentes, idosos e pessoas com de-

ficiência) dependentes economicamente do falecido. Por fim, aponta-se a necessidade de um estudo aprofundado da temática e a importância de se estabelecer critérios objetivos para a aplicação da teoria em comento ao direito real de habitação, objetivando-se, dessa forma, a racionalização e a justificação das decisões judiciais no caso concreto.

Com a finalidade de promover a presente pesquisa, adotou-se a metodologia hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica.

2. O DIREITO REAL DE HABITAÇÃO NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA

Não há dúvida de que as relações privadas em geral baseiam-se, essencialmente, em questões de cunho patrimonial, sendo os principais institutos de direito civil a propriedade e os contratos. Como refere Lôbo (2004), até mesmo o Direito de Família, o mais pessoalizado dos direitos civis, é, historicamente, marcado de forma predominante pelo conteúdo patrimonializante, tendo como exemplo os impedimentos matrimoniais fundados no patrimônio e a desigualdade entre os filhos prevista pelo Código Civil de 1916.²

Todavia, nas últimas décadas, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Direito Civil tem sido repensado e sobre ele lançado um novo olhar, totalmente distinto daquele que perdurou durante boa parte dos últimos séculos. Hodiernamente, fala-se na chamada *constitucionalização do Direito Civil*, fenômeno doutrinário que trata, de acordo com Farias, Rosenvald e Braga Netto (2018, p. 114), de “postura metodológica e interpretativa que busca ler *todas as relações civis* sob o ângulo dos valores, princípios e regras da Constituição”.

Essa nova visão do direito privado, estabelecida a partir da Constituição de 1988 do Código Civil de 2002, foi criada, no dizer de Rodrigo da Cunha Pereira (2008, p. 154), “a partir de uma despatrimonialização e de ênfase na pessoa humana, isto é, na compreensão da dignidade como cerne do sujeito e, conseqüentemente, das relações jurídicas”, especialmente as relações familiares.³

2 Segundo o autor, “a codificação civil liberal tinha, como valor necessário da realização da pessoa, a propriedade, em torno da qual gravitavam os demais interesses privados, juridicamente tutelados. O patrimônio, o domínio incontrastável sobre os bens, inclusive em face do arbítrio dos mandatários do poder político, realizava a pessoa humana” (LÔBO, 2004).

3 Carmen Lúcia Silveira Ramos (1988), citada por Ricardo Alves de Lima (2021, p.

Diante da perspectiva do Direito Civil Constitucional, refere Lôbo (2004, n. p.) que

a patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III). A repersonalização reencontra trajetória de longa história na emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.

Nessa toada, sendo a moradia um direito existencial garantido constitucionalmente⁴ e concretizado por meio de situação patrimonial, o Código Civil de 2002, no artigo 1.831, reconhece expressamente o direito real de habitação em favor do cônjuge supérstite,⁵ sendo tal benefício estendido também ao companheiro por força do parágrafo único do artigo 7º da Lei n.º 9.278/1996.⁶

No entanto, antes de adentrar ao estudo aprofundado do direito real de habitação no direito sucessório brasileiro, importante se faz tecer algumas considerações sobre a sua estrutura no direito civil brasileiro.

De acordo com Pablo Malheiros da Cunha Frota (2017), o direito real de habitação se trata de um instituto de Direito das Coisas, na categoria direitos reais sobre coisas alheias, que pode ser considerado uma ra-

82) alude que “essa despatrimonialização do direito civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valorização qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana (e meio ambiente) e distribuir as riquezas com maior justiça”.

4 Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

5 Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar (BRASIL, 2002).

6 Art. 7º. Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família. (BRASIL, 1996).

mificação mais restrita do direito real de usufruto. Está previsto no artigo 1.414 do Código Civil e, conceitualmente, consiste no direito de habitar gratuitamente imóvel alheio, utilizando esse imóvel como residência sua e de sua família.⁷

Esse direito real, no ordenamento jurídico brasileiro, conforme ensina José Tadeu Neves Xavier (2014), é subdividido em duas espécies: o direito real de habitação convencional ou voluntário, previsto no artigo 1.414 do Código Civil, estabelecido por um ato de liberalidade do instituidor, proprietário do imóvel, em favor do beneficiário, que é o habitador, e o direito real de habitação legal, instituído por lei, especificamente relacionado à sucessão hereditária. Em virtude da existência do último é que o instituto jurídico em comento apresenta maior significação em nosso direito, pois a instituição de direito real dessa natureza fora dos casos de direito sucessório é uma hipótese remota, dificilmente verificada na prática, na medida em que geralmente se opta pela instituição do usufruto.

Diante desse panorama inicial, pergunta-se: o que é, afinal, o direito de habitação legal? Trata-se de direito real sobre coisa alheia que garante ao cônjuge e ao companheiro sobreviventes a possibilidade de permanecer residindo no imóvel, de natureza residencial, que servia de lar conjugal, independentemente da existência de meação ou herança, sendo, portanto, regra eminentemente sucessória estabelecida em favor do cônjuge sobrevivente, no caso de morte do seu consorte (BRASIL, 2002).⁸

7 Art. 1.414. Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família. (BRASIL, 2002).

8 Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2019, p. 201-502) apresenta questionamento realizado por Pontes de Miranda sobre a existência ou não, no direito brasileiro, de legado *ex lege*: “Temos algum caso de legado legal, isto é, sucessão singular de alguma coisa ou valor em virtude de lei? No Código Civil alemão, evidentemente há: no § 1.932, além do que herda o cônjuge sobrevivente, que concorre com parentes da segunda ordem ou com avós, recebe os objetos que fazem parte do lar, ou são pertencas de um imóvel, e os presentes de núpcias, e a esse *Voraus* aplicam-se as regras jurídicas relativas aos legados; no § 1.969, o herdeiro é obrigado a, durante trinta dias a contar da abertura da sucessão, dar sustento, como fazia o falecido, aos membros da família que por ocasião da morte, faziam parte do lar, e a lhes facultar o uso da residência e os objetos da habitação, - permitido ao testador dispor diversamente: aplicam-se as regras jurídicas sobre legados. São os únicos casos de legado legal, excelentemente inspirados. Segue Carvalho: A tal indagação, responde o mestre que não, ao concluir que a hipótese contida no art. 1.569, inciso III, do Código Civil/1916, hoje o art. 965, inciso III, do Código Civil/2002: “Goza de privilégio geral,

Da análise do artigo 1.831 da codificação civil, portanto, verifica-se que, ao contrário do Código Civil de 1916, em que o cônjuge somente fazia jus ao direito real de habitação caso o casamento fosse regido pelo regime da comunhão universal de bens⁹, pela regra atual o cônjuge sobrevivente – estendendo-se sempre o direito também ao companheiro – faz jus ao direito real de habitação qualquer que seja o regime de bens no casamento. Isso significa que ainda que o cônjuge/companheiro não seja nem herdeiro nem meeiro e, portanto, não tenha qualquer direito sobre o imóvel residencial do acervo hereditário do falecido, ou, ainda que seja herdeiro e receba, porventura, outros bens, terá assegurado, em seu benefício, o direito de permanecer residindo até o fim de sua vida no imóvel que era destinado à residência da família. (CARVALHO, 2019).

Conrado Paulino da Rosa e Marco Antônio Rodrigues (2020, p. 177), por seu turno, afirmam que o instituto em comento, visto de uma perspectiva constitucional, visa impedir que “o viúvo(a) – mormente aquele de idade mais avançada – seja alijado do único imóvel integrante do monte partível, em que residiu toda uma vida com o falecido.

No mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2019) afirmam que a regra do direito real de habitação, válida e compatível com o sistema jurídico e com seus princípios norteadores, é claramente protecionista, na medida em que sua finalidade visa garantir qualidade de vida e conforto ao viúvo(a) em sua moradia, bem como impedir que a morte de um dos componentes da união afetiva provoque o afastamento do outro do lar do casal. Ocorre que, segundo os autores,

na ordem seguinte, sobre os bens do devedor: III – o crédito por despesas com o luto do cônjuge sobrevivente e dos filhos do devedor falecido, se foram moderadas” [...]. Carvalho, apresenta, na sequência, seu entendimento: “Para nós, todavia, não é despiciendo, na atualidade, repetir a mesma dúvida, e indagar acerca da possibilidade da ocorrência de legado *ex lege* no direito brasileiro. Sob o ponto de vista do contido na legislação ora sob análise, mormente quando essa individualiza, singulariza aparta do monte hereditário, imóvel específico de que o *de cujus* em vida era titular, determinando sua entrega ao cônjuge sobrevivente, como objeto do direito real de habitação a favor desse (ou então, ao companheiro sobrevivente), pensamos em poder enquadrar tal benefício como legado *ex lege*.”

9 Art. 1.611, § 2º. Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação referente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. (BRASIL, 1916).

diferentemente do que previa o Código Civil de 1916, o direito real de habitação é vitalício e não se submete a quaisquer condições, possibilitando que seu titular permaneça residindo no imóvel que servia de lar conjugal até o fim de sua vida, mesmo que constitua nova união afetiva.

Assim, questão importante diz respeito às limitações para o exercício do direito real de habitação. Também de forma diversa do Código Civil de 1916, que previa que o direito do cônjuge sobrevivente vigorava enquanto ele permanecesse viúvo ou não constituísse nova união, fosse novo casamento ou nova união estável, na medida em que o direito decorria do afeto existente entre o falecido e o sobrevivente, o Código Civil suprimiu tal limitação. Atualmente, o direito real de habitação é considerado vitalício e sem restrições, ou seja, mesmo que o habitador venha a contrair novas núpcias ou constituir nova união estável, ele continuará tendo o direito de permanecer residindo gratuitamente no imóvel em que residia com seu ex-parceiro afetivo, ainda que não tenha nenhum direito meatório ou sucessório sobre o imóvel.

Ademais, o viúvo ou viúva que contraia novas núpcias ou constitua nova união estável, além de ter garantido o seu direito de habitação, poderá, inclusive, levar seu novo parceiro afetivo para residir no imóvel que pertencia ao falecido e que hoje pertence aos herdeiros necessários deste, como filhos, netos, pais, ou até mesmo outros familiares herdeiros legítimos, ou então a herdeiros testamentários do imóvel, permanecendo os proprietários sem poder dispor ou utilizar o bem para sua própria moradia, por exemplo. Inclusive, tais sujeitos podem estar em situação de carência econômica, uma vez que precisam aguardar o falecimento do cônjuge sobrevivente para que possam exercer seus direitos sobre o imóvel, tendo em vista a vitaliciedade do direito real de habitação (CARVALHO, 2019).

E mais: por ser um direito que se efetiva com a morte do titular da herança e por ter natureza de direito real, o direito real de habitação é oponível *erga omnes*, ou seja, a todos, inclusive aos proprietários do imóvel, que são os sucessores, e que somente poderão residir no imóvel caso o habitador autorize. Isso porque “os sucessores plenos do hereditando, em especial seus herdeiros necessários, terão, durante correspondente exercício por parte do habitador, (possuidor direto), tão só a nua-propriedade, ou seja, a raiz do bem, assim como a sua posse indireta” (CARVALHO, 2019, p. 508). E, ainda, diante de tal hipótese, os sucessores que habitem no imóvel poderão ser “es-corraçados” da residência, pois quem tem a posse direta do imóvel é o viúvo e esses estarão ali residindo apenas na qualidade de permissionários.¹⁰

10 RECURSO ESPECIAL. Direito real de habitação. Ação possessória. Artigos 718, 748, 1.611, § 2º, e 1.572 do Código Civil de 1916. 1. O titular do direito real de habi-

Farias e Rosenvald (2019, p. 353) asseveram ainda que

a solução não nos parece razoável. Com efeito, permitir que o cônjuge se mantenha residindo no imóvel, que *não lhe pertence*, mesmo que constitua uma nova família, implica em alteração da natureza protecionista do instituto, transmutando em abuso do direito real sobre coisa alheia e verdadeira vingança contra os descendentes do falecido (os legítimos proprietários do imóvel, que sofrem a restrição imposta pelo direito de habitação) (FARIAS e ROSENVALD, 2019, p. 353).¹¹

Sendo assim, a depender dos contornos fáticos, são plenamente possíveis situações em que se verifique a existência de conflitos de interesses e de direitos do cônjuge/companheiro que tenha em seu favor o direito real de habitação e dos sucessores do falecido, especialmente aqueles em situação de vulnerabilidade, como crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, que dependiam economicamente do falecido e que, com sua morte, veem-se, repentinamente, desamparados. Surge, então, a problemática do presente trabalho de pesquisa, questionando-se se seria possível a aplicação da teoria da derrotabilidade das regras jurídicas, a depender do caso concreto, diante da existência de tais conflitos.

3. NORMAS JURÍDICAS: REGRAS E PRINCÍPIOS

Os direitos fundamentais dos vulneráveis suprarreferidos, por sua vez, são concretizados por meio de normas jurídicas, consideradas a forma pelo qual o Direito se expressa, esculpindo, no dizer de Luís Roberto Barroso (2019, p. 194), “prescrições, mandamentos, determinações

tação tem legitimidade ativa para utilizar a defesa possessória, pouco relevando que dirigida contra quem é compossuidor por força do art. 1.572 do Código Civil de 1916. Fosse diferente, seria inútil a garantia assegurada ao cônjuge sobrevivente de exercer o direito real de habitação. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 616027/SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 14.06.2004, DJ 20.09.2004).

- 11 A regra, para os autores, “pretende impedir uma quebra de razoabilidade em casos corriqueiros de famílias reconstituídas. Assim, obsta-se, *exempli gratia*, que os filhos do falecido cônjuge ou companheiro (quando não forem descendentes da viúva), venham a retirá-la do imóvel em que residia, em um momento tão doloroso, causando uma situação de verdadeira penúria afetiva e material (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 353).

que, idealmente, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social”. Dentre suas principais características, de acordo com o constitucionalista, estão a *imperatividade*, que se traduz na obrigatoriedade do cumprimento da norma, e a *garantia*, que diz respeito à existência de instrumentos hábeis a “assegurar o cumprimento da norma ou a impor consequências em razão do seu descumprimento”.

No que tange à classificação, ensina Anizio Pires Gavião Filho (2011, p. 29), que “o modelo de sistema jurídico do Estado de Direito constitucional democrático não pode ser outro senão um modelo de regras e princípios”. Para Ronald Dworkin (2002), princípios e regras são semelhantes, tendo em vista que ambos determinam o cumprimento de obrigações jurídicas. No entanto, diferenciam-se qualitativamente na medida em que apresentam modalidades distintas de diretivas.

Barroso (2019) esclarece, no entanto, que, em que pese o reconhecimento normativo dos princípios e a sua indiscutível relevância, principalmente a partir do final da década de 80, com os estudos de Dworkin, não há que se falar em hierarquia entre as normas jurídicas. Isso porque, conforme leciona Cristiano Chaves de Farias (2013, p. 116), “o ordenamento jurídico brasileiro partindo da *Lex Fundamentallis*, adotou um modelo normativo dicotômico, lastreado em princípios e regras, cada uma cumprindo função própria e vocacionada para um determinado objetivo”.

A semelhança entre regras e princípios, para Ronald Dworkin (2002), é que ambos apresentam padrões decisórios para casos específicos, no entanto diferem em relação à natureza da orientação que oferecem. Significa dizer que as espécies normativas desempenham papéis distintos no ordenamento: de um lado, as regras têm como principal função a garantia da segurança jurídica, enquanto que os princípios, no dizer de Barroso (2019, p. 210), “dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos”.

Em relação à bipartição entre regras e princípios, portanto, didaticamente leciona Thomas da Rosa de Bustamante (2010b, p. 605) que

Entre outras razões, essa classificação é metodologicamente relevante porque implica uma diferença quanto ao *modo de aplicação* das duas classes de normas. Enquanto os princípios devem ser otimizados segundo a máxima da proporcionalidade para que sejam determinadas as possibilidades fáticas e jurídicas em que eles devem ser aplicados, de sorte que a operação básica de sua aplicação é a *ponderação*, as regras contêm mandados definitivos e a operação básica para sua aplicação é a *subsunção*.

Dessa forma, importante se faz a distinção entre ambas, pois, conforme ensinam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2018, p. 74), “um caso de colisão de regras é diferente, na sua estrutura, de uma hipótese de colisão de princípios”.

Os princípios, conforme os ensinamentos de Robert Alexy (2015, p. 90), tratam-se de mandamentos de otimização, que “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. Ainda, no dizer de Barroso (2019, p. 205), “os princípios – notadamente os princípios constitucionais – são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico”. Significa dizer, dessa forma, que os princípios são a base valorativa do sistema jurídico.

Por possuírem conteúdo aberto e alto grau de abstração, são frequentes as situações de colisão entre princípios distintos quando da aplicação de normas conflitantes no caso concreto. Daniel Sarmento (2006, p. 97) ensina que a solução, em tais casos, encontra-se na técnica da ponderação de interesses, ou técnica de balanceamento, na qual os valores são sopesados, colocados em uma balança imaginária, para que a dignidade da pessoa humana indique qual norma deverá prevalecer.

Por outro lado, as regras podem ser compreendidas, conforme Bustamante (2010a, p. 174), como “o resultado de uma ponderação de princípios”.¹² No dizer de Alexy (2014, p. 91), são mandados de definição, ou seja, descrevem condutas e possuem conteúdo objetivo, determinado e específico, prescrevendo um comando imperativo. Para o autor, tratam-se de “normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos” (ALEXY, 2014, p. 91).

É a sistemática do “tudo ou nada” (*na all or nothing*), preconizada por Dworkin (2002, p. 39), segundo o qual “se os fatos que a regra estipular ocorrerem, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que não contribuirá em nada para a decisão” no caso concreto. Ou seja, a regra válida deverá ser aplicada, ainda que não se mostre adequada socialmente.

12 De acordo com o autor, “quando o legislador estabelece uma regra, esta pode ser apresentada como o resultado de uma escolha (obviamente dentro de uma margem de discricionariedade deixada pela Constituição) acerca da precedência de determinado princípio constitucional na situação que constitui a hipótese de incidência dessa regra” (BUSTAMANTE, 2011, p. 156).

Diante da existência de contradição entre normas-regras válidas simultaneamente, tem-se que os conflitos podem ser dirimidos por meio da introdução das chamadas cláusulas de exceção, constituídas, por um procedimento de valoração de argumentos e contra-argumentos no qual, segundo Humberto Ávila (2004, p. 17), “em função da existência de uma razão contrária que supera axiologicamente a razão que fundamenta a própria regra, decide-se criar a exceção”. Não sendo possível a inserção de uma cláusula de exceção, a determinação da (in)validade de uma regra é realizada por padrões que estão além delas, levando-se em consideração a aplicação de critérios como o hierárquico ou o cronológico, exceto nas hipóteses de conflito entre regras gerais e específicas, devendo, neste caso, aplicar-se o critério da especialidade (DWORKIN, 2002).

Não havendo a possibilidade de o conflito ser resolvido mediante as técnicas tradicionais de hermenêutica jurídica, propõe Ana Paula de Barcellos (2005) que seja feita uma ponderação de valores, tendo em vista a necessidade de se analisar quais os fins, os valores e as razões que deram ensejo à elaboração de cada uma das regras em confronto. Isto porque, de acordo com Marcelo Novelino (2018, p. 148), “a rigor, em conflitos envolvendo esta espécie normativa, o que se pondera não são as regras em si, mas os princípios nos quais se fundamentam”.

Dúvida maior diz respeito às hipóteses em que o conflito se dá entre regras e princípios, tendo em vista que, eventualmente e em casos específicos, as regras compatíveis com o sistema jurídico, válidas e, em tese, aplicáveis ao caso concreto, podem colidir com os valores e ideais do sistema jurídico como um todo. Isso porque, conforme lecionam Anizio Pires Gavião Filho e Alexandre Prevedello (2019, p. 02):

a positivação por si só não garante certeza e segurança jurídica, visto que as normas jurídicas e também os precedentes judiciais sofrem limitações que decorrem da indeterminação da linguagem e da impossibilidade de previsão antecipada de todas as particularidades que podem se apresentar quando da resolução de um caso particular.

Diante desse cenário, em que pese a pretensão de definitividade concedida pelo legislador às normas-regras, não há como se garantir sua aplicação indistintamente, no modelo “tudo ou nada” preconizado por Dworkin. Todavia, em razão da existência de uma regra válida, não seria possível a aplicação da técnica de ponderação a fim de encontrar solução ao problema, surgindo então a necessidade de se buscar um método que

permita estabelecer, no caso concreto, exceções à regra vigente a fim de resolver da maneira mais adequada e justa possível o conflito instalado.

Tais situações, excepcionalíssimas e não previstas pelo legislador, são conhecidas, conforme ensinam Cristiano Chaves de Farias (2013) e Manuel Atienza (2005) como *extreme cases* (*casos extremos*) ou *casos trágicos*, pois são de escassa ocorrência prática e de extrema complexidade, não existindo nenhuma resposta correta para sua solução, razão pela qual podem ser considerados os “casos mais difíceis que se pode encontrar na argumentação jurídica” (BUSTAMANTE, 2010a, p. 612).

Sobre esse ponto, Farias (2013, p. 122) leciona que

Para estes casos extremados é preciso delinear uma base de compreensão: não se trata de uma regra inválida (inconstitucional) ou incompatível com o sistema; ao revés, ela é válida e, *in these*, aplicável ao caso. Contudo, o seu comando normativo é incompatível com os contornos concretos do caso – que transcenderam e transpassaram o resultado almejado pela regra quando de sua elaboração pelo legislador. Enfim, a rara ocorrência da situação concreta faz com que a regra se mostre incompatível para incidir na hipótese.

Em tais situações, estando o intérprete diante de um caso concreto dotado de peculiaridades, considerado um caso extremo no qual a aplicação da norma jurídica posta provocaria a violação de direitos fundamentais, surge o questionamento a respeito de qual caminho deverá o aplicador do direito percorrer para fazer justiça no caso concreto.

4. A TEORIA DA DERROTABILIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS E SUA APLICAÇÃO AO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

Como técnica adequada à solução dos casos extremos ou casos trágicos surge a teoria da derrotabilidade das regras, também chamada de superabilidade ou *defeseability*.¹³ Na esfera do Direito a tese relaciona-

13 Expõem Gavião Filho e Prevedello (2019, p. 02) que “Herbert Hart (2001), ao reconhecer, primeiramente, o caráter derrotável dos conceitos jurídicos e, em um segundo momento, o caráter derrotável das normas jurídicas, isto é, sua capacidade de acomodar exceções implícitas sem perder sua força normativa, introduziu no

-se, de acordo com Gavião Filho e Prevedello (2019, p. 2), “à adequação das normas jurídicas gerais a casos particulares a partir da relação regra/exceção”. Por meio da técnica permite-se, então, casuisticamente e em situações especiais, a exclusão de uma regra válida por meio de uma decisão *contra legem*, ou seja, contrária à regra vigente, que reconhece uma exceção não prevista pelo legislador quando da elaboração da norma (BUSTAMANTE, 2010a).

A respeito da possibilidade de superação das regras, leciona BUSTAMANTE (2010a, p.163):

Em um sistema jurídico de natureza dinâmica, as regras estabelecidas na legislação infraconstitucional não podem ser normas absolutas, ou seja, normas que prevejam uma hipótese de incidência fechada à qual seria impossível admitir exceções. Se a distinção regra/princípio é adotada, então se deve reconhecer que as regras são normas superáveis. Os princípios constituem o material que será empregado na justificação da sua superabilidade. Há duas características dos princípios que são altamente relevantes para a superabilidade. Em primeiro lugar, os princípios, ao contrário das regras, constituem uma institucionalização imperfeita na moral, já que estabelecem apenas um fim ou valor a ser buscado, embora na máxima medida possível. Em segundo lugar, os princípios, tendo em vista o seu caráter axiológico mais acentuado, constituem o fundamento das regras jurídicas.

Dessa forma, levando em consideração a afirmativa de que os princípios são a base axiológica do ordenamento jurídico como um todo e que há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar” (BARROSO, 2019, p. 357), seria possível ao juiz excepcionar uma regra válida, deixando de aplicá-la em casos específicos, os já mencionados casos extremos ou casos trágicos, que podem estar relacionados a qualquer área especial do Direito.¹⁴

âmbito do Direito a noção de *defeasibility* – o termo em inglês tem sido traduzido pra o português ora como derrotabilidade, ora como superabilidade”.

14 Exemplificando a aplicação da derrotabilidade ou superabilidade no âmbito do judiciário brasileiro, Gavião Filho e Prevedello (2019, p. 02) referem que “um caso relevante ilustra perfeitamente uma hipótese de tal fenômeno jurídico: na ADPF 54, o Supremo Tribunal Federal reconheceu ser “inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124,

Em tais hipóteses, conforme expõe Alexandre Prevedello (2019, p. 146), o destaque encontra-se na “manifesta ou extrema injustiça que o particular teria de suportar se a regra fosse aplicada”, tornando possível ao magistrado afastar, casuisticamente, a norma-regra válida, com a finalidade precípua de realizar justiça no caso concreto, fundamentando sua decisão no ideal de justiça social e na promoção de direitos fundamentais, em especial à dignidade da pessoa humana (FARIAS, 2013).¹⁵

Diante da possibilidade da derrotabilidade das normas-regras, pergunta-se: seria possível o afastamento, *in casu*, do direito real de habitação em favor do cônjuge/companheiro supérstite, quando sua efetivação provocar o sacrifício de valores fundamentais como a dignidade da pessoa humana e a proteção de vulneráveis (crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência) dependentes economicamente do falecido?

A resposta é, *a priori*, positiva. Isso porque, conforme referido anteriormente, a regra que estabelece o direito real de habitação é, claramente, uma norma protecionista que visa garantir direitos fundamentais e direitos existenciais do cônjuge ou do companheiro sobrevivente do falecido, entre eles o direito à moradia, previsto constitucionalmente. No entanto, em situações excepcionais, tal benefício pode se mostrar conflitante com a proteção dos sucessores vulneráveis em situação de dependência econômica para com o extinto.

126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Sob o enfoque da *defeasibility*, houve o reconhecimento pelo judiciário de uma exceção implícita à regra jurídica geral de ser proibido o aborto ao não aplicar a consequência jurídica disposta na lei, ainda que presentes as condições abstratas formuladas pelo legislador. Essa exceção implícita se vincula às outras duas exceções expressas constantes da lei penal de se autorizar o aborto quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e em caso de gravidez resultante de estupro. Em uma formulação simplificada, no sistema jurídico brasileiro, hoje, é vedada a interrupção da gravidez, *a menos que* (a) para salvar a vida da gestante, (b) em caso de estupro e (c) na hipótese de o feto ser anencefálico”.

- 15 Para Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana é “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 ou 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” (SARLET, 2002, p. 62).

Para exemplificar as distorções práticas que podem decorrer do reconhecimento do direito real de habitação, imagine-se o exemplo prático apresentado por Farias (2013, p. 133):

uma pessoa que faleceu, deixando filhos menores de um primeiro casamento, a quem prestava alimentos para a sobrevivência, e a viúva (ex-cônjuge ou ex-companheira) e deixando, tão somente, um único apartamento – que havia adquirido anteriormente à relação afetiva e onde residia com a consorte. Embora os filhos tenham o direito hereditário sobre o imóvel, adquirindo-o automaticamente pela regra sucessória (*droit de saisine*, transmissão automática prevista no art. 1.784 do Código de 2002), a viúva continuará nele residindo até que venha a falecer. Pior, continuará residindo *mesmo que constitua uma nova relação afetiva*, podendo, até mesmo, levar seu novo parceiro para residir com ela no imóvel (que, efetivamente, pertence aos seus enteados que, inclusive, podem estar à míngua, até porque quem contribuía para o seu sustento, já está morto...).

A situação pode ganhar contornos ainda mais dramáticos: imagine-se, agora, que a viúva, inclusive, possui um imóvel, que tinha antes da relação, e que está alugado, uma vez que passou a residir no imóvel do falecido, quando se estabeleceu o relacionamento. Nessa hipótese, torna-se um drama próximo ao absurdo: a viúva, que possui um imóvel residencial próprio, alugado, permanecerá residindo no bem que servia de lar para o casal, enquanto os filhos (legítimos proprietários) ficam privados do exercício de seu direito, enquanto ela estiver viva, mesmo que constitua uma nova relação afetiva (...).

Em razão de seus contornos fáticos, trata-se a situação posta de verdadeiro caso trágico, de pouca ocorrência prática, mas totalmente factível. Tem-se, de um lado, uma norma-regra válida e, em tese, aplicável ao caso concreto, e, de outro, a necessidade de proteção a outros parentes do falecido, titulares de direitos hereditários, que, de uma hora para outra, passam a viver em situação de desamparo, em verdadeira desatenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

No sentir de Ana Luiza Maia Nevares (2020, n.p.) tem-se que

com efeito, diante da família instrumento, é salutar proteger o cônjuge, mas evidentemente não se pode garantir-lhe uma proteção excessiva e em descompasso com a sua realidade, mormente quando em concorrência com outros parentes do *de cuius*, me-

recedores de especial proteção. Realmente, como já afirmado em outra sede, para a concretização da dignidade da pessoa humana no âmbito da sucessão hereditária, esta deve ter em vista a pessoa do sucessor, ou seja, as suas características e aspectos individuais e, em especial, sua relação com o autor da herança e com os bens existentes no acervo hereditário

Dessa forma, ante a necessidade de funcionalização dos institutos jurídicos, no caso específico o direito real de habitação, que tem como escopo a tutela de direitos fundamentais, especialmente o direito à moradia, faz-se necessário investigar, no caso em concreto, se o cônjuge/companheiro supérstite efetivamente necessita do benefício a ele concedido pela legislação. Isso porque, sendo o instituto um instrumento de efetivação da dignidade da pessoa humana, não poderá privilegiar exclusivamente o cônjuge ou o companheiro sobrevivente, mesmo que este não necessite residir no imóvel do acervo hereditário, em detrimento de herdeiros necessários que dependiam economicamente do falecido para sua moradia e subsistência.

Diante de tais situações excepcionais, a solução seria a aplicação da teoria da derrotabilidade, afastando-se, casuisticamente, a norma-regra do direito real de habitação em favor do cônjuge ou do companheiro supérstite, com a finalidade de garantir a imperatividade dos valores fundamentais objetivados pelo sistema jurídico como um todo – nessa hipótese, a “proteção integral e prioridade absoluta da criança e do adolescente” (FARIAS, 2013, p. 134), bem como a proteção dos idosos e pessoas com deficiência. Para tanto, importante se faz o estabelecimento de critérios racionais para a aplicação da teoria da derrotabilidade em tais casos, objetivando-se alcançar a segurança jurídica e a existência de decisões racionalmente justificadas, razão pela qual necessário se faz o estudo aprofundado da temática.

5. CONCLUSÃO

Pela pesquisa realizada, mostrou-se que o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil determina que os institutos jurídicos sejam aplicados sob a ótica constitucional, visando à promoção de direitos fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana. Viu-se que o direito real de habitação, previsto no artigo 1.831 do Código Civil, foi concedido ao cônjuge supérstite e estendido ao companheiro por força

do artigo 7º da Lei n.º 9.278/1996, objetivando a proteção e a concretização do direito fundamental à moradia e de direitos existenciais do viúvo que, independentemente do regime de bens ou da existência de meação ou herança, poderá, vitaliciamente, permanecer residindo no imóvel que servia de lar conjugal.

Observou-se que, eventualmente e em situações muito específicas, a garantia do direito real de habitação ao seu titular poderá colidir com direitos fundamentais de vulneráveis como crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência que eram, até a morte do *de cuius*, dependentes economicamente deste.

Expôs-se o conceito de norma jurídica, cujas principais características são a obrigatoriedade de cumprimento e a existência de instrumentos que assegurem sua obediência ou imponham sanções para a desobediência, tendo como função essencial introduzir socialmente a ordem e a justiça. Verificou-se que as normas jurídicas são bipartidas em normas-princípios (mandamentos de otimização) e normas-regras (mandados de definição), não havendo hierarquia entre ambos. Verificou-se que diante da colisão entre princípios, aplica-se a técnica da ponderação, enquanto que o confronto entre regras é resolvido por meio das técnicas tradicionais de hermenêutica.

Em casos excepcionais, que na doutrina podem ser chamadas de casos extremos ou casos trágicos, surge uma colisão entre uma norma-regra e uma norma-princípio, sendo a solução para tais situações a aplicação da teoria da derrotabilidade das regras jurídicas. Observou-se a possibilidade de se “derrotar” uma norma-regra válida, criando exceções à sua aplicação no caso concreto para corrigir a falha legislativa. Diante disso, propõe-se a aplicação da teoria da derrotabilidade aos casos extremos envolvendo o direito real de habitação quando em colisão com direitos fundamentais de vulneráveis economicamente dependentes do falecido para, no caso concreto, excepcionar o direito em comento. Por fim, conclui-se que é necessário o estudo aprofundado da temática e o estabelecimento de critérios objetivos para a aplicação da teoria no caso concreto, a fim de se proferir decisões racionalmente justificadas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. In: NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. – 13. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2018

ATIENZA, M. **Las razones del derecho**: teoría de la argumentación jurídica. México: Universidad Autónoma de México, 2005.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, A. P. de. **Ponderação, racionalidade e efetividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 9.278**, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm. Acesso em: 10 nov. 2020

BRASIL. **Lei n.º 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORGES, R. C.; DANTAS, R. M. L. Direito das Sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 11. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/9>. Acesso em: 18 nov. 2020.

BUSTAMANTE, T. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, PUCRJ, n. 37, jul. 2010. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Artigo7%20Thomas.pdf>. Acesso em 10 nov. 2020.

BUSTAMANTE, T. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões *contra legem* a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/2143/1743>. Acesso em 18 nov. 2020.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, C. C. de. Derrotabilidade das normas-regras (*legal defeseability*) no direito das famílias: alvitando soluções para os *extreme cases* (casos extremos). **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família**, IBDFAM, 2013. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/295.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: sucessões**. 5. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N.; NETTO, F. P. B. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

FROTA, P. M. da C. O direito real de habitação e sua possível relativização no direito sucessório brasileiro: primeiras reflexões. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo, vol. 8, set. 2016. Disponível em: <http://ojs.direitocivil-contemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/52>. Acesso em: 19 jul. 2021.

GAVIÃO FILHO, A. P.; PREVEDELLO, A. A noção de derrotabilidade para Herbert L. A. Hart. **Revista Direito GV**, São Paulo, FGV, v. 15, n. 1, jan. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v15n1/1808-2432-rdgv-15-01-e1907.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LÔBO, P. L. N. **A constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/129/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o+do+Direito+Civil>. Acesso em: 10 nov. 2020.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NEVARES, A. L. M. **Uma releitura do direito real de habitação na sucessão hereditária**. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/06/29/releitura-direito-real-de-habitacao/#_ftn10. Acesso em: 10 nov. 2020.

NEVARES, A. L. M.; TEPEDINO, G.; MEIRELES, R. M. V. **Fundamentos do direito civil: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NOVELINO, M. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

PREVEDELLO, A. **Teoria da derrotabilidade: as exceções não previstas nas regras jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2019.

ROSA, C. P. da; RODRIGUES, M. A. **Inventário e partilha**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, D. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

XAVIER, José Tadeu Neves. O direito real de habitação na sucessão do companheiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 59, p. 261-297, set., 2014. Base de dados RT Online.



DIALÉTICA
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"
(Lao Tze)