

COLETÂNEA DO

VIII

SEMINÁRIO
INTERNACIONAL

ORGANIZADORES

HANDEL MARTINS DIAS
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
ROGÉRIO GESTA LEAL

TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS
INDISPONÍVEIS

Tutelas à efetivação
de direitos transindividuais

VOLUME



DIALÉTICA
EDITORA

COLETÂNEA DO

VII

SEMINÁRIO
INTERNACIONAL

TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE

**DIREITOS
INDISPONÍVEIS**

Tutelas à efetivação de direitos transindividuais

VOLUME

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
Juvencio Borges Silva
Konradin Metze
Laura Dutra de Abreu
Leonardo Avelar Guimarães
Lidiane Mauricio dos Reis
Ligja Barroso Fabri

Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem
Luciana Molina Queiroz
Luiz Carlos de Souza Auricchio
Marcelo Campos Galuppo
Marco Aurélio Nascimento Amado
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
Sylvana Lima Teixeira
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

COLETÂNEA DO

VIII

SEMINÁRIO
INTERNACIONAL

ORGANIZADORES

HANDEL MARTINS DIAS
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
ROGÉRIO GESTA LEAL

TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE
DIREITOS
INDISPONÍVEIS

Tutelas à efetivação
de direitos transindividuais

VOLUME



DIALÉTICA
EDITORA

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 © 2023 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2023 by Handel Martins Dias,
Anizio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal (Orgs.)



 /editoradialetica

 @editoradialetica

www.editoradialetica.com

EQUIPE EDITORIAL

Editores

Profa. Dra. Milena de Cássia de Rocha
Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira
Prof. Dr. Tiago Aroeira
Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

Designer Responsável

Daniela Malacco

Produtora Editorial

Kariny Martins

Controle de Qualidade

Marina Itano

Capa

Joyce Silva

Diagramação

Joyce Silva

Preparação de Texto

Nathália Sôster

Revisão

Responsabilidade do autor

Assistentes Editoriais

Jean Farias
Rafael Andrade
Ludmila Azevedo Pena
Thaynara Rezende

Estagiários

Diego Sales
Laís Silva Cordeiro
Maria Cristiny Ruiz



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C694v Coletânea do VII Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis : Volume 2 : Tutelas à efetivação de direitos transindividuais / organização Handel Martins Dias, Anizio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal. – São Paulo : Editora Dialética, 2023. 448 p. = (v. II)

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-252-8066-0

1. Direitos Indisponíveis. 2. Direitos Públicos Incondicionados. 3. Direito.
I. Organizadores. II. Título.

CDD-340

SUMÁRIO

| | |
|---|---|
| TRÁFICO DE INFLUENCIAS, GESTIÓN PÚBLICA Y DERECHOS FUNDAMENTALES. CONSIDERACIONES INTERDISCIPLINARES | 9 |
|---|---|

Jorge Isaac Torres Manrique

| | |
|---|----|
| O FORNECEDOR NA ECONOMIA COMPARTILHADA: UMA RESSIGNIFICAÇÃO CONCEITUAL | 31 |
|---|----|

Marcio Pasqualli Afonso

| | |
|--|----|
| PROTEÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO | 45 |
|--|----|

Gabriel Pessotti da Silva, Jenifer Carina Pereira & José Everton Viana da Silva

| | |
|--|----|
| LAS ACCIONES POPULARES CONSTITUCIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO: UNA APROXIMACIÓN ELEMENTAL A SU DOGMÁTICA Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL | 61 |
|--|----|

Edgar Andrés Quiroga Natale

| | |
|---|-----|
| A NECESSIDADE DE CONTROLE JUDICIAL PARA A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVA | 105 |
|---|-----|

Fábio Weber Ludwig

| | |
|--|-----|
| A ESCOLHA DA CAUSA-PILOTO COMO FORMA DE ASSEGURAR O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO JULGAMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS | 125 |
|--|-----|

Gustavo Ledur & Vitória Souza Pagnussat

| | |
|--|-----|
| LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA COISA JULGADA COLETIVA: INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.494/97 | 143 |
|--|-----|

Brunno Leonarczyk Bomfim

| | |
|---|-----|
| ACESSO À JUSTIÇA E <i>ONLINE DISPUTE RESOLUTION</i> : (DES)NECESSIDADE DE PRÉVIA TENTATIVA DE RESOLUÇÃO VIRTUAL DOS CONFLITOS CONSUMERISTAS | 169 |
|---|-----|

Lara de Sousa Duarte & Matheus Prestes Tavares Duarte

| | |
|--|-----|
| DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO, ACESSO À JUSTIÇA E HIPOSSUFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA NO PL 6.204/2019 | 191 |
|--|-----|

Alana Gabriela Engelmann & Gustavo da Cunha Thewes

| | |
|--|-----|
| DECISÕES JUDICIAIS EM PROCESSO ESTRUTURAL: DA LEGITIMIDADE À EFETIVIDADE | 211 |
|--|-----|

Diego de Ávilla Rodrigues

| | |
|--|-----|
| SISTEMA DE PRECEDENTES E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA | 231 |
|--|-----|

Thomás Henrique Welter Ledesma

LAS OPINIONES CONSULTIVAS: UN MECANISMO PARA LA
MATERIALIZACIÓN DEL DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL 249

Diana Marcela Peña-Cuellar, Astrid Daniela Vidal-Lasso
& Laura Daniela Guaraca-Espinosa

PODER LOCAL E PARTICIPAÇÃO POPULAR 271

Gabriela Bolzan Souza & Janaína Rigo Santin

A IMPORTÂNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS PARA O
CONTROLE SOCIAL: A OUVIDORIA COMO UMA FERRAMENTA
VIABILIZADORA NA ESFERA LOCAL 293

Betieli da Rosa Sauzem Machado, Camila Lemos de Melo
& Ricardo Hermany

PROGRAMA RESSANEAR – ESGOTAMENTO SANITÁRIO 313

Fernanda Machado de Oliveira & Maurício Trevisan

O USO DO BANHEIRO POR PESSOAS TRANSEXUAIS EM ESPAÇOS
PÚBLICOS: UMA ANÁLISE DO CASO SOB JULGAMENTO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 845.779/SC À LUZ DA
DIGNIDADE HUMANA E DA TEORIA DO RECONHECIMENTO 337

Helena Maria Zanetti de Azeredo Orselli & Laraiane Luçoli

ESTUDOS DE GÊNERO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO E
DA PSICANÁLISE E A RELAÇÃO COM AS CIRURGIAS DE
AFIRMAÇÃO DE GÊNERO 357

Amanda Maria Trojan & Carolina D'Amorim Barreto

A (IM)PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO
DE PARENTALIDADE: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS
ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS 377

Luíza Sartori Parise & Natália Trindade Emmel

A PERSPECTIVA DOS IDOSOS NA CURATELA E NA
TOMADA DE DECISÃO APOIADA 403

Cinara Furian Fratton, Martha Silva Beltrame & Patrícia Zanchi Cunha

INVENTÁRIO E PARTILHA EXTRAJUDICIAIS: ENTRE A LEI N.º
11.441/2007 E AS TENDÊNCIAS À DESJUDICIALIZAÇÃO 423

Larissa Oliveira Palagi de Souza, Luciana Ignácio Krieger
& Marina Mayer Pereira

TRÁFICO DE INFLUENCIAS, GESTIÓN PÚBLICA Y DERECHOS FUNDAMENTALES. CONSIDERACIONES INTERDISCIPLINARES

JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE¹

1 INTRODUCCIÓN

El tráfico de influencias se encuentra en la mira de los sistemas jurídicos, legislaciones y políticas públicas de los Estados del orbe. El mismo se constituye en temática de muy honda como urgente preocupación. Y es que, por su muy estrecha relación con la corrupción en general, hace que su presencia se materialice en la totalidad de escenarios. El punto más álgido y que despierta las alarmas, es el relacionado a los efectos tremendamente dañinos y peligrosos a la sociedad en su conjunto. Por

1 Consultor jurídico. Abogado por la UCSM (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, por la UNFV (Lima). Presidente de la Escuela Interdisciplinaria de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia (Perú). Director de la Biblioteca: “Recientes y próximos escenarios de los Ordenamientos Jurídicos”, publicada por Ediciones Olejnik (Chile). Diamont Ambassador of the Organization of World Ambassadors (Argentina). Miembro del Comité Editorial de la EDUCS- Editora da Universidade de Caxias do Sul (Brasil). Miembro del Consejo Académico del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores, adscrito a la Universidad de Santo Tomás de Oriente y Medio Día (Nicaragua). Pesquisador Internacional del Grupo de Responsabilidade Civil e Processo Ambiental de la Escola Superior Dom Helder Câmara (Brasil). Colaborador Extranjero del Grupo de Investigação de Investigação Metamorfose Jurídica y Colaborador do projeto de pesquisa Constitucionalismo e Meio Ambiente: Sustentabilidade, Direitos Fundamentais e o Socioambientalismo na Sociedade Consumocentrista; ambos vinculados ao Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade de Caixas de Sul (Brasil). Miembro de la International Association of Constitutional Law- IACL (Serbia). Autor y coautor de diversos libros y tratados en Derecho Constitucional, Penal, Administrativo. CoDirector de los Códigos Penales Comentados de Ecuador, Colombia. CoDirector de los Tratados: Lavado de Activos, Litigación Oral Estratégica, entre otros. kimblllmen@outlook.com; <http://orcid.org/0000-0001-5202-3886>, <http://lattes.cnpq.br/0707774284068716>.

ello, en la presente entrega, abordamos el desarrollo del delito de tráfico de influencias desde las diversas aristas que abraza su naturaleza, que van más allá de lo que registra el mundo del Derecho.

En ese sentido, abordar el análisis y desarrollo del delito de tráfico de influencias, implica conocer y entender su naturaleza extrajurídica, tanto en su origen como en los efectos de su incidencia, y lo propio, respecto de la corrupción. Luego de la determinación señalada, a manera de arribo a un diagnóstico situacional, corresponde poner en práctica las acciones en consecuencia, observando la rigurosidad metodológica. En la presente entrega, se asumió el compromiso de la interdisciplinariedad para su análisis, arribando a plausibles conclusiones y sugerencias; no sin antes evidenciar errores en la determinación del tipo penal correspondiente, así como, luces, explicaciones y vulneraciones en escenarios no solo jurídicos, además, de una sistemática vulneración de derechos fundamentales.

2 ACERCA DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

El tráfico de influencias es un delito de encuentro porque exige de la intervención de dos o más sujetos. Por un lado, el agente que ofrece influencias y, por otro, el que las compra. Sin embargo, este último no responderá como autor, sino como cómplice o instigador. Este delito se consuma cuando se realiza el acuerdo de intercesión, esto es cuando el comprador de influencias o interesado acepta el ofrecimiento de influencias del traficante a cambio de dar un beneficio de cualquier índole. No se requiere que el traficante interceda efectivamente ante el funcionario público competente para el caso, basta solo con el acuerdo entre vendedor y comprador de influencias. Las influencias pueden ser reales o simuladas. En el primer caso, tienen la capacidad de orientar la conducta ajena y dirigirla conforme los consejos del traficante. En el segundo caso, no hay una capacidad real de incidir en el funcionario público, pero se alega falsamente tenerla. Por ejemplo, en el caso Luchetti, las influencias que Montesinos invocó fueron tan reales que finalmente el Poder Judicial resolvió en favor de esta empresa. Al interpretar este delito podemos diferenciar la legítima gestión de intereses del tráfico de influencias. La primera busca mejorar la calidad de las decisiones públicas, permite que se abran canales para los aportes de expertos temáticos del sector privado. Por el contrario, el segundo tiene como

objetivo influenciar sobre el funcionario público para que subordine los intereses públicos ante intereses personales de índole amical, económico, proselitista, entre otros (PUCHURI, 2018).

Los delitos de corrupción de funcionarios son precedidos, generalmente, por un agente que funge de intermediario o facilitador a merced a las influencias que posee y ofrece para obtener un beneficio pecuniario, político o de cualquier otra índole. Es así como una tipificación idónea del tráfico de influencias deviene en un imperativo para quienes estamos comprometidos con el control y prevención de la corrupción. Acorde a su naturaleza, el tráfico de influencias representa la decisión político criminal de anticipar las barreras de punibilidad a un estadio previo a los actos corrupción como el cohecho, colusión, entre otros, reprimiéndose desde la fase de preparación cualquier intento de interferencia en la función pública –aunque, hoy, limitada aun caso judicial o administrativo- (CHANJAN DOCUMET *et al*, 2020).

3 **NORMATIVIDAD NACIONAL E INTERNACIONAL**

En principio, es de verse el Artículo único de la Ley que Incorpora la Pena de Multa en los Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, que modifica diversos artículos del Código Penal, específicamente el Art. 400, que acerca del Tráfico de Influencias, prescribe:

El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Seguidamente, tenemos que el Artículo 18.-, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en relación al Tráfico de influencias, establece:

Cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.

Por otro lado, el Art. II., de la Convención Interamericana contra la Corrupción, acerca de los propósitos, preconiza:

1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Además, el tráfico de influencias afecta, de modo general, el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. Sin embargo, la determinación del bien jurídico en específico tendrá un tratamiento diferenciado dependiendo de si nos encontramos con un tráfico de influencias reales o simuladas (CHANJAN DOCUMENT *et al*, 2020).

4 ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

En principio, tenemos que lo que tipifica el Art. 400 del C.P. es el comercio privado de la función pública, es decir, el pacto entre el interesado y el traficante, esto es, una intersección ante funcionarios o servidores públicos, siendo el vendedor de influencias un nexo entre el sujeto comprado-interesado y el funcionario que tenga a cargo la decisión de un proceso judicial o administrativo. Este delito, al consumarse con el simple acuerdo, resulta ser un delito de mera actividad, por lo que no es necesario que se realice un ejercicio efectivo o concreto de las mismas ni algún resultado posterior puesto que podría configurar otro delito. (v.gr. cohecho, colusión, etc.). Es necesario precisar que Jurisprudencia nacional se ha manifestado sobre los elementos de este tipo penal, así tenemos la R.N. N° 4218-2009-Piura: “[...] el agente manifieste a alguien tener influencias reales o simuladas en la administración pública; b) el agente le ofrezca interceder ante un funcionario o servidor, ante un caso judicial o administrativo; y, c) el agente reciba, haga dar o prometer para sí o tercero, un donativo o promesa [...]” (PASACHE HERRERA, 2021).

Por otro lado, en el referido artículo, una de las modalidades es la venta de influencias “simuladas” en el cual no existe vínculo alguno con el funcionario o servidor público a cargo de un caso judicial o administrativo, por tanto, la capacidad o posibilidad de dirigir o guiar su voluntad no existe. Dicho eso, en la modalidad de influencias simuladas, lo que se pretende castigar no son “las supuestas influencias” porque en este caso no existen, sino el acto de invocar aquellas influencias que realmente no tiene y que estén dirigidos a persuadir a los compradores de realizar el pacto ilícito añadiendo una contraprestación de su parte. Así, el objeto de simulación en este delito son las “influencias” que se vende, pero lo que si debe existir es un funcionario o servidor público “concreto” que esté conociendo, haya conocido o esté por conocer un caso judicial o administrativo. Así lo ha mencionado el R.N. 2218-2005-Arequipa, entre otras (PASACHE HERRERA, 2021).

5 EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO COMO ALIADO ILEGÍTIMO

Consideramos que, en el delito de tráfico de influencias, se ha adelantado la punibilidad, incluso, penalizando los meros actos preparatorios. Se usa así la filosofía del proscrito Derecho Penal del Enemigo.

Del mismo parecer se tiene, que en el sentido que el Art. 400, una de las modalidades es la venta de influencias “simuladas” en el cual no existe vínculo alguno con el funcionario o servidor público a cargo de un caso judicial o administrativo, por tanto, la capacidad o posibilidad de dirigir o guiar su voluntad no existe. Dicho eso, en la modalidad de influencias simuladas, lo que se pretende castigar no son “las supuestas influencias” porque en este caso no existen, sino el acto de invocar aquellas influencias que realmente no tiene y que estén dirigidos a persuadir a los compradores de realizar el pacto ilícito añadiendo una contraprestación de su parte. Es de precisar, que el objeto de simulación en este delito son las “influencias” que se vende, pero lo que si debe existir es un funcionario o servidor público “concreto” que esté conociendo, haya conocido o esté por conocer un caso judicial o administrativo. Así lo ha mencionado el R.N. 2218-2005-Arequipa, entre otras (PASACHE HERRERA, 2021).

Y es que el Derecho Penal del Enemigo o Antiliberal de Günter Jakobs debe su origen (a mediados de los años ochenta) al resultado de la fusión del Derecho Penal Simbólico (rapidez legislativa en la dación de políticas penales) y el Punitivismo (intimidación por el incremento de la penalidad). Por otro lado, tenemos que está orientado al autor y no al hecho, lo cual es extremista, abusivo, ilegítimo y totalmente falto de garantías, ya que se considera al enemigo como “no persona”, en consecuencia lamentablemente se abre el amplio abanico de posibilidades atentatorias y vejatorias contra los derechos humanos (donde todo tipo de represión encuentra su justificación en la llamada “defensa de la seguridad ciudadana”) al poseer como argumentos básicos de existencia, el amplio adelantamiento de la punibilidad (la pena se dirige al aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos), la exacerbación de la pena, la cuasi ilimitada protección penal de los bienes jurídicos globales; y la disminución y/o supresión de algunas garantías y principios procesales, por decir lo menos.

Es una tendencia distinta o más bien contrapuesta al Derecho Penal Ordinario, Garantista, Liberal, de la Persona o del Ciudadano; ya que no considera al ciudadano delincuente como tal, sino como enemigo no ciudadano, es decir, sin derecho a la categoría de persona. En consecuencia, no le da a la persona que delinque o se equivoca la oportunidad de enmienda y reparo del daño que ocasionó. La misma asume que los delincuentes no respetan las normas penales y, por lo tanto, se les debe

excluir del derecho penal, en consecuencia, no tienen derecho a los principios garantistas penales. En otras palabras, según esta tendencia se tiene que combatir al enemigo, pero no con las reglas del derecho penal, sino, con las reglas del estado de naturaleza. Afirmación que consideramos clamorosamente equivocada, como extremista.

El Derecho Penal del Enemigo considera que los enemigos son los que están o actúan en contra o al margen del derecho penal y del sistema social, en consecuencia, para nuestro caso, vendrían a ser los terroristas, los narcotraficantes, los violadores, los secuestradores, etc. Sin embargo, es imprescindible señalar que se tiene que estar muy alerta, ya que este tema de la consideración como “enemigo” para esta teoría puede ser hábilmente utilizada (tergiversándola) para fines jurídicamente nada loables. En consecuencia, algunos poderosos Estados (EE.UU., por ejemplo) pueden utilizar adrede una “identificación equivocada del concepto de enemigo” para justificar la ejecución de acciones militares (donde medien intereses económicos, políticos, etc.) en contra de otros Estados en evidente desventaja de los Estados- potencia.

Finalmente, es preciso dejar constancia, que esta tendencia doctrinaria no es nueva o novedosa (para variar), ya que en 1985 el profesor alemán Günter Jakobs fue quien creó y propulsó la misma, sentenciando que era necesaria su existencia e implantación ante un accionar limitado e ineficaz del Estado de Derecho ante el advenimiento apabullante de la globalización del delito en contra de las sociedades (Estados) contemporáneas, porque le otorga al delincuente (o enemigo) la desventajosa categoría de Sujeto de Derecho en desmedro de los llamados “ciudadanos”. En suma, Jakobs propuso (en defensa de la aparente extinción del Estado de Derecho) una supuesta evolución o remozamiento de la juridicidad alejada u opuesta a toda concepción axiológica; lo cual calificamos como preocupante, así como de peligrosísimo desliz antidemocrático. En consecuencia, el hecho que nos llegue con casi dos décadas de retraso, no significa que la convierta ipso facto, en nueva tendencia y peor aún como alternativa válida, necesaria y eficaz.

Es una peligrosa tendencia porque justifica la desnaturalización del derecho y garantías por la priorización de la seguridad del ciudadano. Además, señalamos que al ser instaurada en un Estado se convierte en legal porque su política se positiviza en su ordenamiento jurídico penal.

Pero al violar principios y garantías propias del derecho penal se convierte en ilegítima, ya que empieza a regir en sentido contrario a un Estado de Derecho; lo cual amerita la constante vigilia en defensa de la no violación, además, de los derechos fundamentales. Esta tendencia se presenta como sinónimo del retroceso de los principios penales garantistas, de los principios generales del derecho y de los derechos fundamentales de la persona. En declarada oposición de los derechos penales logrados/declarados a través de la historia de la humanidad.

6 LA CORRUPCIÓN COMO DELITO Y FENÓMENO

Ante todo, es preciso señalar que el delito de tráfico de influencias forma parte de los delitos de corrupción. En ese sentido, resulta basilar analizar y desarrollar la temática de la corrupción. A continuación, lo propio:

Aproximaciones. La corrupción está asociada a la naturaleza humana, como ya decía Tucídides hace más de 2.000 años. Sin embargo, en estos momentos, se ha convertido en un fenómeno que afecta negativamente a la política, probablemente más que ningún otro, de modo que seguramente la corrupción sea el aspecto que refleja, y causa a la vez, las mayores crisis de los modelos democráticos. Así, centra los debates, los análisis y las agendas, mediáticos y políticos, y también los judiciales, y desde luego se considera uno de los principales problemas políticos a juicio de la mayor parte de los ciudadanos. Su combate llena campañas electorales; no obstante, las políticas concretas y los cursos de acción específicos que puedan servir para frenarla, mitigarla, reducirla o controlarla no parecen estar a la altura de su significación mediática o política. En América Latina la corrupción está afectando especialmente a las democracias, acuciadas por el efecto que tiene en ellas el conocimiento de grandes tramas, de casos evidentes de utilización indebida de los recursos públicos y de la autoridad soberana para alcanzar fines privados. En los últimos años se han conocido casos emblemáticos de corrupción que han afectado a políticos de alto rango y/o a numerosos integrantes de las élites políticas, entre los que el caso Odebrecht es sin duda el más significativo y conocido. Así, la corrupción se ha convertido en uno de los factores que más incide en la desconfianza en las instituciones democráticas latinoamericanas y el que explica que se estén llevando a cabo reformas políticas,

de mayor o menor envergadura, con el fin de mejorarla calidad de los gobiernos y las percepciones de los ciudadanos (RAMOS ROLLÓN; ÁLVAREZ GARCÍA, 2019).

Ciudadanos y expertos continúan considerando a la corrupción como uno de los principales problemas de los países de la región. Por una parte, 8 de cada 10 latinoamericanos sostienen que su gobierno es corrupto (Encuesta Gallup, 2017 en OCDE, 2018: 155), y se ha incrementado la percepción del aumento de la corrupción como primer problema de su respectivo país. En este sentido, “en 2017 un 62% de los latinoamericanos decía que la corrupción había aumentado, en 2018 es el 65%” (Latinobarómetro, 2018). Por otra parte, el 60% de la ciudadanía considera que no existe transparencia en el gobierno, y un 62% piensa que no la hay en el Estado (Latinobarómetro, 2016). De acuerdo al “Índice de Percepción de Corrupción 2018” de Transparencia Internacional, con la excepción de Uruguay, Costa Rica y Chile, el resto de países de la región no alcanza el 50 en la escala del 1 al 1001 (RAMOS ROLLÓN; ÁLVAREZ GARCÍA, 2019).

Esta creciente centralidad del fenómeno de la corrupción en la agenda política se ve facilitada por dos factores: 1. Por una parte, los medios de comunicación y las redes sociales han contribuido a difundir el conocimiento de muchos de los casos de corrupción y, en consecuencia, a incrementar su impacto social. La ciudadanía está percibiendo la corrupción como un problema central que genera un enorme daño, hasta el punto de que se ha catalogado en algún país como daño social. 2. Por otra parte, también ha habido una mayor reacción internacional a la corrupción, de forma que organismos y actores del ámbito internacional han entendido que apoyar los modelos democráticos pasa necesariamente por apuntalar las instituciones que limitan o frenan este tipo de conductas, o por apoyar a los ciudadanos que las denuncian (RAMOS ROLLÓN; ÁLVAREZ GARCÍA, 2019).

Qué debemos entender por corrupción. Tenemos que, en las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2021).

El concepto de corrupción constituye ante todo una categoría cultural que forma parte de los discursos jurídico, económico y social, pero también del lenguaje corriente. Por lo tanto, no es posible contar con

una definición única. Mientras que desde la perspectiva jurídica el factor determinante es el uso del poder, desde la perspectiva económica lo es el dinero, aunque ambos enfoques coinciden en que la finalidad es la obtención de un beneficio quebrantando una norma. Desde la perspectiva más amplia de las ciencias sociales, si bien no existe una posición unívoca, hay acuerdo en que la definición de la conducta corrupta no se debe limitar al concepto de ilegalidad, ya que existen prácticas y actividades que no violan una disposición legal pero conllevan una falla ética (GILLI, 2014).

Elementos característicos de la conducta corrupta. Como tales podemos citar (GAZÓN VALDÉS, 1997):

- El concepto de corrupción está vinculado con el sistema normativo, entendido como tal, en sentido amplio, todo el conjunto de reglas que regulan una práctica social. Es decir, sistemas normativos religiosos, jurídicos, políticos, económicos, etcétera.

- El actor o actores, en consonancia con lo expresado, no está limitado a un campo de actividad específica y lo que lo caracteriza es su competencia para tomar decisiones en virtud de la posición que ocupa en el sistema normativo o de papel social que desempeña.

- Los deberes posicionales son aquellos que se adquieren cuando se acepta asumir dentro del sistema normativo y deben ser distinguidos de los llamados deberes naturales, es decir aquellos que valen para todos los individuos.

- La corrupción es un delito o una infracción que implica la violación de alguna obligación por parte de un decisor. Si se acepta que las obligaciones son deberes adquiridos por la aceptación expresa o tácita de una determinada posición, la corrupción implica siempre un acto de deslealtad hacia el sistema normativo.

- El acto o actividad corrupta requiere, además del decisor, la intervención de una o más personas. Es un acto participativo en que una de las partes trata de influir el comportamiento de la otra por medio de promesas, amenazas o prestaciones prohibidas por el sistema normativo.

Tipología de las prácticas corruptas. Al respecto, podemos referir (LAPORTA; ÁLVAREZ, 1997):

- **Soborno.** Ofrecimiento de una recompensa a un agente público para influir sobre sus decisiones a favor del otorgante.

- **Extorsión.** Amenaza de una medida lesiva por parte del agente público al ciudadano, si éste no realiza una contraprestación a favor del agente.

- **Arreglos.** Pacto recíproco entre el agente público y el ciudadano, de forma que una decisión oficial favorezca al privado a cambio de una recompensa para el agente.

- **Alteraciones fraudulentas del mercado.** El agente público introduce externalidades en el mercado de bienes que afectan su valor, con la finalidad de un beneficio para sí o un tercero.

- **Malversación y fraudes.** Uso de fondos públicos o de posiciones oficiales para fines distintos de los previstos en las normas.

- **Parcialidad.** Discriminación deliberada en la formulación y la aplicación de leyes (normas ad hoc) o en la prestación de servicios o en la provisión de cargos (favoritismo y clientelismo).

- **Colusión privada.** Cuando ciertos agentes económicos se ponen de acuerdo entre sí para fijar el monto de un contrato de aprovisionamiento o concesión pública.

Uso de información privilegiada. Cuando quien por su función tiene acceso a la misma y la utiliza para la toma de decisiones privadas para beneficio propio o de terceros.

Causas de la corrupción. De manera preliminar podemos considerar:

- **Cultura del secreto.** Ante todo, se deja constancia que, de manera genérica, la principal causa es la cultura del secreto, instalada en gran parte de la sociedad estatal, puesto que, la misma se encuentra presente en la propia naturaleza del ser humano.

- **Elementos culturales.** Si bien en general ciertas prácticas, como el soborno, la extorsión y el fraude, son rechazadas, en algunas culturas existe mayor permisividad respecto de las conductas corruptas o incluso puede existir un alto grado de tolerancia a las conductas corruptas y, en algunos casos, la proximidad a las autoridades o cierto grado de influencia para obtener beneficios es visto positivamente (GILLI, 2014).

- **Egolatría y mesianismo.** Resulta sumamente preocupante la eventual consabida ligereza con que resultan ser asumidas las modificaciones o propuestas legislativas para la lucha contra la corrupción, a la luz de las correspondientes comisiones de reforma.

Ello ocurre cuando en principio, no necesariamente son convocados para ello a los verdaderos especialistas. Luego, que las propuestas y modificaciones terminan siendo producto de una coyuntura y no de una real necesidad legislativa. Lo referido aterriza en que antes de la creación de una comisión de reforma, increíblemente ocurre que las respectivas modificaciones y propuestas, simplemente no existían.

Mención aparte, merece referir a lo que Mario Castillo Freyre señala como “Tentaciones Académicas”. Esto es, que entre no pocos miembros de las comisiones de reforma observan el principio (“yo no opongo a tus propuestas de artículos para la ley y tú no te opones a las mías”). Luego, acuerdan que finalmente que vaya el paquete completo sin mayor debate y análisis, en atención a que en el Congreso de la República el legislador hará las observaciones y enmiendas correspondientes. Lo que ciertamente no siempre ocurre.

Como consecuencia, es que puede apreciar leyes aprobadas en las que su articulado no presenta la obligada sistematización interna y externa, y donde existen algunos en los que el texto presenta contenido repetido, incompleto, contradictorio.

Además, no se puede dejar de apostrofar el que no pocos dadores de una norma legal, resultan más preocupados por la permanencia de vigencia de una ley nociva o errada por contener una propuesta de su persona, en vista que no pueden concebir que su nombre deje de estar presente en la dación o propuesta de la misma.

Entonces, los mismos terminan oponiéndose por todos los medios posibles a la eventual modificación de la supuesta iluminada ley, que ellos fueron autores, gestores o promotores. Es el típico caso de aquellos que se consideran predestinados a trascender sin mayor o ningún mérito o fundamentación suficiente.

7 CREACIÓN Y NATURALEZA DEL ESTADO

En antiguo no existía el Estado, entonces, no había quien se encargue de las tareas propias del mismo, esto es, de la seguridad, salud, educación, entre otros, de la población.

Luego y ante dicha situación, las poblaciones se organizaron a efectos de hacerse cargo de lo señalado. No obstante, con el transcurso de

los tiempos ello se tornó inmanejable, puesto, que las poblaciones experimentaban un incontenible crecimiento poblacional.

Es entonces, que tuvieron a bien crear un ente que se encargue de asistirlos en las necesidades elementales para poder subsistir de manera ordenada y orgánica; aparece así el Estado, el aparato abstracto que a través de las carteras ministeriales y demás instituciones, llevan a cabo lo propio.

En consecuencia, cuando una persona acude a una comisaria o entidad estatal cualquiera y no recibe una atención adecuada o se le niega la misma, es entonces, que el Estado se desvirtúa, tornándose en contra de su creador, la población.

Por tal razón, el Estado y por ende los funcionarios públicos, se encuentran obligados a observar estrictamente la naturaleza del aparato estatal, que es actuar únicamente en beneficio de la población y sobre todo de quienes menos tienen.

Ello, en tanto que la población no solamente tuvo a bien crear el Estado, si no, además, lo solventa sistemáticamente día a día, segundo a segundo.

Así, tenemos que los impuestos son sufragados, de manera directa e indirecta, por la población en situaciones cotidianas. Por ejemplo, cuando se compra productos en una tienda de abarrotes, supermercado, cuando se acude a una gasolinera para echar combustible al vehículo, cuando se abona a la municipalidad, entre otros.

Dichos impuestos se canalizan hacia el Ministerio de Economía, el cual los recauda de manera consolidada a nivel nacional. Entonces, cada fin de año los representantes de los diversos ministerios y organismos descentralizados, acuden al Congreso de la República a efectos de sustentar el presupuesto que requieren para poder llevar a cabo su gestión para el siguiente año fiscal.

Finalmente, el Ministerio de Economía adjudica las partidas presupuestarias.

En tal sentido, tanto la comisión del delito de tráfico de influencias, como la errada tipificación del mismo, contrarían la quintaesencia del Estado y de los legítimos intereses y derechos fundamentales de la población.

8 EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y SU UBICACIÓN EN LA ESCALA EVOLUTIVA DEL SISTEMA JURÍDICO

Dejamos expresa constancia, que ciertamente el tráfico de influencias constituye en una seria amenaza a los intereses de la población y la seguridad jurídica que le asiste al sistema jurídico imperante, esto es, el Estado Constitucional de Derecho, el mismo que no es equiparable ni sinónimo de justicia. Esto es, que su filosofía resulta ser constitucional, pero injusta. Fundamentamos lo referido a la luz de hemos considerado como etapas de la evolución del Derecho:

En primer término, como etapa inicial surge el Estado de Naturaleza, conocido también, como el estado salvaje, del ojo por ojo, diente por diente, de la justicia por mano propia.

A continuación, como segunda etapa surge el Estado de Derecho, en el que el estado salvaje es postergado por la vigencia y preminencia de la Ley, legalidad, la Justicia Legal. Se le denomina de dicha manera, en razón a su abrace de conformidad a lo estipulado en la norma legal respectiva, esto es, cuando en sede judicial o administrativa se decide ajustándose a lo contemplado exclusivamente en la ley de la materia, para el caso concreto. O que también se invoque el otorgamiento de un derecho establecido en el texto expreso de la ley, en los Códigos Civil, Penal, Tributario, entre otros.

Seguidamente, se tiene el tercer estadio conocido como el Estado Constitucional de Derecho. En el que la legalidad deja de tener imperio, protagonismo, vigencia (únicamente regirá en tanto abrace el espíritu contenido en la Constitución Política, Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales). En la presente etapa, que corresponde a la que atravesamos actualmente, estos últimos son transversales al sistema jurídico. Así también, dejan de tener vigencia las ramas jurídicas tradicionales como: Derecho Administrativo, Empresarial, Laboral, por citar algunos, y empiezan a regir nuevas, como: Derecho Constitucional Administrativo, Constitucional Empresarial, Constitucional Laboral, entre otros. La misma constituye una innegable superación de la mera legalidad y comporta una protección normativa superior. Empero, dicha justicia constitucional no resulta ser equiparable a la justicia en *strictu sensu*.

Como cuarta etapa tenemos al Estado Convencional de Derecho, que aterriza en la denominada Justicia Convencional. A la que se arriba tomando como premisa lo juridizado por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos. Su alcance o cercanía a la justeza es superior a la que ofrecen la justicia legal y la constitucional.

Seguidamente, es de verse la quinta etapa que denominamos: Estado Restaurador de Derecho, en la que se materializa la Justicia Restaurativa y se encuentra relacionada al espíritu que la restauración contempla para los sujetos ofendidos o agraviados. Si bien restaura a la totalidad de ofendidos o perjudicados, no necesariamente se le otorga lo que le corresponde a la víctima, sino, lo que subjetivamente considere la misma para quedar o saberse restaurada. No pocas veces el alto contenido emocional, hace que lo que precise el ofendido, sea básicamente el otorgamiento de las sinceras como sentidas disculpas y satisfacciones del ofensor, con cargo de no volver a incurrir en la correspondiente ofensa u agravio. Con ello, la víctima se vería en cierta forma, por satisfecha. Entonces, la justicia restaurativa arriba a un peldaño más arriba que la justicia legal, constitucional y convencional.

Finalmente, tenemos la sexta y última etapa, el Estado de Justicia, en la que se aprecia de manera estricta, completa y real a la Justicia, a la justicia propiamente dicha, la única equiparable a la legitimidad, a la justeza. Este tipo de justicia, es a la que se refiere con el dar a cada quien lo que le corresponde. Justiniano señaló al respecto: “La Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”. Así, la justicia no puede ser equiparable a la justicia restaurativa, ya que, a diferencia de esta última, la carga o necesidad emocional no se plasma, debido a que, si el ofensor la robó al ofendido diez cabezas de ganado, pues, será justo o de justicia, que el ofendido reciba del ofensor el número completo y calidad (características) de lo robado y en extremo alguno, unas disculpas que puedan hacer las veces de bálsamo reductor del número y naturaleza de lo robado. Que no se nos malentienda, ya que no estamos en contra, demonizamos, rebajamos o desmerecemos a la justicia restaurativa, solo la comparamos con la justicia. Entonces, queda demostrado que la justicia, no es igual y es a la vez muy superior a la justicia legal, constitucional, convencional y restaurativa.

Es preciso dejar constancia, que en *strictu sensu*, la única justicia válidamente existente, es la justicia propiamente dicha o justicia verdadera. Y es que, no se trata de erradamente pretender otorgar mayor significancia o supremacía utilizando nombres rimbombantes para “crear” diversos tipos de justicia, cuando la justicia es una sola, dicho de otro modo, la última de las analizadas.

A propósito, cabe hacer mención a la marcada gradualidad ascendente entre: naturaleza, legalidad, constitucionalidad, convencionalidad, restauratividad y justicia.

Para concluir y en mérito a lo desarrollado, colegimos que a lo que debemos aspirar como único norte inquebrantable e innegociable; es a la mención, defensa y plasmación de la justicia propiamente dicha, esto es, a la legitimidad, a la justeza, es decir, a la justicia verdadera.

No obstante, lo desarrollado, sostenemos que no necesariamente tenemos que esperar a que algún día se encuentre el ansiado Estado de Justicia, puesto que desde ya podríamos abrazarlo premuniéndonos del principio de legitimidad.

Por otro lado, amerita dejar constancia, que los sistemas jurídicos no atraviesan necesariamente de manera exclusiva o estanca, por las referidas etapas de evolución de sus sistemas jurídicos. Así, tenemos, que el Perú rigen dos al mismo tiempo. Nos referimos a las correspondientes al Estado Constitucional de Derecho (de manera plena) y el Estado Convencional de Derecho (aunque, tímidamente). Mención aparte, merece el caso de Brasil, pues, su sistema jurídico experimenta la vigencia paralela de tres etapas evolutivas. Entonces, hablamos del Estado Constitucional de Derecho (protagónicamente y que denominan Estado Social de Derecho), el Estado Restaurador de Derecho (como gran referente global de aplicación de políticas públicas de justicia restaurativa) y el Estado Convencional de Derecho (de también escasa aceptación y aplicación, como en el caso peruano).

9 INFLUENCIA EN LA GESTIÓN PÚBLICA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A continuación, resulta imprescindible dejar constancia que la mencionada figura delictiva, limita el ejercicio y realización de los dere-

chos fundamentales de la sociedad, principalmente a saber: i) igualdad, ii) derecho a la defensa, iii) debido proceso, iv) tutela procesal efectiva, v) a una correcta gestión pública, vi) a contar con funcionarios con perfil idóneo para el cargo, vii) libre desarrollo de la personalidad, viii) escrupuloso manejo del erario nacional, ix) seguridad jurídica, x) institucionalidad, xi) legalidad, xii) constitucionalidad, xiii) legitimidad, xiv) imparcialidad, entre otros.

Empero, además es de apostrofar la indisoluble relación existente entre: por un lado, el delito de tráfico de influencias; y por otro, la gestión pública y los derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, es de verse el Fund. 9., del Exp. N° 2939-2004-AA/TC, del Tribunal Constitucional Peruano, que juridiza:

[...] el principio interpretativo de la eficacia vertical de los derechos fundamentales, que exige que los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias den a los derechos fundamentales el carácter de verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial, reconociendo, asimismo, su capacidad de irradiarse en las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada.

Por su parte, se debe también tener presente el Principio de Buena Administración de la gestión pública. Entonces,

Se trata del principio de buena administración, cuyos brotes verdes empiezan a verse en la jurisprudencia y permitirá redefinir el modelo de relaciones entre el uso de la discrecionalidad por la administración y la justicia que la controla. El profesor Julio Ponce Solé, quien ya demostró ser un adelantado en mostrar la vía de la negociación de las normas en obras anteriores, ahora en su excelente trabajo titulado “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración” (REDA 175, Enero-Marzo 2016), postula el advenimiento de “un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI. El paradigma del buen gobierno y la buena administración.” Y distingue la idea de “buen gobierno” o modo en que el ejecutivo desarrolla sus funciones reglamentarias y políticas, de la idea de “buena administración” que se refiere al modo de gestión administrativa, que se incumple con la gestión negligente o la corrupción (CHAVES, 2016).

Lo curioso es que, con dos principios benéficos, la gestión pública sería irreprochable. El principio de buena administración, en la vertiente objetiva de prudencia, calidad, objetividad y justificación de las decisiones. Y el principio de buena fe, en la vertiente subjetiva de las intenciones (CHAVES, 2016).

En ese orden de inteligencia, queda demostrado que el establecimiento de la tipicidad y comisión del delito de tráfico de influencias; vulnera, además, los principios basales de la gestión pública y los derechos fundamentales señalados.

10 ¿POR QUÉ PUNTOS DESARROLLADOS NO SON ASUMIDOS O NO TERMINAN SIENDO LA ESPERADOS?

El presente punto resulta ser de particular importancia y trascendencia, puesto que en principio se ha podido observar la existencia de una serie de situaciones que suscitan de manera sistemática. Ya sea de manera errática, incompleta, irreflexiva, ilegal, inconstitucional. Ello obedecería a los argumentos que pasamos a desarrollar:

A continuación, huelga a propósito, ocuparnos de responder a las basales preguntas que a propósito caen de maduras: i) ¿Es únicamente responsabilidad del legislador?, ii) ¿Por qué resulta siendo una constante dicho accionar en cada cosa que deseamos llevar a cabo?, iii) ¿Por qué tan ajena y errática puede sernos la empresa de marras?, iv) ¿Por qué tiene o puede demorar tanto tiempo en alcanzarse lo que tanto supuestamente se busca y se tiene que buscar, sin terminar consiguiéndose?, v) ¿Por qué tanto tienen que padecer los justiciables y administrados para que puedan abrazar un trato más equitativo en el reconocimiento de sus derechos fundamentales?, vi) ¿Por qué no la tenemos clara de inicio?, vii) ¿Por qué no ocurre ello en Europa y aquí sí, por ejemplo?.

En ese orden de pensamiento, podemos ensayar una resolución a las mismas, achacando a nada menos que a motivos de naturaleza de una suerte de nuestro ADN latino.

Es así que la respuesta parece apuntar a razones muy profundas, a nuestra construcción, a algo que sencillamente no podemos evitar, pues, resulta siendo parte de nuestra propia naturaleza.

Así, analizando a fondo (o tal vez, realmente a fondo), tenemos que señalar que esa incapacidad de poder reflexionar que nos caracteriza como occidentales, no es producto de la casualidad, sino de la causalidad. Así, tenemos que tomar en cuenta que como peruanos (por ejemplo) presentamos inmensas fracturas, ya que no tuvimos las edades del “Renacimiento”, ni “Ilustración” (nos saltamos con garrocha de la edad Antigua a la Moderna). En tal sentido, carecemos de la capacidad de repensar, reflexionar, reaprender a pensar a partir de sí mismo y su entorno –o simplemente renacer-, así como la pérdida de fe en todo tipo de dogmas; que el Renacimiento le otorgó a la Europa en los siglos XI y XV.

He ahí la explicación de nuestra gran tara. A dichas fracturas tenemos que agregarles (en palabras el destacado jusfilósofo y gran docente Juan Carlos Valdivia Cano, en su revelador y agudo ensayo “la enfermedad del amor”), el hecho que somos mestizos hechos o resultantes de una suerte de *tutti frutti* de una cultura autóctona (Inca), moral cristiana, instituciones de poder romanas (Parlamento, Poder Judicial), y estructura mental griega; y griega es o significa (entre otras cosas) platónica. Lo que nos otorga la tendencia de definir las cosas por su objetivo o ideal y no por lo que éstas efectivamente o de manera integral total o completa.

Luego, a la luz de las carencias² occidentales y peruanas reseñadas, huelga citar a Ortega y Gasset (“el hombre no es tal, sino es él y sus circunstancias”), para tener en cuenta que todo lo que nos ocurrió como cultura, trajo como resultado lo señalado y lo cual no se puede salvar o pasar por alto así nomás.³

2 Carencias (de edades) y fracturas (culturales) que también pueden ser investigadas y analizadas por los ciudadanos de cada Estado o país occidental, respecto de su caso concreto; a efectos de poder realmente entender su propia naturaleza y acceder a al estado de lucidez que refiere Juan Carlos Valdivia Cano; para luego, realizar lo propio al respecto.

3 A propósito, no podemos dejar de resaltar que siempre es bueno o saludable conocerse realmente a si mismo (ya sea como persona, como ciudadano, como nacional o como parte de una cultura). Sea cual fuere a la conclusión o verdad a la que arribemos. La verdad (simplemente), por cruda que sea, no mata, solo aturde un poco; pero luego, a partir de ella, podemos efectivamente empezar a ir en busca de nuestra propia solución o evolución. Así, acertadamente se sentencia “conócete, acéptate y superate” y “para saber dónde dirigirte, primero debes tener conocimiento acerca de dónde te encuentras”, además. En consecuencia, es falso como erróneo que alguien pretenda superarse sin previamente haberse conocido y aceptado, o que quiera ir o conseguir algo (la superación o el éxito, por ejemplo), sin tener la menor idea acerca de dónde y cómo se encuentra inicialmente.

11 CONCLUSIONES

El delito de tráfico de influencias presenta una naturaleza interdisciplinar. Ello, implica que no se origina de manera exclusiva y excluyente en el mundo del Derecho, a la vez, que sus efectos dañinos, también se manifiestan en dicha modalidad, esto es, desde la colateralidad.

Su abordaje y descifrado, comporta basilarmente la determinación rigurosa y científica de las causas del mismo y de la corrupción, vía un diagnóstico situacional.

La estructura del tipo penal de tráfico de influencias, presenta serios cuestionamientos, como por ejemplo la aplicación del Derecho Penal del Enemigo.

El tipo penal de delito de tráfico de influencias, comporta la vulneración de diversos derechos fundamentales, de la población, sujeto activo y de sus aristas multidisciplinarias.

12 SUGERENCIAS

Resulta imperioso entender y asumir el tratamiento legislativo desde una perspectiva multidisciplinar, esto es, no solamente jurídica.

A través de un análisis especializado e interdisciplinar, determinar las causas del tráfico de influencias y la corrupción. Con los resultados arrojados, se debe proceder en consecuencia, esto es, a efectos de combatir eficaz y eficientemente la lucha y erradicación del tráfico de influencias y corrupción.

Llevar a cabo el análisis de la determinación del tipo penal de tráfico de influencias, a efectos de lograr una correcta y plausible tratativa.

Llevar a cabo las políticas públicas y jurídicas correspondientes, a efectos de garantizar que el tipo penal de delito de tráfico de influencias, no vulnere los derechos fundamentales citados.

REFERENCIAS

CHANJAN DOCUMET, Rafael *et al.* **El delito de tráfico de influencias y el tratamiento del elemento “caso judicial o administrativo”**. Lima, 2020. Dis-

ponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22447/21674>. Acesso em: 24 set. 2022.

CHAVES, José Ramón. **Principio de buena administración**: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad. España, 2016. Disponível em: <https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/>. Acesso em: 24 set. 2022.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Acerca del concepto de corrupción. *In*: LAPORTA, Francisco; ÁLVAREZ, Silvina. **La corrupción política**. Madrid: Alianza Editorial. 1997.

GILLI, Juan José. **La corrupción**: Análisis de un concepto complejo. Buenos Aires, 2014. Disponível em: https://www.eseade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/08/gilli_riim61.pdf. Acesso em: 24 set. 2022.

LAPORTA, Francisco J; ÁLVAREZ, Silvina. **La corrupción política**. Madrid, 1997.

PASACHE HERRERA, Luis Anthony. **Cuestionamientos sustanciales al delito de tráfico de influencias**. Lima, 2021. Disponível em: <https://www.enfoquederecho.com/2021/04/16/cuestionamientos-sustanciales-al-delito-de-trafico-de-influencias/>. Acesso em: 24 set. 2022.

PUCHURI, Flavio. **Delito de tráfico de influencias**: una de las modalidades de corrupción más comunes en el ámbito público y privado. Lima, 2018. Disponível em: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/delito-de-trafico-de-influencias-una-de-las-modalidades-de-corrupcion-mas-comunes-en-el-ambito-publico-y-privado/>. Acesso em: 24 set. 2022.

RAMOS ROLLÓN, Marisa; ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. **El control de la corrupción en América Latina**: agenda política, judicialización e internacionalización de la lucha contra la corrupción. Madrid, 2019. Disponível em: https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/07/DT_FC_11.pdf. Acesso em: 24 set. 2022,

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Corrupción**. Madrid, 2021. Disponível em: <https://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n>. Acesso em: 24 set. 2022.

O FORNECEDOR NA ECONOMIA COMPARTILHADA: UMA RESSIGNIFICAÇÃO CONCEITUAL

MARCIO PASQUALLI AFONSO¹

1 INTRODUÇÃO

O capitalismo tem como um de seus fundamentos a oferta de produtos e serviços no mercado, o estímulo ao consumo revelou-se um componente de grande valia neste processo. As empresas tentaram moldar as necessidades de consumo à vida cotidiana através de estratégias de marketing e publicidade agressivas.

Contudo, na era digital uma nova realidade do processo socioeconômico, e também jurídico, se desenvolve com uma característica relevante que é a superação da lógica do hiperconsumismo, na qual se destacava a prevalência da propriedade e do acúmulo de bens.

Nesta mudança econômica e comportamental, faz-se necessário uma reformulação de parâmetros sustentáveis e saudáveis ao capitalismo, com a principal mudança de uma mentalidade de propriedade para uma mentalidade do uso e do acesso.

Uma das forças que impulsionam essa mudança de paradigma é o acesso a internet e o uso de redes sociais, que possibilitam a conexão das pessoas, independente do fator geoespacial em que se encontram. Assim, presentes estavam os requisitos para o surgimento de um consumo baseado na rede, e que de maneira inicial ocorre entre pares, podendo ser substantivado de consumo compartilhado.

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

A reformulação de acesso a bens e serviços das formas convencionais, por meio de plataformas digitais que garantem confiança às negociações, tendo o compartilhamento como essência de uma nova forma de consumo, mostra-se alternativa para a experimentação das coisas e de experiências, não se delimitando tão somente à posse ou à propriedade de ativos, mas também, a reformulação de conceitos, sujeitos e outros elementos que moldam uma forma diferente de consumir.

O presente artigo é dividido em três partes, estruturado de forma a estabelecer a ampliação do consumo compartilhado, enaltecer um novo agente na economia compartilhada, e por fim, destacar a confiança no fornecedor como vetor axiológico.

A metodologia utilizada é a de natureza básica, privilegiando a abordagem hipotético-dedutiva, pesquisa descritiva, qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica.

2 AMPLIAÇÃO DO CONSUMO COMPARTILHADO

Uma mudança na forma de consumir apresenta-se de maneira irremediável: o denominado consumo compartilhado. Essa forma de consumo surge como um modelo de contraponto ao consumo desenfreado, irresponsável, que privilegiava o acervo de ativos, sem que o uso fosse considerado de modo habitual, ou seja, da propriedade pela simples propriedade.

O consumo compartilhado é compreendido como um instrumento democrático de acesso a bens e serviços, que contribui para o aumento da quantidade de fornecedores, possibilitando a inserção de novas mercadorias no mercado, reduzindo o desperdício e fomentando a inovação. O resultado do consumo compartilhado enaltece a capacidade, a qualidade e as perspectivas da economia (XAVIER, 2020).

O modelo de consumo compartilhado foi definido por Cláudia Lima Marques como “um sistema ‘negocial’ de consumo (collaborative-consumption), no qual as pessoas alugam, usam, trocam, doam, emprestam e compartilham bens, serviços, recursos ou commodities, de propriedade sua, geralmente com a ajuda de aplicativos e tecnologia online”, de modo a se configurarem por “relações de confiança, geralmente contratuais, a maioria onerosa [...], sendo gratuito o uso do aplicativo, mas

paga uma porcentagem do ‘contratado’ ao guardião da tecnologia online” (MARQUES, 2017, p. 248).

No mesmo sentido, Bruno Miragem (2016, p. 561) afirma que são “novos modelos de negócio não mais concentrados na aquisição da propriedade de bens e na formação de patrimônio individual, mas no uso em comum – por várias pessoas interessadas – das utilidades oferecidas por um mesmo bem”.

Interpretado como fenômeno – o consumo compartilhado – admite várias formas de acepção. Desde o ponto de vista econômico, que demonstra a redução de custos e otimização de recursos motivados pelo compartilhamento, até o ponto de vista cultural, que vislumbra neste modelo enaltecido pela internet uma reação ao consumismo e adesão a sustentabilidade (MIRAGEM, 2016, p. 561).

Deste modo, é possível considerar que o consumo compartilhado admite dois modelos, um com acepção relacional, que detém como característica principal a colaboração e a cooperação pura, ou seja, sem que se tenha a presença de fornecedores profissionalmente organizados e as partes envolvidas não objetivem lucro; e outro com acepção comercial, que detém os elementos de uma relação de consumo que está dentro do mercado global de negócios e conectado, no qual se terá um fornecedor, ou múltiplos, ainda que não aparente (MUCELIN, 2018).

Impende ressaltar que o compartilhamento de bens não se revela em uma novidade. E, o exemplo disso são os contratos de multipropriedade imobiliária – também chamados de time sharing – já conhecidos no mercado de turismo². Contudo, essa nova modalidade de compartilhamento de uso de bens ou de acesso a serviços possui características peculiares que se relacionam com o momento que se vive, destacando-se: (i) a existência de plataformas digitais que conectam as pessoas; (ii) a condição de que uma das pessoas conectadas dispõe o bem ou a força do trabalho, não necessariamente como profissional; (iii) a nova economia

2 O Instituto da Multipropriedade Imobiliária ou Time Sharing como também é conhecido caracteriza-se como uma modalidade de condomínio destinada a locais de lazer no qual se partilha o uso do bem imóvel em frações fixas de tempo, assegurando-se o uso exclusivo entre os coproprietários. Esse sistema nos países de língua inglesa é conhecido como time sharing, multipropriedade na França e na Espanha, proprietáspa-zio-temporale na Itália e direito real de habitação periódica em Portugal. (CRECI-BA, 2020).

estabelecida não se restringe a um mercado específico, podendo ser em vários; (iv) a rápida aceitação entre os usuários tem a capacidade de afetar a economia de setores consolidados em sua forma tradicional, inclusive alguns com forte regulação estatal (OLIVEIRA, 2018).

O componente adicional neste processo de consumo – e por assim dizer novo – é a conectividade que a rede mundial possibilita pela formação de redes sociais e o seu crescente uso, inserindo o compartilhamento, e até a colaboração, no setor econômico, o que reflete na forma e no modo de consumir.

Com base no uso compartilhado, é viável que se eleve a eficiência do uso do produto ou serviço, que se diminua o desperdício, que se estimule a produção de bens com qualidade superior e que se absorva o excesso produzido pelo consumismo excessivo (BOTSMAN; ROGERS, 2011).

Assim, o consumidor não está adstrito a ideia de comprar e construir um patrimônio e concentra ênfase no acesso e uso comum de utilidades fornecidas pelo bem, que pode ser um produto ou serviço. Remontando ao exemplo clássico no qual um determinado indivíduo almeja pendurar um quadro na parede. Para tanto não subsistem motivos para a aquisição de uma furadora, pois sua necessidade é um buraco na parede, razão pela qual a locação de um equipamento é o bastante para a satisfação da necessidade principal (MARQUES, 2017).

O evento que iniciou o desenvolvimento do consumo compartilhado foi à crise econômica mundial de 2008, tendo sua origem nos Estados Unidos, em decorrência do colapso da bolha especulativa no mercado imobiliário. Também conhecida como “crise do subprime”³

A retração do consumo indicava o fim do consumismo, ainda que se tivesse um pensamento positivo, sugerindo que os consumidores precisavam ser estimulados a comprar novamente. De qualquer modo, o modelo tradicional de consumismo estava superado, não se aceitava mais o “compra-uso-descarte” (MUCELIN, 2018, p. 80). É neste sentido que as preocupações ambientais e a conscientização do alto custo do consumis-

3 A crise financeira de 2008, popularmente chamada de crise do subprime, foi um dos piores desastres econômicos globais dos últimos anos. Originada nos EUA, ela teve início com o estouro da bolha de hipotecas no mercado financeiro e se alastrou pelo restante do mundo, com efeitos catastróficos e duradouros. Os instrumentos financeiros envolvidos são bem complexos, mas o processo que levou à crise pode ser facilmente analisado a partir de incentivos econômicos e forças de mercado (ESTADÃO, 2021).

mo iniciaram o processo de afastamento gradual da sociedade do hiperconsumismo, tornando-a propensa ao compartilhamento, à agregação, à abertura e à cooperação (BOTSMAN; ROGERS, 2011).

A visão do consumo compartilhado como um estilo de vida e de consumo sustentável, que se desenvolve em valores sociais e culturais, deve ser sopesado com seu porque inicial, que é a redução de seus custos econômicos. Logo, o que era gratuito passa a ter valor econômico, remunera-se o que antes era uma carona, uma hospedagem de final de semana de parentes dos amigos, o uso da furadeira do vizinho, da vaga extra da garagem, etc (MARQUES, 2017).

3 UM NOVO AGENTE NA ECONOMIA COMPARTILHADA

Os modelos de negócio na economia compartilhada se caracterizam pela presença de um agente de grande importância e destaque, as denominadas plataformas digitais. Essas evidenciam dois grupos com finalidades diferentes, ou seja, a depender do modo de funcionamento da plataforma pode-se classificar o modelo de negócio econômico como próprio (típico) ou impróprio (atípico) (XAVIER; ALVES; SANTOS, 2020).

Ao se tratar de um modelo próprio (típico) a plataforma desempenha função típica de informação, restringindo-se a intermediação digital entre o usuário e o prestador de serviço. É possível a prestação de serviço acessório sem que ocorra a desfiguração da natureza do negócio, como por exemplo, seguro. A plataforma não desempenha suas atividades na produção ou oferecimento de qualquer mercadoria. É admitido também operações entre particulares, com a participação de plataformas, com objetivo de compartilhar gastos decorrentes do intercâmbio de bens e serviços, o que traduz a ausência do intuito lucrativo entre os sujeitos envolvidos (SERRANO, 2017).

Figura 1: modelo próprio



Fonte: Vera Demary (adaptado)

O modelo impróprio (atípico) privilegia o aspecto econômico, e a prestação do serviço é realizada de forma profissional, ainda que o executor da tarefa não seja um profissional propriamente dito. Geralmente, a plataforma não passa mais a oferecer a mera intermediação e passa a oferecer serviços adjacentes, como transporte e hospedagem, operações que visam o lucro, servindo-se das necessidades dos usuários que dependem das atividades para o trabalho. Ainda, são possíveis situações em que a plataforma se restrinja a intermediação digital pura, mas os prestadores de serviços operam de modo profissional e lucrativo (SERRANO, 2017).

Figura 2: Modelo impróprio



Fonte: Vera Demary (adaptado)

Os conteúdos tratados, no modelo próprio ou impróprio, objetivam representar uma noção geral do que acontece, normalmente, nas operações mediadas por plataformas. Deste modo, não se repele a possibilidade de o particular desempenhar, em determinado momento ou contexto, atividade como prestador de serviços, com objetivo de auferir vantagem econômica. E, ainda que não seja considerada como ati-

vidade profissional ou empresa, tal situação será imprópria (XAVIER; ALVES; SANTOS, 2020).

As plataformas digitais desempenham papel de “gatekeepers”⁴, ou guardião do acesso, que são o lugar de encontro onde a economia compartilhada acontece, e sem o qual não se teria nenhuma relação de consumo. Assim, é mais bem visualizado como viabilizadores de determinado modelo de negócio, e não como intermediários, exatamente porque essa qualificação poderia desvirtuar o papel desempenhado pela plataforma, como sendo um singelo anúncio, não estando inserido na relação jurídica, fato esse que não é o que se visualiza com essa dinâmica negocial (MARQUES, 2019).

O “gatekeeper” é o agente que possibilita e estrutura o negócio, de forma a fazer com que os interessados adiram a esse modelo de consumo. Além disso, ele disponibiliza o espaço e os instrumentos de controle de oferta e de demanda por meio de sites ou aplicativos. Não se trata de um mero facilitador, mas sim de uma estrutura de todo o modelo mercadológico, pois tem a ingerência direta nas obrigações assumidas pelas partes, impondo contrato, aplicando penalidades por comportamento inadequado ou mau uso da ferramenta, e estabelecendo um ambiente de confiança entre as partes (CHASE, 2015 *apud* MUCELIN, 2018). Assim, as plataformas exercem controle sobre o que os participantes podem ou não fazer, exigindo que se cumpra uma série de requisitos para que se possa usar do ambiente digital (CHASE, 2015 *apud* MUCELIN, 2018).

Visualizado de outra maneira, tais relações que são de consumo, apesar de poderem estar sendo realizadas por duas pessoas leigas e não sob uma concepção profissional, contaminam-se por um fornecedor diverso, o principal fornecedor da economia do compartilhamento, que é organizado e remunerado: a plataforma digital – guardião de acesso, “gatekeeper”. Deste modo, é possível contatar a pessoa que irá alugar determinado bem, casa ou sofá, por tempo determinado, somente com a utilização do aplicativo ou site, só se consegue um transporte se o aplicativo estiver instalado no celular. O guardião do acesso é aquele que desenvolve o negócio de consumo sem que realize a prestação do serviço ou bem, faz papel de intermediário, e por vezes coordena o pagamento para ambas as

4 Tradução livre: porteiro ou portaria.

partes, com incentivo de metodologia de avaliação que gera confiança e segurança para os leigos envolvidos no negócio (MARQUES, 2019).

De um lado o consumidor tido como clássico, o que compra, aluga, se deixa transportar, aquele que paga e remunera – ambos – fornecedores, está na posição de consumidor *stricto sensu*, destinatário final do serviço ou do produto, mesmo que por tempo determinado. Já do outro lado, é possível que se tenha um profissional ou um leigo, mas ambos prestam um serviço remunerado, e a presença de um fornecedor principal, aquele que organiza o compartilhamento contagia a relação de consumo, trazendo deveres de boa-fé para este que oferece o serviço ou produto a compartilhar (MARQUES, 2019).

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 3º define como fornecedor “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Assim, não é incauto aquele que compartilha por dinheiro o serviço ou o produto em uma sistemática de economia compartilhada, e seus deveres com a informação, a cooperação e o cuidado com a saúde e dados do consumidor, que é o destinatário final – em consonância com a disciplina do CDC – devem ser semelhantes ao exigidos de um fornecedor na economia “tradicional”, e aquele que organiza o encontro de compartilhamento não é outrem, senão um fornecedor, que desempenha a função de guardião do acesso, e como fornecedor que é será responsabilizado (MARQUES, 2019).

4 A CONFIANÇA NO FORNECEDOR (PLATAFORMA) COMO VETOR AXIOLÓGICO

A confiança traduz uma das bases de coesão social a partir das quais os membros de uma comunidade firmam padrões para a convivência interpessoal, é fundamento de redução da complexidade da vida social. Esse sentimento se manifesta, na sociedade contemporânea, para reforçar a tutela das expectativas legítimas dos indivíduos para com o comportamento alheio (MIRAGEM, 2017).

Um dos elementos centrais da economia do compartilhamento é o estabelecimento de uma relação de confiança entre os usuários das plataformas digitais. E, isso se deve ao fato de que ao aproximar dois estranhos a plataforma estabelece uma relação baseada em sua própria marca, gerando expectativas em relação aquilo que se está contratando: uma estadia, um transporte, etc. A marca em si expressa um prestígio que desperta certa confiança entre contratantes e não contratantes (MARQUES, 2019).

A confiança e a expectativa geradas pela plataforma fazem surgir uma convicção de que tudo dará certo. A crença de que, por exemplo, o motorista do aplicativo de transporte que virá é habilitado, cuidadoso, educado, pontual; que o veículo é um carro em bom estado de conservação, limpo, vistoriado; e, ainda, que seus dados pessoais não serão indevidamente utilizados e tudo mais (SCHWARTZ, 2017).

Assim, a confiança se revela um valor econômico para as plataformas, que atuam estimulando a confiabilidade por meio de sistemas de avaliação, reputação e outros instrumentos que possam garantir a segurança do meio de pagamento e no ambiente virtual de modo geral, inclusive com sanções aqueles que infringirem as regras previstas nos termos de condição de uso (VERBICARO; CALANDRINI, 2022).

Deste modo, a atuação dos agentes – quer seja plataforma, prestador, consumidor – na economia compartilhada, sejam atos, dados, omissões, fazem nascer expectativas legítimas naqueles em que a confiança é despertada. Confiar é acreditar, criar fidelidade, manter a conduta, as escolhas; confiança é a aparência, informação, transparência, diligência e ética nas vontades negociais (MARQUES, 2007).

A confiança funciona em dois diferentes aspectos: um vislumbrado como uma confiança externa, que é aquela em que os usuários têm diretamente na plataforma digital, ou seja, os consumidores confiam no site ou aplicativo colaborativo; e outro sendo uma confiança interna, não mais firmada na plataforma, mas na relação com a parte que irá prestar o serviço ou a disposição do bem, já que é imperioso, na maioria das vezes, uma transposição do virtual para o real à concretização do negócio. Importante enaltecer que esses dois aspectos são conectados, formando um sistema circular que se liga entre o consumidor à plataforma e a plataforma ao prestador, formando um círculo na confiança depositada entre as partes que integram essas relações (MUCELIN, 2018).

Merece destaque que aqueles que fazem às vezes de reais fornecedores – o prestador de serviço ou quem disponibiliza o bem – não possuem relação de natureza trabalhista com as plataformas, sendo que não é possível que sejam prepostos. Do mesmo modo, não se pode classificá-los como representantes autônomos, pois, na realidade, são as plataformas quem os representa, e não de modo contrário. Logo, o representante é aquele que mantém a boa imagem do produto ou serviço fabricado ou fornecido por outrem, e não aquilo que é fabricado ou fornecido por ele próprio. A plataforma representa um “cartão de visita” dos ofertantes e funciona, essencialmente, como um catálogo dinâmico (SCHWARTZ, 2017).

Desta forma, confiança enseja responsabilidade à parte que, por suas ações em sociedade, gera justificadamente expectativa no adimplemento de determinadas obrigações, está condicionado a suportar o ônus da confiança que sua postura provocou, ou seja, a confiança depositada na plataforma digital leva a uma expectativa de fruição da prestação acordada por parte do prestador (VERBICARO; CALANDRINI, 2022).

Neste ponto, é importante destacar a nomenclatura utilizada por Fábio Schwartz, que desenvolve o conceito de “fornecedor fiduciário”. *Fidúcia* é vocábulo com origem no latim *fidere*, que significa *confiar*. Logo, é signo linguístico no qual o significado primordial é confiança. É necessário examinar que, em português, os sufixos *ante*, *ente*, *inte* – como em despachante, resistente, constituinte, respectivamente – podem designar autor, ou seja, aquele que pratica a ação indicada no radical da palavra. De outro modo, o sufixo *ario* – como em locatário – pode designar o recebedor, o destinatário da ação (SCHWARTZ, 2017). “O consumidor (fiduciante) é o autor da contratação em confiança e o fornecedor fiduciário, o destinatário desta confiança” (SCHWARTZ, 2017, p. 231-232).

Uma atividade, ainda que intermediária, sem pagamento direto ou indireto pelo consumidor, na qual a *fides* (a confiança) é a base central, funcionando o intermediário como autêntico “fiador” da integridade daquele que oferece o bem de consumo, pode-se dizer que este é um *fornecedor fiduciário*. Ou seja, aquele que é o responsável por eventuais falhas nos produtos ou serviços que “afiançou” com sua marca e reputação (SCHWARTZ, 2017, p. 232).

Diante desse raciocínio, Fábio Schwartz propõe um conceito de fornecedor fiduciário, como:

[...] todo provedor de aplicação de internet que com seu comportamento, atuando como intermediário, em conexão contratual, através da marca, mecanismos de reputação, ou outra ferramenta idônea, gera confiança no consumidor, aprofundando legítimas expectativas de qualidade e adequação dos produtos e serviços fornecidos e prestados por outrem no mercado de consumo. (SCHWARTZ, 2017, p. 232).

Assim, sustenta Fábio Schwatz (2017) que reconhecida a figura do fornecedor fiduciário, esse poderá ser responsabilizado por vícios e defeitos dos produtos ou dos serviços prestados pelos fornecedores finais, de acordo com os termos dos artigos 12 a 20 do CDC.

Contudo, para Cláudia Lima Marques (2019) não resta dúvida que este intermediário desenvolve atividades de prestação de serviços, e sendo assim, está adstrito ao conceito de fornecedor do art. 3º do CDC, e como tal responde pelas falhas na prestação do serviço.

Inegável é que a confiança é o fundamento da vida social, quer seja nas relações negociais, quer seja nas relações da vida cotidiana. Os enlaces que formam essas relações são compostos de comportamento ativo e probó, e também pela realidade dada, com o respeito e consideração ao outro, à palavra empenhada e às legítimas expectativas geradas (MIRAGEM, 2016).

5 CONCLUSÃO

O consumo compartilhado, na contemporaneidade atual, ultrapassou o status de uma tendência econômica ou uma condição pós-crise, é, sim, uma forma de consumo reestruturada pela internet e pelos dispositivos móveis – com acesso a internet –, que interliga os consumidores diretamente. E, muitos desses têm por aumentada a sua vulnerabilidade por estarem em um ambiente virtual e pelo controle que as plataformas exercem neste tipo de modelo negocial, com ingerência sobre a relação jurídica, os termos contratuais, o sistema de reputação e avaliação, os eventuais rankings, e também, as possíveis punições.

Importante destacar que irrelevante é a denominação dada a esses tipos de consumidores, mesmo que ocorra entre pares, é imperioso reconhecer que são sujeitos de direitos, vulneráveis, dignos de tutela e proteção que o direito do consumidor pode propiciar, ainda mais porque

fornecedores – ora escondidos, ora nem tanto – sistematizam o enredo de fornecimento, garantem as transações, organizam a oferta e a demanda, aplicam punições, e servem de ponto de encontro para que esse consumo ocorra – condições que não afastam as características de desigualdade e assimetria da relação de consumo.

O consumo compartilhado alterou o modo como os consumidores e fornecedores se relacionam, alterando fundamentalmente a relação de consumo tradicional. Reconstruiu e realinhou a importância e a dinâmica da confiança na relação de consumo e nas negociações, do mesmo modo que propiciou o surgimento de uma nova modalidade de comércio eletrônico, baseado em um senso de comunidade, de conectividade e de comunicação. Modelo que modificou os esquemas de fornecimentos, não mais estruturados em cadeia, mas em sistemas de circulação e consumo de recursos, denotando uma ideia de movimento, de fluxo ativo de bens e serviços, com base na confiança e na expectativa depositadas nessas relações múltiplas.

Portanto, a relação entre consumidor e fornecedor, modelo no qual o direito do consumidor foi estruturado precisa ser repensado, isso porque um paradigma de antagonismo e estaticidade, baseado na noção de propriedade já não é mais o único meio de se consumir. É indispensável à construção de um paradigma mais dinâmico, flexível, estruturado no acesso de bens e serviços, e também nas predileções existenciais dos agentes envolvidos e que supra as complexidades e necessidades cada vez maiores no mercado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 13 jun 2022.

BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. **O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar nosso mundo**. Trad. Rodrigo Sardenberg. Porto Alegre: Bookman, 2011.

DEMARY, Vera. Competition in the sharing economy. In: Contributions to the political debate by the Cologne Institute for Economic Research. **Institut der deutschen Wirtschaft Köln**, jul. 2015.

Marques, Claudia Lima. A nova noção de fornecedor no consumo compartilhado: um estudo sobre as correlações do pluralismo contratual e o acesso ao consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 111/2017, p. 247 – 268, maio/jun. 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3. ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019. 6 Mb; e-PUB 3. ed. em e-book baseada na 9. ed. impressa. *Ebook*.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. A proteção da confiança no direito privado: notas sobre a contribuição de Claudia Lima Marques para a construção do conceito no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 111/2017, p. 397 – 407, maio/jun. 2017.

Mucelin, Guilherme. Peers Inc.: a nova estrutura da relação de consumo na economia do compartilhamento. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 118/2018, p. 77 – 126, jul./ago. 2018.

Muñoz, Pablo Jarne. El prosumidor como figura clave em el desarrollo Del Derecho del consumo derivado del mercado digital. **Revista CESCO de Derecho de Consumo**, n.º 19/2016, p. 41 – 51. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjto4eWkdX3AhUULrkGHeZOA-UQFnoECAoQAQ&url=https%3A%2F%2Fdia.net.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5807263.pdf&usq=AOvVaw1U2jOaH-CSKl2108p0HSqYd>. Acesso em: 10 maio 2022.

OECD. **Protecting consumers in peer platform markets**. In: OECD Digital Economy Papers. n. 253, 2016, p. 1 – 142.

Oliveira, Amanda Flávio de. Economia colaborativa e desafios ao ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 115/2018, p. 479 – 495, jan./fev. 2018.

SCHWARTZ, Fabio. A economia compartilhada e a responsabilidade do fornecedor fiduciário. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 111/2017, p. 221 – 268, maio/jun. 2017.

SERRANO, Luis María Miranda. Economía colaborativa y competencia desleal. **Revista de Estudios Europeos**, n. 70, jul.-dez. 2017. p. 197 – 249. Disponível em: <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/28427/Estudios-Europeos-2017-70-Econom%c3%ada-colaborativa-y-competencia-desleal-deslealtad...%28197-249%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 mai 2022.

VERBICARO, Dennis; CALANDRINI, Jorge. A proteção da confiança do consumidor e a base do legítimo interesse na Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 139/2022, p. 73 - 99, jan./fev. 2022.

XAVIER, Yanko Marcus de Alencar; Alves, Fabrício Germano; Santos, Kleber Soares de Oliveira. Economia compartilhada: compreendendo os principais aspectos desse modelo disruptivo e os seus reflexos na relação de consumo e no mercado econômico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 128/2020, p. 163 – 203, mar./abr. 2020.

PROTEÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

GABRIEL PESSOTTI DA SILVA¹

JENIFER CARINA PEREIRA²

JOSÉ EVERTON VIANA DA SILVA³

1 INTRODUÇÃO

A nova era da informação, representada pela Quarta Revolução Industrial, demonstra que a sociedade passa por uma transformação no que tange à velocidade com que os dados são disseminados. As novas tecnologias, caracterizadas pela facilidade de unir o físico do virtual, provocam mudanças disruptivas e para tanto, utilizam-se, de forma majoritária e por vezes irrestritas, de dados sensíveis para se consolidarem (SCHWAB, 2016).

Nesse passo, o interesse pela pesquisa surgiu a partir do questionamento quanto à justificativa dos mecanismos de proteção de dados pessoais trazidos pela Lei Geral de Proteção de Dados, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, sendo esse, o **objetivo geral**.

-
- 1 Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Graduado em Direito pela UNIVALI. Bolsista CAPES. Itajaí/SC, Brasil. E-mail: gabriel.pessotti@edu.univali.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1639714821580674>.
 - 2 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Graduada em Direito pela UNIVALI. Bolsista CAPES; Pós-graduanda em Direito Processual Civil. Advogada OAB/SC 60.708. E-mail: jenifer@bortolattoadvogados.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3568209625710114>.
 - 3 Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Fundação Universidade Regional de Blumenau. Professor do Programa Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade do Vale do Itajaí.

Quanto aos **objetivos específicos**, elencam-se os seguintes: analisar a Lei Geral de Proteção de Dados, com ênfase no direito à privacidade; abordar a Análise Econômica do Direito e como ela justifica determinada escolha, por fim, verificar se os mecanismos propostos pela LGPD são eficientes quanto à proteção do direito à privacidade, à luz da Análise Econômica do Direito.

Quanto à **metodologia**, utilizou-se o método indutivo, aliado à técnica da pesquisa bibliográfica, por meio da leitura de obras de autores nacionais e internacionais que versam sobre Direitos Fundamentais, Economia, além da análise de legislações correlacionadas à discussão em tela.

Finalmente, o presente ensaio concluiu, mesmo sem esgotar o tema, que, a partir da Análise Econômica do Direito, os mecanismos propostos pela Lei Geral de Proteção de Dados na promoção do direito à privacidade são justificados, tendo em vista que suas ferramentas tornam o ambiente de tratamento de dados mais seguro para a privacidade dos titulares de dados.

2 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E O DIREITO À PRIVACIDADE NO BRASIL

O esforço legislativo para garantir o direito à privacidade já percorreu um longo caminho. Menciona-se, a exemplo, que na Inglaterra, no século XVI, anunciava-se o princípio da inviolabilidade do domicílio, cujo fundamento primordial consistia na máxima de que “a casa de um homem é seu castelo” (VIEIRA, 2007).

Em momento posterior, já no século XVIII, a sociedade recepcionou inúmeras transformações sociais, políticas e econômicas, muito em razão da eclosão da Revolução Industrial. Então, os indivíduos que possuíam estrutura suficiente para construir suas próprias moradias passaram a usufruir da benesse que ficara conceituada de privacidade. Com isso, verifica-se que a privacidade, em sua origem, apresentou-se como um privilégio daqueles que possuíam elevado poder aquisitivo (MORAES, 2008.).

Vieira (2008, p. 32) explica que, em meados do século XIX, na Alemanha, David Augusto Röder publicou um trabalho em que definiu como violação ao direito à vida privada o ato de ser indelicado, ou seja, constranger um terceiro com questionamentos inconvenientes ou então,

adentrar em uma residência sem o devido anúncio. Já na França, o direito à privacidade demonstra reconhecimento em 1853, oportunidade em que o Tribunal de Séné reconheceu a inviolabilidade de imagens de uma atriz em seu leito de morte.

Assim, verifica-se que a privacidade era tema de discussão e de preocupação nas mais variadas sociedades desde muito antes de se cogitar a elaboração de uma Lei destinada para este fim.

De todo modo, importante destacar que o conceito de privacidade recebeu reconhecimento formal da comunidade jurídica como direito, quando dois advogados norte-americanos, Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, publicaram um artigo cuja preocupação com a privacidade se demonstrou extremamente evidente. Assim, importa mencionar que,

Naquela oportunidade, em Boston, a imprensa local preocupava-se sobremaneira em divulgar os mexericos do salão de determinada senhora, esposa de um dos advogados. Preocupados com as constantes invasões da vida pessoal e familiar por jornalistas e com ameaças representadas por “recentes invenções e métodos negociais”, delinearum os contornos de um “direito à privacidade”, também denominado “direito de estar só” (right to be let alone), fundamentando não em bases físicas, mas morais, não em direitos clássicos como o da propriedade, mas na “inviolabilidade da personalidade” (inviolable personality), e de onde emergem como objetos de proteção só pensamentos, as emoções e os sentimentos íntimos do indivíduo, independentemente de sua forma de expressão (MACEIRA, 2015, p. 31).

Dessa forma, tão ampla fora a repercussão da discussão abordada pelos advogados, que o reconhecimento do trabalho não ficou limitado às fronteiras norte-americanas, espalhando-se, gradativamente, ao restante do ocidente. Frisa-se que a sociedade estadunidense foi a pioneira quanto a reconhecer como direito autônomo o estudo da privacidade (MACEIRA, 2015, p. 30).

Ato contínuo, inevitável mencionar que o mundo passou por barbáries, especialmente no início da metade do século XX, diante da existência de regimes totalitários que resultaram no extermínio de milhões de indivíduos, bem como de inúmeras informações relacionadas à época. Esse cenário evidenciou a violação ao que hoje se denomina priva-

cidade, já que o fim último consistia em preservar a ideologia do Estado, sem qualquer preocupação com direitos fundamentais, especialmente, quanto à privacidade humana (DONEDA, 2006, p. 31).

No período pós-guerra, a privacidade ganhou reconhecimento na Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, senão veja-se:

Artigo XII: Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências e ataques (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A partir de então, em especial a partir da década de 60, verifica-se o aumento da preocupação com a privacidade humana e, paralelamente, o crescimento na coleta e circulação de informações e dados, os quais são frutos do desenvolvimento tecnológico, de uma “capacidade técnica cada vez maior de recolher, processar e utilizar a informação” (DONEDA, 2006, p. 12). Consequentemente, compreende-se que proteger a privacidade passou a ser sinônimo de proteger a essência humana.

No Brasil, o direito à privacidade é considerado direito fundamental e direito de personalidade⁴. O direito à privacidade está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso X, que determina ser inviolável “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

4 [...] o direito à privacidade começou a ser incluído na legislação civil – enquanto direito de personalidade – sendo, ao final, reconhecido como direito fundamental protegido em sede constitucional. Dentre as constituições atuais, observa-se que algumas Cartas preveem a privacidade apenas de forma genérica; em outras, a privacidade nos meios de comunicação e, por fim, há aquelas que protegem a privacidade sob esses dois aspectos e também a privacidade informacional, como as de Portugal, Hungria, Eslovênia e Rússia. Ainda mais inovadora se apresenta a Constituição espanhola que além de garantir o direito à intimidade e à vida privada, à privacidade do domicílio, à privacidade das comunicações, ainda limita o uso da informática para garantir a intimidade pessoal e familiar (artigo 18). [...]. Hoje, a maior parte dos países democráticos tutela a privacidade na própria Constituição, exceto alguns países de raiz common law, como Reino Unido, que reconhece o direito à privacidade mediante jurisprudência.” VIEIRA, 2007.

Quanto ao disposto, importa destacar que a Lei Geral de Proteção de Dados, marco da proteção à privacidade no direito brasileiro, faz referência ao direito fundamental da privacidade ao enunciar seu objetivo protetivo⁵.

Nesse contexto, a Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, a LGPD, merece destaque por resgatar alguns princípios e fundamentos elencados no *General Data Protection Regulation* (GDPR)⁶, mas principalmente, pela preocupação em apresentar mecanismos que protejam os Direitos Fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, de forma a regulamentar o acesso aos dados sensíveis, sem prejudicar à escolha de cada indivíduo.

Na LGPD, o legislador parece ter adotado a teoria de que o conceito de privacidade é amplo e engloba a intimidade. O termo intimidade aparece em dois momentos no texto da lei: como fundamento da disciplina da proteção de dados pessoais⁷ e como direito do titular⁸; por sua vez, o termo privacidade aparece em quantidade aproximada a 30 (trinta) momentos ao longo da legislação.

Assim, não é demais mencionar que a Lei Geral de Proteção de Dados consiste em uma norma principiológica, o que se confirma com os inúmeros princípios elencados como cruciais para sua aplicação. Já no início da Lei, no artigo 2º⁹, o legislador apresenta os fundamentos da

5 Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

6 Trata-se de um Regulamento Geral sobre a Proteção e Dados do direito europeu, que versa sobre privacidade e proteção de dados pessoais. UNIÃO EUROPEIA, 2016.

7 Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

8 Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.

9 Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; II - a autodeterminação informativa; III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

proteção de dados e, em seguida, o artigo 6º expõe o rol de princípios que direcionam a aplicação da norma.

Evidencia-se, portanto, que a legislação visa fortalecer a proteção da privacidade do titular dos dados, a liberdade de expressão, de informação, de opinião e de comunicação, assim como a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem e, finalmente, o desenvolvimento econômico e tecnológico.

Assim sendo, dentre os inúmeros pontos que merecem destaque, esta pesquisa limitar-se-á a uma breve explanação acerca das linhas principais propostas pelo legislador quando da publicação da norma, quais sejam: o consentimento manifestado pelo titular dos dados e a possibilidade de sua revogação, a fim de que a utilização de suas informações, as quais materializam a privacidade individual, cesse imediatamente, quando assim desejado, o que se confirma por meio do artigo 8º, § 5º, o qual determina que:

Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.[...]

§ 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei (BRASIL, 2018).

Com isso, confirma-se a necessidade de que a utilização dos dados sensíveis não fique à disposição do controlador *ad aeternum* e de forma irrestrita. Ao contrário, prevê o legislador que, em caso de manifestação de vontade, o titular poderá revogar o consentimento e os seus dados deverão permanecer resguardados.

Ou seja, a LGPD, além de apresentar medidas que dificultam o acesso inconveniente aos dados pessoais sensíveis, preocupa-se, em grau maior, com o preenchimento das lacunas provocadas pelo aumento desenfreado do interesse pelo acesso aos dados pessoais, já que eles são essenciais para a obtenção de autonomia e liberdade no mercado contemporâneo.

A preocupação da Lei Geral de Proteção de Dados corrobora com a necessidade de garantir que os Direitos Fundamentais sejam respeitados, isso porque, em tempo,

o acesso e tratamento de dados pessoais da população em geral dá causa a repercussões não apenas econômicas, mas afeta também, profundamente, relações sociais e políticas, dado suas interações com temas aparentemente distintos entre si, com a qualidade do debate público, a liberdade de manifestação, a proteção da reserva pessoal e da privacidade, dentre outros temas fundamentais para o desenvolvimento humano (MIRAGEM, 2019, P. 159).

Ou seja, considerando que o acesso aos dados sensíveis interfere diretamente na privacidade de cada indivíduo, surge então a necessidade de garantir que o avanço tecnológico provocado pela Quarta Revolução Industrial não viole o direito à privacidade, este, resguardado pela Lei Geral de Proteção de Dados.

Nesse cenário, imperioso reiterar que o direito à privacidade encontra respaldo, além de todos os dispositivos e estudos mencionados até então, na Constituição da República Federativa do Brasil e por isso, conforme Sarlet (2018, p. 393) leciona, alcança as relações privadas e estatais, devendo, de igual maneira, possuir mecanismos eficazes o bastante de maneira a resguardá-los.

Diante disso, verifica-se que o contexto social, mesmo que por vezes influenciado pelo âmbito privado, a exemplo do avanço tecnológico, precisa estar em harmonia com o direito à privacidade, dado a sua importância para garantir a eficácia do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, confirma-se a necessidade de que os Direitos Fundamentais, em especial, o direito à privacidade, sejam integralmente protegidos, mesmo diante dos novos fenômenos sociais que emergem na contemporaneidade, inclusive, diante do avanço da tecnologia e da necessidade do acesso irrestrito aos dados sensíveis (HESSE, 1998, p. 278).

Com a compreensão até aqui explanada, necessário retornar ao seguinte questionamento, o que será respondido no capítulo posterior: os mecanismos propostos pela Lei Geral de Proteção de Dados se justificam quando analisados à ótica da Análise Econômica do Direito?

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO FORMA DE OBSERVAR O FENÔMENO JURÍDICO

Embora possam parecer totalmente estranhos ao Direito, critérios econômicos já eram aplicados para a interpretação jurídica desde a época de Maquiavel, Hobbes e Locke (MACKAAY, 2000, p. 08). Porém, a Análise Econômica do Direito (AED), tal como conhecemos hoje surge a partir do período entreguerras, vinculada ao movimento chamado realismo jurídico, que tinha por característica o entendimento de que a Ciência Econômica e a Sociologia seriam integrantes do Direito e não apenas questões conexas (ESTÊVES, 2020, p. 16).

São dois os autores que se destacam quando se trata do desenvolvimento da Análise Econômica do Direito enquanto teoria autônoma: Ronaldo Coase, professor da Universidade de Chicago, autor do livro *“The Problem of Social Cost”*, que tratou da aplicação da teoria do custo benefício na tomada de decisões jurídicas, como forma de tomada de decisões baseada em critérios de eficiência; e Richard Posner, que, ao publicar o livro *“Economic Analysis os Law”*, sistematizou e expandiu a aplicação da lógica econômica aos problemas jurídicos, possibilitando o exame das questões jurídicas de forma com foco exclusivo na realidade abstrata da norma (ROSA; GONÇALVES, 2017, p. 30).

A partir das obras dos dois autores acima, a AED se consolidou como uma forma de analisar o fenômeno jurídico a partir da aplicação de critérios naturais da economia. Posner (2013, p. 25) aponta que sua pesquisa buscava permitir a conexão entre os problemas legais em concreto e a economia.

Para José Everton da Silva (2016, p. 139), a AED permite, ao mesmo tempo, analisar um fenômeno jurídico e suas interações com o mundo econômico, o qual, em muitos casos, acaba por influenciar a construção da própria norma. No mesmo sentido, Gico Jr (2010, p. 08) aponta que a AED possui um instrumental teórico maduro que permite a compreensão dos fatos sociais e, principalmente, como será a resposta dos agentes sociais às alterações em suas estruturas de incentivo.

A AED se mostra bastante útil na interpretação da norma pois permite a utilização de pressupostos metodológicos para a promoção da alocação de recursos de forma a satisfazer as necessidades do corpo so-

cial. Nesse sentido, importa observar que, para a AED, a compreensão de dois conceitos básicos, o de escassez e de Eficiência, é de extrema importância(ESTÊVES, 2020. p. 25).

No que se refere à escassez, observa-se que a infinitude de recursos faria com que fosse desnecessário racionalizar a sua alocação, uma vez que todos teriam o que quisessem, em qualquer quantidade. Assim, a escassez força a criação de instituições focadas no seu enfrentamento, buscando o direcionamento dos recursos com foco em saciar a necessidade de cada sobre aquele bem escasso, respeitando a necessidade de uma coletividade(ESTÊVES, 2020. p. 25).

Quando se fala em saciar a necessidade de um grupo social, respeitando a escassez de um bem, se fala na gestão consciente dos recursos e, logo, na necessidade de serem feitas escolhas sobre como determinado recurso será consumido. Nesse caminho, a premissa comportamental por trás da AED é de que, nesse contexto de escassez, a escolha será feita como forma de atender aos anseios particulares sejam maximizados(ESTÊVES, 2020. p. 28).

Essa maximização permite a formulação de teorias que permitem simplificar e até mesmo prever a conduta humana, o que permite a alocação dos recursos de forma eficiente. Nesse sentido, Posner(2011, p. 11) afirma que a compreensão econômica dessas questões permite que a alocação dos recursos seja feita de forma focada na eficiência dos recursos, tratando as diferenças com imparcialidade, de modo que, a partir da lógica da AED, se age de forma racional, o que “implica tomar decisões, e as pessoas muitas vezes precisam fazê-lo sob condições de profunda incerteza”.

Salama (2008, p. 16) aponta que parte da comunidade jurídica não entende que a proteção de direitos também consome recursos, visto que toda política pública deve ter uma fonte de custeio. Considerando que os recursos financeiros do Estado também são escassos, o que exigirá a escolha de onde os recursos serão gastos e, por consequência, que algum ponto será preterido. Em última análise, pode-se afirmar, portanto, que até mesmo a tutela ou regulamentação de determinado direito pode gerar um cenário de escassez.

Nesse ambiente de incerteza, a AED dá alguma segurança para que a tomada de uma decisão seja feita de acordo com o objetivo perseguido, balizada unicamente no fator da eficiência, o segundo conceito básico da AED (SILVA, 2016. p. 151.).

A eficiência representa a maximização de uma medida de valor, relacionado diretamente com a ideia de bem-estar social, relacionado ao nível de utilidade inferido por cada agente social, frente à consequência de determinada razão política, jurídica ou social (BOTELHO, 2016).

Ainda que a AED permita a indicação de qual situação se adapte melhor ao ideal de eficiência, é comum verificar a contraposição de que não se pode vincular a fundamentação de decisões apenas a partir da ótica da maximização de riqueza, por isso acabaria por submeter a hierarquia das leis à lógica de custo-benefício, de modo que não se possa reduzir o direito “à condição análoga a de escravo das consequências do mercado, equiparando os direitos fundamentais à categoria de direitos patrimoniais”, o que subverteria os seus conceitos, como apontam Alexandre Morais da Rosa e Jéssica Gonçalves(2017, p. 31).

Observa-se, assim, um ponto interessante quando da aplicação da AED, uma vez que, ainda que os indicadores econômicos apontem uma solução, essa escolha deve levar em conta, também, o tipo de direito tutelado, de forma que a escolha não fique restrita às questões economicistas.

4 ANÁLISE ECONÔMICA E OS MECANISMOS DE PROTEÇÃO AO DIREITO À PRIVACIDADE

Conforme mencionado anteriormente, a privacidade passou a ser reconhecida como elemento essencial de promoção à dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual há enorme movimentação (legislativa, em especial) para promover a elaboração de mecanismos eficazes quanto à sua proteção (COTS; OLIVEIRA, 2018.).

Evidentemente que, com a expansão tecnológica e o crescente interesse quanto aos dados sensíveis, derradeiramente, aumenta-se a preocupação com a forma com que estes dados são utilizados. A Lei Geral de Proteção de Dados, a saber, materializa essa preocupação.

A Lei Geral de Proteção de Dados estabelece como objetivo proteger os direitos fundamentais, dentre eles, o direito à privacidade¹⁰. Des-

10 Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

taca-se, inicialmente, que o legislador procura equilibrar a relação entre as partes do titular e daquele que necessitará utilizar os referidos dados (COTS; OLIVEIRA, 2018.).

Nesse sentido, confirma-se que a busca por esse equilíbrio e pela abrangência quanto à proteção encontra suporte no próprio artigo 1º da Lei, haja vista todos os dados pessoais serem regidos pela LGPD. Isso importa mencionar porque, se o principal objetivo da legislação é criar mecanismos que possibilitem ampla e integral proteção a um determinado direito (privacidade), deve ela integrar todos os agentes possivelmente envolvidos com o tratamento dos dados, especialmente titular e interessado.

Dessa forma, o objetivo protetivo abordado no artigo 1º da LGPD revela-se como mecanismo eficiente, haja vista melhorar a situação dos titulares de dados por meio da proteção expressa dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (MORAES, 2008).

Além disso, destaca-se que o artigo 7º da LGPD¹¹ demonstra a possibilidade de que os titulares pessoais mantenham maior controle de

11 Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias;

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

seus dados, com a devida verificação da forma como serão utilizados, confirmando, com isso, a eficiência quanto à proteção da privacidade.

Ocorre que a regulamentação do direito à privacidade representa um custo às empresas, que deverão se adequar à nova situação, este novo custo faz chocar dois interesses: o da empresa, que tem a função primordial de desenvolver as suas atividades com fim de obter lucro e o do titular dos dados tutelados pela LGPD; diante de um conflito como este, se justifica a utilização da AED como forma de verificar se a opção legislativa pode ser entendida como eficiente.

Nesse passo, cumpre observar que, apesar do interesse primário (lucro) das empresas ser pertinente aos princípios constitucionais brasileiros, verifica-se que, sob a égide da Constituição de 1988, o direito à propriedade privada não é irrestrito, o que pode ser afirmado a partir da necessidade de que as empresas cumpram com a sua função social (COELHO, 2012, p. 81).

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.
~~§ 1º Nos casos de aplicação do disposto nos incisos II e III do caput deste artigo e excetuadas as hipóteses previstas no art. 4º desta Lei, o titular será informado das hipóteses em que será admitido o tratamento de seus dados. (Revogado pela Medida Provisória nº 869, de 2018)~~

~~§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)~~

~~§ 2º A forma de disponibilização das informações previstas no § 1º e no inciso I do caput do art. 23 desta Lei poderá ser especificada pela autoridade nacional. (Revogado pela Medida Provisória nº 869, de 2018)~~

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

§ 3º O tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização.

§ 4º É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei.

§ 5º O controlador que obteve o consentimento referido no inciso I do caput deste artigo que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores deverá obter consentimento específico do titular para esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas nesta Lei.

§ 6º A eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular.

§ 7º O tratamento posterior dos dados pessoais a que se referem os §§ 3º e 4º deste artigo poderá ser realizado para novas finalidades, desde que observados os propósitos legítimos e específicos para o novo tratamento e a preservação dos direitos do titular, assim como os fundamentos e os princípios previstos nesta Lei.

De outro lado, a ausência de proteção jurídica quanto à privacidade se mostra em desacordo com a ideia de bem-estar social, uma vez que deixa os indivíduos desamparados em relação a eventuais abusos cometidos por aqueles que têm acesso aos seus dados pessoais, de modo que a regulamentação dessa questão, a princípio se mostre como vantajosa ao corpo social.

Quando se observa que a atuação empresarial não ocorre de forma irrestrita, somado à ausência de regulamentação quanto à proteção de dados pessoais, verifica-se um descompasso nessa questão, de modo que, ainda que represente um novo custo às empresas, a edição de normas que equilibrem e deem mais transparência à relação entre o titular e a empresa seja benéfica para o contexto social em questão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio teve por finalidade analisar, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, se os mecanismos de proteção do direito à privacidade da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.70. de 14 de agosto de 2018), se justificam.

O primeiro tópico demonstrou os motivos que desencadearam a proteção dos dados pessoais. O segundo tópico, por sua vez, demonstrou como se dá a lógica da AED para que determinada escolha seja considerada como justificada.

Já o terceiro tópico fez um paralelo entre os interesses que podem se cocar a partir dos mecanismos previstos na LGPD quanto à proteção de dados pessoais, demonstrando que a ausência de previsão legal nesse sentido acarreta na falta de equilíbrio na relação entre o titular e quem tem acesso a estes dados.

Dessa maneira, mesmo que sem a pretensão de esgotar a discussão, verificou-se que os mecanismos propostos pela Lei Geral de Proteção de Dados, por tornarem o ambiente de tratamento de dados mais seguro para a privacidade dos titulares de dados, dificultando a violação à vida privada é justificada quando utilizados os parâmetros da Análise Econômica do Direito.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 10 jul. 2022.

BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: a questão da compensação social. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, v.2, n.1, p. 27-45. Brasília, 2016.

BRASIL, [Constituição 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 09 ago. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. São Paulo: Renovar, 2006.

ESTÊVES, Guilherme Mesquita. **Análise juseconômica da lei geral de proteção de dados pessoais sob a ótica da eficiência na promoção de autodeterminação informativa**. 2020. 226 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Programa de Pós-Graduação Novos Direitos, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2020. Disponível em: https://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/12336/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O_An%C3%A1liseJusecon%C3%B4micaLei.pdf. Acesso em: 15 ago. 2022.

GICO JR., Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. In: **Economic Analysis of Law Review**, v.1, n. 1, p. 7-33, 2010.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

MACEIRA, Irma Pereira. **A proteção do direito à privacidade na internet**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MACKAAY, Ejan. History of Law & Economics. In: MARCIANO, Alain; RAMELLO, Giovanni Battista (org.). **Encyclopedia of Law and Economics**. Cheltenham, vol. I, p. 65-117, 2000.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Prefácio. In: RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2013.

POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da; GONÇALVES, Jéssica. Os Cutos dos Direitos Fundamentais Justificam a Negação?: para além do discurso a la pollyana. In: ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Bárbara (org.). **Análise Econômica do Direito: desafios da leitura econômica no brasil**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 25-39.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **CADERNOS Direito** GV, v.5, n. 2, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, José Everton da. **A proteção do conhecimento tradicional associado sob a lógica da análise econômica do direito: uma questão constitucional ba-**

seada na dignidade da pessoa humana. 2016. 419 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí - Univali, Itajaí, 2016.

UNIÃO EUROPEIA, Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, e que revoga a Diretiva 95/46 / CE (Regulamento geral **de proteção de dados**). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Acesso em: 10 de agosto de 2022.

VIEIRA, Oscar. Supremocracia. In: **Revista Direito GV**, nº 441. São Paulo, 2008.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O Direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamenta diante dos avanços da tecnologia da informação**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Sociedade: Políticas Públicas e Democracia) – UNB. Brasília, 2007.

LAS ACCIONES POPULARES CONSTITUCIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO: UNA APROXIMACIÓN ELEMENTAL A SU DOGMÁTICA Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

EDGAR ANDRÉS QUIROGA NATALE¹

1 APROXIMACIÓN CONTEXTUAL

La Carta jurídico – política de 1991, eleva a canon constitucional de forma directa o indirecta² varios derechos que por su naturaleza y raigambre pertenecen a la persona (natural o jurídica) individualmente concebida; pero al mismo tiempo, consagra derechos que le pertenecen a la comunidad (como un todo o parte de ella) y de allí se sigue, que se hayan creado mecanismos de protección tanto para los primeros (a través de acciones como la tutela) como para éstos últimos, explicitados principalmente mediante las acciones colectivas³.

1 Posdoctorado en Derecho y Justicia Constitucional (PphD) Universidad de Bolonia (Italia). Doctor en Derecho (Phd) Universidad Santo Tomás. Magíster en Derecho Económico (Msc) Universidad Externado de Colombia. Especialista en Justicia Constitucional y Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales Universidad de Pisa (Italia). Especialista en Resolución de Conflictos y Estrategias de Negociación Universidad Castilla La Mancha (España). Especialista en Derecho Constitucional Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo Universidad Santo Tomás. Especialista en Pedagogía para el Desarrollo del Aprendizaje Autónomo, Unad. Abogado (Summa Cum Laude) Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Procurador 122 Judicial Administrativo II. Docente Universitario (Andes, Externado, Nacional, Libre, Sabana, Santo Tomás, entre otras). Contacto: edgarandresq80@gmail.com

2 A través de tesis tales como: el bloque de constitucionalidad, los derechos innominados, las normas de reenvío constitucional, etc.

3 La expresión “acciones colectivas” no es una creación normativa, contrario sensu, ha sido una figura acuñada por la jurisprudencia y la doctrina.

Resulta evidente que en un Estado Social se supera la concepción meramente liberal del individuo y existe un avance en el reconocimiento y protección de derechos e intereses “comunitarios” con su corresponsal creación de mecanismos materiales de defensa. Aunado a ello, las acciones colectivas además de proteger derechos *per se*, resultan ser verdaderos instrumentos de participación ciudadana mediante los cuales las personas fungen *prima facie* como guardianes de los derechos de todos... de los derechos del pueblo.

Al respecto la Corte Constitucional ha sostenido:

[...] Esa participación tiene entonces, dos dimensiones : una, política, relativa a la participación en el ejercicio del poder político y a las relaciones entre el ciudadano y el Estado ; y otra social, en cuanto le otorga al ciudadano la oportunidad de representar y defender intereses comunitarios. Principios y valores como los de la solidaridad, la prevalencia del interés general y la participación comunitaria presiden la consagración en nuestra Carta Fundamental, no sólo de nuevas categorías de derechos, sino también, de novedosos mecanismos de protección y defensa del ciudadano.

Al igual que ocurre con muchos de los derechos subjetivos, individuales - aún los de rango constitucional - el desconocimiento y olvido de que han sido objeto los derechos colectivos, los cuales afectan bienes esenciales del ser humano como la vida, salud, integridad, tranquilidad, entre otros, puso de manifiesto la necesidad de darle la relevancia que exige la protección y defensa de bienes tan valiosos no sólo para los miembros de la comunidad individualmente considerados, sino para la existencia y desarrollo de la colectividad misma [...]⁴.

El artículo 88 superior, estipula la existencia de dos acciones colectivas que son autónomas, escindibles e independientes y que sin embargo apuntan a la defensa de derechos e intereses que afectan a una pluralidad de personas, éstas son a saber: las acciones populares y las acciones de grupo.

Al respecto de estos dos mecanismos de defensa procesal colectiva, el máximo intérprete constitucional ha sostenido que algunas de sus principales diferencias radican:

4 Corte Constitucional. Sentencia C--215 de 1999. M.P. Martha Victoria Sánchez de Moncaleano.

[...] (i) En su finalidad: La acción popular tiene un propósito esencialmente preventivo, mientras que la acción de grupo cumple una función reparadora o indemnizatoria, por lo que la primera no requiere que exista un daño sobre el interés protegido, mientras que la segunda opera una vez ocurrido el daño, ya que precisamente pretende reparar dicho perjuicio. (ii) En los derechos o intereses protegidos. Al tiempo que la acción popular ampara esencialmente derechos e intereses colectivos, la acción de grupo recae sobre la afectación de todo tipo de derechos e intereses, sean éstos colectivos o individuales, ya que ella es un instrumento procesal colectivo, que busca reparar los daños producidos a individuos específicos [...]⁵.

A pesar del reconocimiento constitucional (ya anotado) que acompaña a las acciones populares, éstas no son una invención de la Constitución de 1991, en la medida que de manera general se puede encontrar su génesis desde el Derecho Romano⁶ en donde se consagró la *actio popularis* para los gentiles con el propósito de defender derechos que superaban la concepción puramente subjetiva, y, por el contrario, perseguían la protección de los derechos de la comunidad bajo la estipulación “*Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*”⁷.

Posteriormente la estirpe romana que acompañó la elaboración del código civil de Andrés Bello y que se convirtió (con unos pequeños ajustes) en el código civil colombiano, trajo consigo la consagración de las acciones populares desde la concepción del derecho privado y bajo la connotación de acciones posesorias especiales, tal es el caso del artículo 1005 de nuestro código civil vigente que estipula:

Artículo 1005. Acciones Populares o Municipales. La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de

5 Corte Constitucional. Sentencia C--304 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

6 Sin embargo existen también algunos desarrollo del tema sub examine en el derecho griego “BISCARDI, refiriéndose a las acciones públicas extraordinarias del derecho ático, aquella donde cualquier ciudadano podía intervenir como miembro de la colectividad, de la polis; afirma que se subdividían en acciones supletorias o acciones de control, dependiendo si el ciudadano suplía la función del magistrado o controlaba la actividad del mism.”. GUAYACAN, 2005, p. 395.

7 “Llamamos acción popular a la que tutela los derechos que son del pueblo “. HER- NANDEZ TEJERO, 1975, p. 47.

los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.

Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costas del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad.

Como puede advertirse, estas acciones populares de origen legal se dirigen a la protección de derechos reales; por el contrario, resulta evidente que las acciones populares constitucionales protegen derechos personales. Respecto de ésta diferencia anota el profesor Esguerra Portocarrero:

[...] Curiosamente, empero, mientras que la primigenia acción popular romana estaba explícita y directamente consagrada a favor del pueblo, la del Código Civil lo está en primer término a favor del respectivo bien de uso público. Así, mientras aquella es una acción originariamente personal, ésta en cambio es una acción en principio más bien de tipo real [...] (ESGUERRA PORTOCARRERO, 2010, p. 202)

Varios países han incorporado la figura de la acción popular al interior de sus ordenamientos jurídicos con el fin de promover la protección de intereses colectivos. Algunos referentes son a saber (ESGUERRA PORTOCARRERO, 2010):

La consagración de la figura del *ombudsman* en Reino Unido, Suecia y Estados Unidos básicamente para la protección de los derechos de los consumidores.

Las constituciones de España, Portugal y Brasil consagran la figura de las acciones populares de manera expresa y se encuentran especialmente dirigidas a la protección del medio ambiente sano y equilibrado.

En Francia la protección de derechos colectivos se realiza esencialmente a través de las asociaciones de consumidores y ambientales (ley Roger de 1973).

En el ordenamiento jurídico del Estado Alemán encontramos que se encuentra consagrada la “acción pública grupal” (ley 9 de 1976) median-

te la cual (de la misma forma que en el derecho francés) se puede llegar a demandar hasta la validez de algunas cláusulas de adhesión en los contratos privados en defensa de los consumidores, con la diferencia que en Alemania no se exige que dicha intervención se realice a través de asociaciones.

Italia permite la oposición de cualquier persona frente a los actos que lesionen los intereses de la comunidad en causa propia o en representación de un grupo (ley de 1967).

En Canadá y Estados Unidos además de las *class action*⁸ existe la posibilidad de acudir a la jurisdicción mediante acciones ciudadanas en cabeza de cualquier persona que quiera defender los intereses comunes a una colectividad (regla 75 de Ontario).

Australia e Inglaterra consagran las *relator actions* para la intervención ciudadana directa o a través de Ministerio Público en los procesos de interés público para la defensa de los derechos colectivos.

De lo anteriormente anotado, se puede discernir que la figura de las acciones populares ha sido objeto de reconocimiento y desarrollo en varios ordenamientos jurídicos latinoamericanos, anglosajones y europeos; aunado a ello, también existe en nuestra normatividad una consagración legal y explícita de dicha figura en el código civil.

Aunado a lo anterior, también han sido incorporadas acciones populares en el ordenamiento jurídico colombiano reguladas por leyes especiales⁹: a) Defensa del consumidor (Decreto Ley 3466 de 1982)¹⁰; b) Espacio público y ambiente (La Ley 9ª de 1989) - Reforma Urbana, que remite a la acción popular establecida en el Código Civil (art. 1005) "... para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieren el interés público o la seguridad de los usuarios"; c) Competencia desleal (Ley 45 de 1990) relativa a la intermediación financiera, normas que en materia de la actividad aseguradora, hacen el reenvío a las disposiciones de protección de las personas perjudicadas con esas prácticas contenidas en el Decreto Ley 3466 de 1982.

8 Lo que en nuestro ordenamiento vendrían a ser las acciones de clase o de grupo.

9 Algunas de ellas todavía vigentes o reproducidas en normas posteriores.

10 Acuñada por el reciente estatuto del consumidor. Lo que en nuestro ordenamiento vendrían a ser las acciones de clase o de grupo. Algunas de ellas todavía vigentes o reproducidas en normas posteriores.

No obstante lo anotado, el propósito del presente estudio es realizar una aproximación a las acciones populares constitucionales a partir de su reconocimiento en la Carta jurídico – política de 1991 (con su ulterior desarrollo legal) con el fin de identificar su naturaleza jurídica, definición, características, trámite procesal y desarrollo jurisprudencial.

2 DIMENSION SUSTANTIVA

2.1 Naturaleza jurídica

Las acciones populares son instrumentos de amparo de derechos grupales, las cuales son definidas legalmente como *medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos*¹¹.

Sobre la aproximación conceptual y naturaleza jurídica de este mecanismo, el profesor Jaime Santofimio enseña:

[...] las denominadas acciones populares constituyen el conjunto de pretensiones que por vía de acción cualquier persona en nombre de la comunidad –sin que ella se considere nunca una persona jurídica-, o institución y funcionario expresamente legitimado por la ley, puede intentar directamente o por intermedio de apoderado ante las autoridades judiciales con el propósito de que se profiera una condena o, si es del caso, una decisión preventiva, protectora, indemnizatoria especial y restauradora de los derechos e intereses colectivos, violados o amenazados de violación por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares y que estén de alguna manera relacionados, entre otras cosas, con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros que puedan predicarse de la naturaleza de estos derechos e intereses [...]. (SANTOFIMIO GAMBOA, 2010, p. 17-18)

En torno a la referida consagración resulta de valía realizar las siguientes observaciones:

a) Las acciones populares consagradas en la Constitución suponen un avance de la concepción individualista y subjetiva de los derechos.

11 Artículo 2 de la ley 472 de 1998.

Respecto del particular la Corte Constitucional sostiene:

[...]Por su finalidad pública se repite, las Acciones Populares no tienen un contenido subjetivo o individual, ni pecuniario y no pueden erigirse sobre la preexistencia de un daño que se quiera reparar subjetivamente, ni están condicionadas por ningún requisito sustancial de legitimación del actor distinto de su condición de parte del pueblo[...].¹²

b) Son acciones públicas en la medida que persiguen la protección de derechos e intereses colectivos; y, por lo tanto, prima facie facultan a cualquier miembro de la comunidad para poder ejercerlas sin necesidad de la demostración de interés legítimo y directo en la causa¹³.

Otro efecto del carácter público de la acción popular es que en virtud de dicha naturaleza no opera el desistimiento¹⁴ y no se requiere de impulsión material de parte para continuar el trámite; es decir, que el juez una vez avoca conocimiento debe tramitarla de oficio en caso de que el actor no continúe su impulsión.

c) A pesar del uso plural de su reconocimiento, realmente se trata solo de una acción, caso diferente es que mediante dicha acción se esté pretendiendo diferentes niveles de protección de los derechos o intereses colectivos los cuales serían preventivos o restitutivos¹⁵.

Al respecto anota Esguerra: “Y lo es por la sencilla razón de que no hay dos o más acciones populares, o distintas categorías, divisiones o especies de ellas. Las acciones populares son realmente una sola y lo son del mismo modo que la acción de tutela o la acción de cumplimiento” (ESGUERRA PORTOCARRERO, 2010, p. 213).

12 Corte Constitucional. Sentencia T--528 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz.

13 Situación procesal que se expondrá más adelante.

14 Figura que resulta diferente al hecho de poder lograr un acuerdo total o parcial vía pacto de cumplimiento.

15 Distinción la cual se realizará más adelante.

2.2 Características

2.2.1 *Son acciones principales y directas*

En la medida que ante la amenaza o violación de un derecho o interés colectivo pueden incoarse de forma directa sin tener que estar supeditadas a la existencia y agotamiento de otros medios de defensa judicial; es decir, que frente a las mismas no se predica la subsidiariedad ni tiene que acudirse a su uso como mecanismo transitorio de protección.

En cuanto a la naturaleza autónoma y principal de las acciones populares, el órgano de cierre de lo contencioso administrativo se ha pronunciado en los siguientes términos:

[...] Las acciones populares gozan de autonomía procesal dentro del conjunto ordinario y especializado de las competencias judiciales, luego no puede provocar conflicto alguno su ejercicio independiente de la acción ordinaria o especializada, sea de derecho público, sea de derecho privado [...].¹⁶

[...] El hecho de que la mencionada actividad de la administración también pueda ser objeto de enjuiciamiento a través de otras acciones, no implica que deba acudirse necesariamente al ejercicio de las mismas pues, estando de por medio un interés o derecho colectivo, también es viable el ejercicio de la acción popular [...].¹⁷

También resulta de valía anotar, que la amenaza y/o violación de derechos colectivos puede de igual manera (y en ocasiones de forma concomitante) ser atacada mediante acción de tutela cuando del estudio del caso concreto se pueda establecer un claro nexo de causalidad entre la violación del derecho colectivo con uno o varios fundamentales; de la misma forma, cuando la amenaza y/o violación atañe y tiene consecuencias respecto de un colectivo sin poder llegar a establecer los efectos individuales respecto de cada miembro en particular y poder determinar el referido nexo de causalidad, la acción llamada a ser promovida es la

16 Consejo de Estado. Sentencia Sección Quinta. Rad. AP--072 del 6 de julio de 2001. Consejero Ponente Roberto Medina López.

17 Consejo de Estado. Auto Sección Primera. Rad. AP--076 del 24 de mayo de 2001. Consejera Ponente Olga Inés Navarrete.

popular y/o de grupo según el caso. Sobre éste punto la Corte Constitucional ha manifestado:

[...] Así las cosas, la acción de tutela, como lo ha sostenido esta Corporación, no es en principio, el mecanismo idóneo para solicitar y obtener el amparo de los derechos colectivos, como lo es el derecho a un medio ambiente sano. Con todo, la doctrina constitucional, también ha señalado que cuando la vulneración de derechos de alcance colectivo, violan o amenazan derecho de rango fundamental de una persona individualmente considerada, la tutela surge como el medio viable para la protección de esos derechos, siempre y cuando, exista un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos colectivos y los derechos fundamentales cuya protección se solicita. [...] cuando se trata de asuntos que atañen a varias personas, la acción procedente para reclamar su protección no es precisamente la acción de tutela, sino las acciones de grupo o clase, en los términos establecidos en el artículo 88 de la Carta [...].¹⁸

Sumado a lo anterior, tampoco es necesario haber agotado una actuación procesal ex – ante para poder acudir a las acciones populares¹⁹, siempre y cuando se den las condiciones para su procedencia a saber:

i) que haya de por medio un interés colectivo amenazado y/ o vulnerado,

ii) que al momento de promover la acción exista actualidad en la amenaza y/o vulneración del derecho o interés colectivo.

iii) que la demanda se promueva contra persona natural o jurídica, bien sea pública o privada, a quien le sean imputables la acción o la omisión causantes de la vulneración del derecho o de su amenaza²⁰.

18 Corte Constitucional. Sentencia T--554 de 2002. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

19 En la medida que el artículo 10 de la ley 742 de 1998 preceptúa el agotamiento opcional de la vía gubernativa en los siguientes términos: “cuando el derecho o el interés colectivo se vea amenazado o vulnerado por la actividad de la administración, no será interponer previamente los recursos administrativos como requisito para intentar la acción popular”.

20 De conformidad con la línea jurisprudencial sostenida por la Sección Tercera del Consejo de Estado concordada con la Sentencia C--215 de 1999 emanada de la Corte Constitucional.

2.2.2 *Protegen derechos o intereses colectivos*

Como ya se había anotado, la Constitución de 1991 no solo consagra derechos atribuibles a la persona individualmente concebida (derechos subjetivos), por el contrario amplía la gama de protección a una clase especial de derechos que perviven en el constructo y tejido social, que le pertenecen a la comunidad en general, que hacen parte del “pueblo” en su conjunto, categoría a la cual se le ha atribuido la denominación de derechos e intereses colectivos.

Respecto de ésta denominación ha manifestado la Corte Constitucional:

[...] Los derechos Colectivos, por oposición a los derechos individuales, son aquellos que se reconocen a toda la comunidad. El titular del derecho es una pluralidad de personas pero identificadas como un todo, y no individualmente cada una de ellas [...].²¹

[...] El interés colectivo se configura en este caso, como un interés que pertenece a todos y cada uno de los miembros de una colectividad determinada, el cual se concreta a través de su participación activa ante la administración de justicia, en demanda de su protección [...].²²

Entorno a la definición de derechos colectivos afirma el profesor Esguerra: “...derechos que solo son de cada uno porque son de todos y no que son de todos solo porque son de cada uno...” (ESGUERRA PORTO-CARRERO, 2010, p. 207).

El artículo 4 de la ley 472 de 1998 en desarrollo del canon 88 superior consagra lo siguiente:

Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;*
- b) La moralidad administrativa;*

21 Corte Constitucional. Sentencia T--254 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

22 Corte Constitucional. Sentencia C--215 de 1999. M.P. Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano.

- c) *La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;*
- d) *El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;*
- e) *La defensa del patrimonio público;*
- f) *La defensa del patrimonio cultural de la Nación;*
- g) *La seguridad y salubridad públicas;*
- h) *El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;*
- i) *La libre competencia económica;*
- j) *El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;*
- k) *La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;*
- l) *El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;*
- m) *La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;*
- n) *Los derechos de los consumidores y usuarios.*

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia...

Respecto de la citada estipulación resulta importante anotar:

a) Que no existe una distinción normativa entre interés y derecho colectivo.

b) Tampoco se introduce una diferencia entre derechos colectivos y la categoría doctrinal de derechos difusos.

[...] Cabe anotar, que la constitución de 1991 no distingue como lo hace la doctrina entre intereses colectivos e intereses difusos, para restringir los primeros a un grupo organizado y los segundos a comunidades indeterminadas pues ambos tipos de intereses se entienden comprendidos en el término “colectivo” [...].²³

c) No existe en la regulación normativa una distinción entre las categorías jurídicas de interés general e intereses colectivos, la cual si ha sido objeto de análisis y referencia jurisprudencial. Respecto del particular el Consejo de Estado ha sostenido:

[...] los intereses colectivos son intereses de representación difusa, en la medida en que suponen la reivindicación de los derechos cuyo titular es un grupo de personas que, en principio, puede ser indeterminado o indeterminable. De ésta noción surge la necesidad de distinguir entre el interés colectivo y el interés general.

Las semejanzas entre uno y otro son las siguientes: - Tanto el interés general como el colectivo será determinado por la ley; - Ninguno de los dos puede estar exclusivamente en cabeza de una persona; - Tanto el interés general como el colectivo deben ser entendidos sistemáticamente dentro del conjunto de valores y principio de la Constitución Política y, en general del ordenamiento jurídico; - Tanto el uno como el otro, junto con los derechos fundamentales, conforman un sistema armónico. Por su parte, las diferencias entre el interés colectivo y el interés general, teóricamente son las siguientes: - El interés general es a la vez contentivo, limitante y armonizador de los demás derechos sociales; - El interés general no puede ser predicado de ningún grupo o persona exclusivamente, mientras que el interés colectivo, por definición está en cabeza de un grupo de personas, que si bien puede ser indeterminable, es en todo caso un grupo de individuos. Lo que se colige del planteamiento del problema es que existen líneas muy tenues que delimitan los diferentes tipos de intereses. Así las cosas, cuando un miembro de la sociedad defiende un interés colectivo, sostiene eventualmente un interés individual, y cuando defiende un interés común podrá estar defendiendo un interés colectivo. La complejidad del problema conduce a que sea el derecho el encargado de establecer los mecanismos para resolver los conflictos entre intereses, cuando ellos se presenten. Esta tarea le corresponde

23 Corte Constitucional. Sentencia T--714 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

al legislador, y el primer paso es la calificación de un bien jurídico como de interés general o colectivo [...].²⁴

d) Que la estipulación de los derechos e intereses colectivos no es taxativa sino enunciativa, ya que si bien el constituyente y el legislador realizaron un esfuerzo por consagrar de manera expresa varios ámbitos de aplicación, también es cierto que tanto la Constitución como la ley reconocen que existen otros de similar naturaleza que pueden estar en leyes ordinarias o tratados internacionales celebrados por Colombia.

2.2.3 *Tienen alcance preventivo o restitutivo*

Como ya se anotó con anterioridad, las acciones populares son singulares, es decir, que no existen varias acciones sino que es una sola. Cosa diferente resulta el hecho que a través de la acción se pueden perseguir dos alcances de protección diferente: la prevención y la restitución.

Por naturaleza, las acciones populares son esencialmente tuitivas, es decir, que en primera instancia pretende evitar el daño que pueda ocasionarse a los intereses o derechos colectivos, razón por la cual ésta forma de protección se denomina preventiva y por obvias razones no se requiere de la existencia del daño, vulneración, conculcación o desmedro del derecho, sino basta probar la sola condición de riesgo o amenaza en la que se encuentra el interés o derecho que se pretenda amparar.

No obstante, el mecanismo de amparo que brinda las acciones populares también persigue evitar la continuación de un daño o agravio material a los derechos o intereses colectivos ó (cuando fuere el caso) la restitución de las cosas a su estado anterior, casos de los cuales se predica que el alcance de la protección incoada es restitutivo.

Al respecto de dichos alcances de protección la Corte se ha pronunciado de la siguiente forma:

[...] Ahora bien, otra característica esencial de las acciones populares es su naturaleza preventiva, lo que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos o intereses que se busca amparar, sino

24 Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación Número AP--001 del 29 de junio de 2000. M.P. Alier Hernández Enríquez.

que basta que exista la amenaza o riesgo de que se produzca, en razón de los fines públicos que las inspiran. Desde su remoto origen en el derecho romano, fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño. (...) De igual manera, dichos mecanismos buscan el restablecimiento del uso y goce de tales derechos e intereses colectivos, por lo que también tienen un carácter restitutorio, que se debe resaltar [...].²⁵

De igual manera, el Consejo de Estado ha reconocido los diferentes alcances y efectos de las acciones populares bajo los siguientes argumentos:

[...] La acción popular puede ser preventiva, reparatoria e indemnizatoria según el caso concreto (...) En consecuencia, cualquier interpretación que condicione los alcances restitutorios de estas acciones, o cualquiera que niegue su naturaleza indemnizatoria pese a que se cumplan los requisitos previstos en la norma para que ella se concrete en un caso determinado, supondrá una separación grosera del querer del legislador en sacrificio del deber constitucional de procurar la eficacia de los derechos [...].²⁶

En calidad de corolario del presente acápite, resulta de valía anotar que la creación dogmático – normativa de las acciones populares a partir del diseño institucional contenido en la Constitución de 1991 otorga a las mismas un doble carácter sustancial:

a) Político: Al configurar las acciones populares como mecanismos de participación democrática, en la medida que a través de su ejercicio, las personas pueden hacer un permanente control respecto de la forma como el detentador del poder materializa su mandato, demandando de él acción o abstención (según sea el caso) con el fin de proteger los derechos de la comunidad.

b) Jurídico: En la medida que las acciones populares se constituyen en mecanismos procesales para la protección de derechos e intereses

25 Corte Constitucional. Sentencia C--215 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

26 Consejo de Estado. Sentencia Sección Tercera. Rad. AP--182 del 20 de septiembre de 2001. Consejero Ponente Alier Hernández Henríquez.

colectivos mediante los cuales las personas pueden elevar su ruego de justicia frente a la jurisdicción con el objeto de perseguir de la misma la protección y tutela efectiva de esta clase derechos.

3 REGIMEN PROCESAL

3.1 Legitimación por activa

De conformidad con el artículo 12 de la ley 472 de 1998 son titulares y por lo tanto podrán ejercer las acciones populares:

1. Toda persona natural o jurídica.
2. Las organizaciones No Gubernamentales, las Organizaciones Populares, Cívicas o de índole similar.
3. 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.
4. El Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia.
5. Los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.

Respecto de estos legitimados por activa (relacionados en el numeral 1) cabe señalar que su postulación podrán realizarla en causa propia, mediante representante legal o por medio de apoderado judicial.

Además resulta importante aclarar que no se requiere postular a través de abogado, hecho que reitera el carácter informal de la acción la cual tampoco está atada a ninguna clase de procedibilidad especial o técnica formal de ejercicio.

Tampoco se constituyen en exigencias procesales para la legitimación por activa:

i) el hecho de residir en el lugar de la afectación demandada; ii) demostrar interés directo en la causa petendi; o, iii) probar el daño individual o personal. Sobre estos tópicos el Consejo de Estado se ha pronunciado así:

[...] Al respecto, la Sección Primera del Consejo de Estado, ha precisado el asunto de la siguiente forma: “El hecho de que el actor no resida en el lugar de los hechos de la demanda no ha sido erigido por la ley en motivo de falta de legitimación para ejercer la acción popular” [...].²⁷

[...] De conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la ley 472 de 1998 que desarrolló el artículo 88 de la Constitución, la defensa de los derechos colectivos puede hacerla cualquier persona natural o jurídica, sin que deba probar ningún interés particular o el hecho de residir en el lugar donde se amenazó o vulneró el derecho o interés colectivo. Para arribar a esta conclusión, basta con remitirse al contenido del artículo referido, que en su numeral 1º comienza por señalar como titular de la acción popular, a cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, sin exigir la acreditación del interés del actor, en el derecho cuya protección se reclama [...].²⁸

[...] el carácter público de la acción popular autoriza a cualquier persona, sin la necesidad de demostrar un interés particular y concreto, a presentar esta acción constitucional. De hecho, la regulación legal del tema no es casual, puesto que es lógico inferir que la violación o amenaza de los derechos o intereses colectivos no afecta derechos individuales sino, por el contrario, involucra la protección de intereses de toda la colectividad que no se radican ni se predicen de una persona en concreto [...].²⁹

En lo que respecta a la legitimación de las organizaciones contenidas en el numeral 2 del artículo en comento, no resulta claro su verdadero alcance, tal vez por la ambigüedad en la redacción, en la medida que deberíamos entender que se trata de organizaciones (no gubernamentales, populares, cívicas o de índole similar) que no cuenten con personería jurídica, pues en caso de contar con ella, estaríamos frente a la causal de procedencia en la legitimación contenido en el numeral 1 ya referido. Y de ser correcta esta interpretación (que se trata de organizaciones sin

27 Consejo de Estado. Sentencia Sección Primera. Rad. 52001--23--31--000--2004--01 625--01 del 22 de abril de 2010. Consejero ponente Marco Antonio Velilla.

28 Consejo de Estado. Sentencia Sección Tercera. Rad. 52001--23--31--000--2004--00 092--01 del 22 de febrero de 2007. Consejera Ponente Ruth Stella Correa.

29 Consejo de Estado. Sentencia Sección Quinta. Rad. AP--641 del 11 de octubre de 2002. Consejero Ponente Darío Quiñonez Pinilla.

personería jurídica), se torna extraño o por lo menos “exótico” el hecho de hacer uso de la acción y la postulación sin tener la calidad de persona o sujeto destinatario de derechos y obligaciones formalmente constituido.

No obstante lo anotado, el Consejo de Estado se ha aproximado indirectamente al punto sub-examine al manifestar que los procesos que se derivan de las acciones populares son procesos especiales en donde no se puede decantar la noción en sentido estricto de “partes”. En este sentido anota:

[...] Por eso no estamos hablando de un proceso común en el cual dos partes se ven enfrentadas en una controversia, en la acción popular la comunidad en general se ve enfrentada con la entidad o persona que coloca en peligro su derecho colectivo e interés general [...].³⁰

En igual sentido la Corte Constitucional ha decantado:

[...] Mediante las acciones populares no se persigue amparar intereses subjetivos, sino proteger a la comunidad en su conjunto y respecto de sus derechos e intereses colectivos. [...] Pues su objetivo no es buscar la solución de una controversia entre dos partes sino cesar la lesión o amenaza contra un derecho colectivo, y si es posible restablecer las cosas a su estado anterior. [...] Pueden ser interpuestas por cualquier persona a nombre de la comunidad sin exigirse requisito sustancial de legitimación [...].³¹

A pesar del desarrollo jurisprudencial en cita, la doctrina sigue poniendo a debate esta forma novedosa del actuar procesal por activa. Se cita sobre este punto las siguientes posiciones:

[...] si conforme al numeral primero, toda persona, sea ella natural o jurídica, está legitimada para incoar una acción popular, resulta superfluo el numeral segundo [...] Si, en cambio, la razón de ser de ese numeral segundo es el deseo de extender a entes que pueden no estar dotados de personalidad jurídica la atribución de demandar en acción popular, entonces se está desquiciando la noción jurídica de “acción” siempre que ha tenido como presupuesto la idea de una

30 Consejo de Estado. Sentencia Sección Tercera. Rad. AP--027 del 15 de marzo de 2001. Consejero Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros.

31 Corte Constitucional. Sentencia C--377 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

relación de demandante y demandado entre dos o mas sujetos de derecho [...]. (ESGUERRA PORTOCARRERO, 2010, p. 219)

[...] Sin embargo, a partir de la estructura procesal adoptada por el legislador, de todas formas se vislumbra que ese planteamiento jurisprudencial carece de sustentos adecuados, si se tiene en cuenta que técnicamente lo dispuesto en la ley 472 de 1998 no es otra cosa que un conflicto procesal entre partes que defienden posiciones y que eventualmente pueden ser condenadas, así también hagan parte del conglomerado que supuestamente se pretende defender con el ejercicio de las acciones populares [...]. (SANTOFI-MIO GAMBOA, 2010, p. 40-41)

Conforme a lo anotado, se puede advertir que el debate sigue abierto, pues no ha sido pacífica la interpretación del numeral 2 del artículo 12 de la ley 472 de 1998, y, dicho debate se amplía cuando encontramos decisiones del Consejo de Estado que al margen del tema que nos ocupa (acciones populares) sienta posiciones entorno a conceder atributos de sujeto procesal a entidades que no son personas naturales o jurídicas; tal es el caso del reciente pronunciamiento de la sala plena de la sección tercera³² mediante la cual cambia su jurisprudencia y permite que los consorcios y uniones temporales (que no son personas jurídicas) tengan legitimidad directa tanto por activa como por pasiva en los procesos contenciosos. Lo anterior, para evidenciar, que existen pronunciamientos de esta Corporación por fuera del carácter especial y sui generis de las acciones constitucionales en donde se está reconociendo una nueva forma de actuar y postular en los procesos de su conocimiento.

En cuanto a los legitimados (relacionados en el numeral 3) se decanta su procedencia en la función extensiva de las competencias que tienen las entidades públicas de control, intervención y vigilancia con dos salvedades o restricciones que vale la pena anotar: i) de carácter explícito: que no hayan sido estas entidades las originadoras de la amenaza y/o vulneración de los derechos colectivos a través de su acción u omisión; y, ii) de carácter implícito: que dicha actuación en calidad de sujetos por activa se promueva en el marco de las competencias asignadas por el ordenamiento jurídico a cada una de éstas entidades.

32 Consejo de Estado. Sentencia Sección Tercera. Rad. 25000 23 26 000 1997 13930 01 del 25 de Septiembre de 2013. Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

Respecto de la posibilidad que el Procurador General, el Defensor del Pueblo y los Personeros distritales o municipales puedan actuar como legitimados por activa en las acciones populares, resulta claro derivar su procedencia en la competencia y representación que tienen estos cargos públicos como agentes Ministerio Público, y, por lo tanto, representantes de la sociedad civil.

En cuanto a la legitimación por activa que tiene los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses, se encuentra justificada en el ejercicio propio de las competencias de protección que recaen en los mismos, de lo cual se evidencia que dichas autoridades no solo están circunscritas a un mandato de abstención (no amenazar ni violar derechos colectivos) sino además se encuentran sujetas a un mandato de promoción materializado en la capacidad referida que los hace sujetos por activa de la acción popular.

Resulta importante referir que cuando la acción popular (regla que involucra a todos los legitimados) se interponga sin la intermediación de apoderado judicial, el juez tendrá que notificar del auto admisorio de la demanda a la defensoría del pueblo quien podrá intervenir en la actuación procesal.

3.2 Legitimación por pasiva

De conformidad con el artículo 14 de la ley 472 de 1998, las acciones populares se podrán dirigir en contra de la autoridad pública o contra los particulares (sean personas jurídicas o naturales) cuya acción u omisión amenacen y/o vulneren derechos o intereses colectivos.

En caso de que se desconozcan los responsables de la amenaza y/o violación de los derechos o intereses colectivos, corresponderá al juez determinarlos.

Al respecto ha afirmado el Consejo de Estado:

[...] Respecto de la legitimación por pasiva en la acción popular cabe recordar que el artículo 14 de la Ley 472 de 1998 se refiere a las personas contra las cuales puede dirigirse la demanda. Estas no son otras que aquellas determinadas o determinables de quienes provienen las acciones u omisiones lesivas de los derechos

colectivos y responsables de su amenaza o vulneración, con total competencia y capacidad para cumplir las órdenes de protección y restablecimiento de los derechos conculcados [...].³³

De las anteriores citas normativa y jurisprudencial se pueden decantar los siguientes requisitos en la legitimidad por pasiva:

a) La acción se dirige en contra de las autoridades o particulares.

De conformidad con el artículo 2 de la ley 1437 de 2011 (código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo), son autoridades no solo los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, los órganos autónomos e independientes del Estado sino también los particulares, cuando cumplan funciones administrativas.

Por lo tanto, la parte demanda estaría constituida por i) la persona jurídica de derecho público como la Nación, las entidades territoriales, las entidades del sector central y descentralizado de la administración en sus distintos niveles; ii) la persona (particular) que cumpla funciones administrativas; iii) los particulares ya sean personas naturales o jurídicas; y, iv) en caso de no poder establecerse quien es el generador de la amenaza y/o violación la demanda se dirigirá contra indeterminados, caso en el cual le corresponderá al juez determinar los responsables.

Conforme al debate entorno al numeral 2 del artículo del artículo 12 de la ley 472 de 1998 antes citado, y siguiendo la postura del Consejo de Estado en la materia, resulta de valía preguntarse si las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, las organizaciones cívicas o de índole similar que no cuenten con personería jurídica, en caso (y actuando en contra de su teleología) que amenacen y/o vulneren derechos o intereses colectivos serían sujetos por pasiva de la acción popular?.

Si se actuara bajo la lógica expuesta por la jurisprudencia anteriormente mencionada, se podría afirmar que si es procedente pues, aunque no se encuentran taxativamente señaladas en la ley como destinatarios de la acción, al no ser el proceso constitucional de la popular de estirpe adversarial o de conflicto entre partes, y, a contrario sensu, se constituye en un proceso de control y protección de los derechos colec-

33 Consejo de Estado. Sentencia Sección Primera. Rad. 25000--23--27--000--2005--00 381--01 del 30 de abril de 2009. Consejero Ponente Marco Antonio Velilla Moreno.

tivos, se decanta por analogía su procedencia. Dicha postura tendría las mismas críticas y debates que los enunciados frente a la legitimidad por activa de estas organizaciones.

b) La acción se debe promover frente a la amenaza y/o violación de derechos o intereses colectivos.

c) La referida amenaza y/o violación debe darse a título de omisión y/o acción.

d) Debe existir un nexo de causalidad entre el demandado y la amenaza y/o violación de los derechos o intereses colectivos.

3.3 Jurisdicción y competencia

Si la demanda se instaura en contra de las autoridades públicas o particulares que desempeñen funciones administrativas, ésta deberá dirigirse ante la jurisdicción contencioso administrativa, en primera instancia ante el juez administrativo (del lugar de ocurrencia de los hechos o el del domicilio del demandado a elección del actor popular) y en segunda instancia conocerá el Tribunal Contencioso administrativo.

Si la demanda se instaura contra particulares (que no cumplen funciones administrativas), deberá dirigirse ante la jurisdicción ordinaria civil, en primera instancia ante el juez civil del circuito (del lugar de ocurrencia de los hechos o el del domicilio del demandado a elección del actor popular) y en segunda instancia conocerá la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial.

En los lugares en donde no exista juez del circuito o juez administrativo, la demanda puede ser incoada ante el juez municipal o promiscuo, el cual deberá remitirla dentro los 2 días siguientes al juez competente.

En virtud del fuero de atracción, la jurisdicción contencioso administrativa conocerá de las acciones populares en donde se demanden en conjunto particulares y autoridades públicas. Respecto de éste tópico el Consejo de Estado ha sostenido:

[...] cuando la parte demandada es plural y con respecto de uno de los demandados no cabe duda que la jurisdicción contencioso administrativa es la competente, en virtud del llamado fuero de atracción queda prorrogada la competencia para conocer de la

acción con respecto a otro u otros demandados que en principio fueran justiciables ante la jurisdicción ordinaria [...].³⁴

En igual sentido manifiesta la Corte Constitucional:

[...] Para esta Corporación la conclusión a la cual llegó el Consejo de Estado es acertada, y el fuero de atracción hacia la jurisdicción contenciosa es claro, en lo que respecta a la acción en la que se involucran tanto entidades públicas como particulares [...].³⁵

Como fue anotado en el acápite anterior (respecto de la legitimidad por pasiva), en caso de que el demandado sea indeterminado es tarea del juez establecer los responsables de la amenaza y/o violación de los derechos o intereses colectivos. Lo que no resulta claro de la redacción de la norma, es a cuál juez (contencioso u ordinario) en la medida que si no se puede determinar el generador de la amenaza y/o violación cómo se puede establecer con certeza la competencia de quien le corresponde conocer del proceso.

Respecto de este caso de competencia frente a demandas dirigidas contra indeterminados existen dos posturas:

- a) La competencia debería recaer en la jurisdicción ordinaria – juez civil del circuito, en virtud de la cláusula general y residual de competencia establecida en el artículo 15 de la ley 1564 de 2012 (código general del proceso) la cual estipula:

Corresponde a la jurisdicción ordinaria, el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otra jurisdicción.

Corresponde a la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otra especialidad jurisdiccional ordinaria.

Corresponde a los jueces civiles del circuito todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otro juez civil.

34 Consejo de Estado. Sentencia Sección Quinta. Rad. AP--077 del 6 de julio de 2001. Consejero Ponente Roberto Medina López.

35 Corte Constitucional. Sentencia T--446 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

- b) La competencia debería recaer en la jurisdicción contencioso administrativa– juez administrativo en virtud de la cláusula genérica que le atribuye a las autoridades de la República proteger a los ciudadanos frente a la amenaza y/o violación de sus derechos y abstenerse de ser sujetos activos (por acción u omisión) de dichas amenazas y/o violaciones la cual se decanta del inciso segundo del artículo 2 superior referido a los fines del Estado.

Lo anterior crea una situación de competencia en el juez administrativo, pues en razón del criterio orgánico le correponderá conocer a dicha jurisdicción las demandas promovidas contra el Estado en virtud de su posición de garante en virtud de la cláusula ya referida.

Por lo tanto, en el caso en comento, habría un aparente enfrentamiento entre el criterio funcional (residual) y el criterio orgánico (general) respecto del cual se considera debe prevalecer el último en virtud de la responsabilidad reforzada que tienen las autoridades públicas frente a la protección de los derechos sumado al fuero de atracción que en caso de duldidad competencial genera una asunción funcional en la jurisdicción contenciosa.

Además de las reglas de competencia anotadas, el artículo 36A de la ley 270 de 1996 (ley estatutaria de la administración de justicia modificada por la ley 1285 de 2009), establece un mecanismo eventual de revisión en cabeza del Consejo de Estado para las acciones populares y de grupo de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Las providencias que resuelvan dicho mecanismo de revisión se consideran sentencias de unificación de conformidad con lo estipulado en el artículo 270 de la ley 1437 de 2011 (Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo).

3.4 Caducidad

A pesar que la ley 472 de 1998 en su artículo 11 había establecido un término de caducidad de 5 años para aquellas acciones que pretendieran devolver las cosas a su estado anterior, dicho término fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-215 de 1999 al considerar que dicha limitación desconoce los derechos constitucionales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia en los siguientes términos:

[...] La acción popular puede promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo, sin límite de tiempo alguno. No obstante, encuentra la Corte, que la excepción que en la misma disposición se prevé cuando la acción se dirige a “volver las cosas a su estado anterior”, en cuanto establece un plazo de cinco (5) años para instaurarla, contados a partir de la acción u omisión que produjo la alteración, desconoce el debido proceso y el derecho de acceso a la administración de justicia, de los miembros de la comunidad que se ven afectados en sus derechos e intereses colectivos. Carece entonces de fundamento razonable y por lo mismo violatorio de derechos y principios constitucionales, el que a pesar de que exista la probabilidad de subsanar y hacer cesar una situación que afecta derechos esenciales de una comunidad presente o futura, se cierre la oportunidad para cualquiera de los sujetos afectados de actuar en su defensa, al establecer un término de caducidad cuando se demanda el restablecimiento de las cosas al estado anterior a la violación del derecho, mientras ello fuere físicamente posible [...].³⁶

En torno a la ausencia de un término de caducidad en las acciones populares, afirma Santofimio:

[...] Es una acción intemporal, esto es, no sujeta a términos para su interposición, ni restricciones con ocasión de los estados de excepción, ni mucho menos vinculada de manera alguna al concepto procesal de caducidad [...]. (SANTOFIMIO GAMBOA, 2010, p. 25-26)

Otra de las razones materiales que justifica la ausencia de caducidad para esta clase de acciones es la naturaleza de los derechos que protege, es decir, los colectivos; en la medida que los mismos no prescriben, lo cual genera como inmediata consecuencia que la acción que los ampara no caduque.

De lo anterior se colige, que la intención del constituyente fue establecer como requisito de “procedibilidad” solo la actualidad de la amenaza y/o violación, pero de ninguna forma estableció reglas de caducidad.

Por lo tanto, la acción podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o vulneración del derecho o interés colectivo del cual

36 Corte Constitucional. Sentencia C--215 de 1999. MP (e) Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano.

se demanda su protección, sin importar que el alcance de la acción perseguida sea preventivo o restitutivo.

3.5 Trámite preferencial

De conformidad con el artículo 6 de la ley 472 de 1998, las acciones populares de carácter preventivo deberán tramitarse de manera preferencial por el juez competente respecto a las demás que tenga bajo su conocimiento, excepto cuando se trata de habeas corpus, acción de tutela o acción de cumplimiento.

Con respecto al trámite preferencial que debe darse a la acción de tutela la Corte Constitucional ha puntualizado:

[...] Se garantiza sometiendo el trámite de las acciones populares a los principios constitucionales y especialmente a los de prevalencia del derecho sustancial, publicidad, economía, celeridad y eficacia; imponiéndole al juez la obligación de impulsarlas oficiosamente y producir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplinaria; otorgándoseles trámite preferencial con excepción del habeas corpus, la acción de tutela y la acción de cumplimiento; y permitiendo su ejercicio en todo tiempo, incluso durante los estados de excepción[...].³⁷

De lo anterioremente anotado y del corpus normativo que regula los aspectos adjetivos de la institución en estudio, se pueden discernir algunas características especiales en el trámite procesal de las acciones populares a saber:

- a) Se cimienta en principios de raigambre constitucional tales como i) la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, ii) debido proceso (que comporta a su vez los principios de legalidad, juez natural, respeto a las formas propias de cada juicio, publicidad, contradicción, defensa, entre otros.); iii) eficacia y economía.
- b) Las acciones populares son de impulsión oficiosa. Una vez instaurada la acción popular, es deber del juez darle impulsión oficiosa y proferir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplina-

37 Corte Constitucional. Sentencia C--377 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

ria. Esta característica refuerza el carácter público de la acción y la importancia que el ordenamiento jurídico le otorga a la protección de los derechos e intereses colectivos.

- c) Las acciones populares que tiene como alcance petendi la prevención del riesgo o amenaza que sufre el interés o derecho colectivo, tiene prelación respecto de las acciones ordinarias que tramite el juez de conocimiento (con excepción del habeas corpus, tutela y cumplimiento).
- d) Por su especial naturaleza tuitiva, las acciones populares se reputan como informales, en la medida que se constituyen en formas de participación democrática en el control al ejercicio del poder, por lo tanto, no se exige la postulación a través de abogado ni el agotamiento de una técnica procesal específica.
- e) Es susceptible de ser reconocido por el juez el “amparo de pobreza”, el cual de conformidad con el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil se constituye en un beneficio que se concede a favor de quien no se halle en la capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia existencia. En caso de ser concedido este amparo, los gastos respecto de los peritazgos y las publicaciones que se llegaren a requerir, serán asumidos por el Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

3.6 Requisitos de la petición o demanda

De conformidad con el artículo 18 de la ley 472 de 1998 los requisitos de la petición o demanda son:

- a) La indicación del derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado;
- b) La indicación de los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan su petición;
- c) La enunciación de las pretensiones;
- d) La indicación de la persona natural o jurídica, o la autoridad pública presuntamente responsable de la amenaza o del agravio, si fuere posible;
- e) Las pruebas que pretenda hacer valer;

- f) Las direcciones para notificaciones;
- g) Nombre e identificación de quien ejerce la acción.

Las anteriores exigencias formales elevadas a título de requisitos de la demanda, resultan ser aparentemente contradictorias con el principio de informalidad que rige la actuación procesal para esta clase de acciones, en la medida que se establecen unos requerimientos para el ejercicio del derecho de acción muy similares a las establecidas en una demanda ordinaria, lo cual desnaturaliza la sencillez que debe acompañar al ejercicio de estos mecanismos pues se consideran herramientas al alcance de cualquier persona y no solo para aquellas que tienen formación jurídica o cuentan con la capacidad de contratar un profesional del derecho.

El hecho que la norma preceptúe que el interesado en instaurar una acción popular (máxime en casos de urgencia o cuando no sepa escribir) pueda acudir ante la personería o defensoría de pueblo para que se le colabore en la elaboración de su petición o demanda, no supe el deber de garantizar la informalidad extensiva que inspiró al constituyente al consagrar este tipo de acciones.

Sobre este tópico anota el profesor Manuel Quinche:

[...] Es en esta última dimensión en la que debe ser comprendida tanto la demanda en la acción popular, como el trámite de la instancia, al verse regidas por el principio de formalidad. En efecto, el artículo 18 de la ley, que regula lo relacionado con los requisitos de la demanda, prevé un total de siete requisitos específicos, que estructuralmente se corresponden con los dispuestos en el artículo 75 del C. de Procedimiento Civil. Este aspecto de la formalidad de la demanda y sus requisitos es tan notorio, que incluso el artículo 17 de la Ley 472, obliga al Personero Municipal o a la Defensoría del Pueblo, a auxiliar a los demandantes [...]. (QUINCHE RAMÍREZ, 2009, p. 388-389)

Sumado a lo anterior, resulta evidente que al interior del trámite se dan ciertas instancias o posibilidades procesales tales como la inadmisión de la demanda por falta de uno o varios requisitos formales de la misma y su concomitante posibilidad de subsane, la coadyuvancia y la audiencia especial de pacto de cumplimiento que incrementan el grado de formalidad en la actuación y el nivel de conocimiento disciplinar que debe tener el actor.

3.7 Admisión, notificación y traslado

El juez deberá pronunciarse respecto de la admisión de la demanda durante los 3 días hábiles siguientes a su presentación. De encontrar que la demanda no reúne los requisitos citados la inadmitirá y concederá un término de 3 días para que pueda ser subsanada. En caso de no subsanarse dentro de éste término la rechazará in limine.

La demanda debe notificarse al demandado de manera personal y a los miembros de la comunidad presuntamente afectados se les podrá comunicar a través de un medio masivo de comunicación o cualquier medio que el juez estime sea eficaz.

En el auto admisorio de la demanda el juez ordena su traslado al demandado por el término de 10 días para contestarla y le debe informar que tiene el derecho a aportar y solicitar la práctica de pruebas dentro de éste mismo término, en la media que la decisión de fondo se debe tomar dentro de los 30 días siguientes al vencimiento del traslado.

3.8 Medidas cautelares

De conformidad con el artículo 25 de la ley 472 de 1998 antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso el juez podrá de oficio o a solicitud de parte, decretar las medidas cautelares que estime convenientes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar uno actual. El juez podrá ordenar entre otras, las siguientes medidas cautelares:

- a) Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;
- b) Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;
- c) Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;
- d) Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medias urgentes a tomar para mitigarlo.

Las medidas cautelares al interior de nuestro ordenamiento jurídico a partir de la constitución Política de 1991, se convierten en verdaderas herramientas para lograr la materialización del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva; por tal razón, es que el proceso se vale de las medidas cautelares con el objetivo de asegurar su propósito último (materializar la justicia), a través de dos estancias de aseguramiento i) una ex – ante a la decisión de fondo, caso en el cual su norte de protección es el objeto mismo del proceso, y, ii) una ex – post, la cual tiende a garantizar que los fallos judiciales tengan un efecto útil, es decir, que puedan ser materializados, y no se tornen de imposible cumplimiento o de obsoleto cumplimiento cuando a pesar de que se puedan cumplir sus ordenes ya no satisfacen ningún status de protección.

En razón a lo anotado, el amparo cautelar se convierte en parte integral e inescindible de la protección material y efectiva de los derechos, máxime en aquellos procesos y acciones de raigambre constitucional.

En un claro avance en la consagración y desarrollo legal de éste tipo de instrumentos tutelares de protección, la ley 1437 de 2011 introdujo cambios sustanciales en la posibilidad de acudir a la cautela judicial como herramienta de protección integral.

Con respecto a la nueva regulación de las medidas cautelares contenidas en el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo las cuales por expreso mandato del legislador son aplicables al proceso que se promueva por las acciones populares ha sostenido en recientemente providencia la Corte Constitucional:

[...] 17. La Corte procede a exponer el contenido de la regulación sobre medidas cautelares prevista en el CPACA:

17.1. *Procedencia y finalidades generales.* El CPACA, al regular lo atinente a las medidas cautelares, empieza por señalar que dichas medidas pueden decretarse en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la justicia administrativa, incluidos los de tutela y de defensa de derechos e intereses colectivos, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda “o en cualquier estado del proceso”, y precisa que el juez puede decretar todas las que considere “necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en este capítulo” (art 229).¹⁹¹ Según la norma, las medidas cautelares sólo se pueden dictar en el régimen general “a petición

de parte”, aunque en los procesos de tutela y de protección de derechos colectivos pueden “*ser decretadas de oficio*” (idem). “*La decisión sobre medidas cautelares*”, precisa la disposición, “*no implica prejuzgamiento*” (idem).

17.2. *Clases de medidas cautelares; contenido y alcance de las mismas.* Tras esta reforma, el juez contencioso administrativo cuenta con todo un haz de medidas cautelares. La Ley 1437 de 2011, como se dijo, no se contrae a contemplar la suspensión provisional, sino que habla de medidas “*preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión*”. El artículo 230 de la misma dice que el juez puede decretar, cuando haya lugar a ello, “*una o varias de las siguientes*” cautelas: ordenar que se mantenga una situación, o se restablezca el estado de cosas anterior a la conducta “*vulnerante o amenazante*”, cuando fuere posible (art 230.1); suspender un procedimiento o actuación administrativa, incluso de carácter contractual, dentro de ciertas condiciones (art 230.2);^[10] suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (art 230.3); ordenar que se adopte una decisión, o que se realice una obra o una demolición de una obra con el objeto de evitar el acaecimiento de un perjuicio o que los efectos de este se agraven (art 230.4); impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (art 230.5). Cuando la medida cautelar implique la adopción de un acto discrecional, el juez no puede sustituir a la autoridad competente, sino limitarse a ordenar su adopción según la Ley (art 230 parágrafo).^[11]

17.3. *Requisitos para decretar las medidas cautelares.* La Ley 1437 de 2011 distingue en este aspecto los requisitos exigibles, según el tipo de medida. Si se pide la suspensión provisional de un acto administrativo, en un proceso de nulidad, la misma procede cuando del análisis del acto cuestionado y de su confrontación con las normas invocadas surge una violación de las últimas. En esto hay, como se ve, un cambio fundamental pues ya no se exige -como en el Código anterior- una “*manifiesta infracción*”, y por el contrario se ordena hacer un análisis. Si además de la nulidad se pide el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, para que prospere la medida debe probarse “*al menos sumariamente la existencia de los mismos*” (art 231). Conforme el CPACA, en “*los demás casos*”, los requisitos son los siguientes: 1) que la demanda esté razonablemente fundada; 2) que el demandante haya demostrado “*así fuere sumariamente*”, ser titular de los derechos invocados; 3) que el actor haya presentado “*los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones*” con los cuales se pueda concluir

que resultaría más gravoso negar la medida que concederla; 4) que de no otorgarse la medida sobrevenga un perjuicio irremediable o la sentencia se vuelva ineficaz (art 231).

17.4. *Caución.* La norma que contempla lo relativo a las cauciones prevé expresamente que “[n]o se requerirá de caución” cuando se pida la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, ni en “los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela”, ni tampoco cuando “la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública” (art 323, inc. último). En los casos en los cuales sí aplica, la caución debe ser prestada por el solicitante “con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar” con el decreto de la medida. El juez o magistrado que la decreta -dice el precepto- determinará “la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución”, y la Ley agrega que para esos efectos “podrá ofrecer alternativas al solicitante” (art 232). Esta decisión, sea que fije la caución o la niegue, “será apelable junto con el auto que decreta la medida cautelar”; la que acepte o rechace la caución prestada no es apelable (art 232).

17.5. *Procedimiento de adopción de medidas.* Según el artículo 232 del CPACA, la medida puede solicitarse desde la presentación de la demanda “y en cualquier estado del proceso”. La norma exige que se dé traslado de la solicitud de medida cautelar al demandado, y establece distintas condiciones para casos diferentes, y prevé que el último tiene cinco (5) días para pronunciarse sobre la misma. El juez dispone de diez (10) días más, contados desde que expira el término para que el demandado se pronuncie sobre la petición, para resolver sobre ella. La medida sólo puede hacerse efectiva cuando el auto que acepte la caución se encuentre ejecutoriado. Si la medida es negada, puede volverse a pedir “si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto”. Contra el auto que resuelva esta solicitud no hay recursos (art 233).

17.6. *Medidas cautelares de urgencia.* La Ley prevé la posibilidad de que el juez, desde la presentación de la solicitud, decreta medidas cautelares “sin previa notificación a la otra parte”. En este evento deben cumplirse los requisitos para la adopción de la medida, pero se justifica como procedimiento especial toda vez que “se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior”, y descrito en el numeral precedente. Esta decisión, no obstante, “será susceptible de los recursos a que haya lugar” (art 234). No obstante, la medida debe comunicarse

y cumplirse “*inmediatamente*”, previa la constitución de una caución cuando haya lugar.

17.7. *Levantamiento, modificación y revocatoria de la medida cautelar.* De acuerdo con el artículo 235 del CPACA, el afectado con la medida cautelar podrá solicitar el levantamiento de la medida, cuando preste caución satisfactoria, en los casos en que esto sea compatible con la naturaleza de la medida, que garantice la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar. También puede modificarse o revocarse la medida cuando se constate que no se cumplían los requisitos para su otorgamiento, que estos luego dejaron de presentarse o fueron superados, “*o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso*”. En estos últimos eventos no se necesita caución previa. La norma prevé también una obligación de informar todo cambio sustancial que ocurra en las circunstancias que condujeron a la adopción de la medida, y contempla la posibilidad de que en ciertos casos el incumplimiento de la misma dé lugar a multas y “*demás medidas que de acuerdo con las normas vigentes puede imponer el juez en ejercicio de sus poderes correccionales*” (art 235, último inciso).

17.8. *Recursos.* El auto que decreta una medida cautelar es susceptible de recurso de apelación o de súplica, según el caso. Los recursos se conceden en el efecto devolutivo y deben ser resueltos en el término máximo de 20 días. Las decisiones sobre levantamiento, modificación o revocatoria de medidas cautelares no son susceptibles de recurso alguno.

17.9. *Aspectos varios.* La Ley 1437 de 2011 prevé además regulaciones para otros asuntos atinentes a las medidas cautelares. Contempla una prohibición de reproducir el acto anulado o suspendido, “*a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión*” (art 237). También consagra procedimientos para los casos en los que se viole esta prohibición (arts 238 y 239), así como una norma sobre responsabilidad patrimonial del solicitante cuando “*la medida cautelar sea levantada en curso del proceso por considerar que su decreto era improcedente o cuando la sentencia sea desestimatoria*” (art 240). Igualmente se definen algunas sanciones por el incumplimiento de una medida cautelar, y se categoriza como “*falta grave*” el incumplimiento de los términos para decidir sobre una medida cautelar (art 241).

18. La Corte pasa a decidir entonces si esta regulación de las medidas cautelares, en cuanto se debe aplicar, de acuerdo la norma

demandada, a los procesos originados en acciones de tutela y populares, respeta los artículos 13 (igualdad), 86 (características de la acción y el proceso de tutela), 88 y 89 (características de las acciones, recursos y procedimientos para proteger derechos colectivos), 228 (principio de prevalencia de lo sustancial) y 229 (derecho de acceso a la administración de justicia) de la Constitución. (...)»³⁸.

De lo anterior se colige que:

- a) Existe una estrecha e inescindible relación entre la tutela judicial y la tutela cautelar. Al respecto explica el profesor Héctor Quiroga Cubillos:

[...] Y aparece aquí la llamada: Tutela Cautelar, como instrumento que se utiliza desde el inicio del proceso, para garantizar que la tutela judicial será materializada. En la tutela cautelar encuentra la tutela judicial, el instrumento idóneo que le asegura su cumplimiento, y por tal razón, se erige como un derecho fundamental que tienen los asociados, y por el cual el juez protege la eficacia de sus decisiones que ha de producir la tutela judicial [...]. (QUIROGA CUBILLOS, 2007, p. 5)

- b) Que la finalidad de las medidas cautelares es la protección del objeto del proceso y el efecto útil de la sentencia.
- c) Existe una notoria ampliación del catálogo de medidas cautelares que pueden utilizarse en el proceso administrativo aplicable al trámite de las acciones populares, ya que con el anterior estatuto contencioso (decreto ley 01 de 1984) solamente existía la suspensión provisional del acto administrativo como medida cautelar (la cual solo se podía proponer junto con la demanda); ahora, no solo se mantiene la suspensión provisional (la cual se podrá proponer en cualquier momento hasta antes de la sentencia) sino que además se establece una tipología de cautelares como las: preventivas, conservativas, anticipativas y de urgencia.
- d) No obstante lo anotado, también se imbrica una consagración *aper-tus clausus* al establecer en el artículo 229 de la ley 1437 de 2011 que el juez o magistrado podrán declarar las medidas que consideren necesarias para cumplir la finalidad del amparo cautelar.

38 Corte Constitucional. Sentencia C--284 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

3.9 Audiencia de pacto de cumplimiento

Dentro de los 3 días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda el juez citará a las partes y al Ministerio Público a una audiencia especial en donde se escucharán las diferentes posiciones de los sujetos procesales y a iniciativa del juez se podrá proponer un pacto de cumplimiento en donde se establezca la forma de protección material de los derechos e intereses colectivos de cuyo amparo se solicita y/o el restablecimiento de las cosas a su estado anterior de ser posible.

Esta audiencia funge como una especie de “conciliación” con participación del Ministerio Público, en donde las partes pueden explicar sus posiciones y presentar una propuesta de pacto y/o, el juez puede proponerles una fórmula de arreglo que de aprobarse se surtirá a través de sentencia y de cuya ejecución el juez conservará la competencia.

De no lograrse el pacto de cumplimiento porque no asistieron la totalidad de las partes (y no se presentó excusa previa pertinente), porque las partes no se acogen a la fórmula planteada por el juez, o cuando simplemente debido a la enorme distancia entre las posiciones que existe entre las partes el pacto no se formule, el juez declarará fallida la audiencia y procederá al decreto y práctica de pruebas según el caso.

Con respecto al trámite de la audiencia especial de pacto de cumplimiento, ha sostenido el Consejo de Estado:

“(…) La Ley 472 de 1998 en su artículo 27 ordena dentro del trámite de las acciones populares, la celebración de una audiencia especial con el objetivo de alcanzar en ella un acuerdo entre las partes sobre las pretensiones de la demanda, ese acuerdo lo denomina la Ley “Pacto de Cumplimiento”. El pacto de cumplimiento es sin lugar a dudas constituye uno de los mecanismos para la solución de conflictos dentro del trámite de la acción popular, que permite acercar a las partes para que éstas puedan por sí mismas, aunque con la orientación imparcial del juez, llegar a un acuerdo que finalice el litigio, resuelva la controversia y haga tránsito a cosa juzgada; lo cual además evita el desgaste del aparato judicial generando un ahorro para la administración de justicia y colabora con la misión superior de propiciar la paz, pues éste es ante todo un mecanismo pacífico y no litigioso de precaver los conflictos o solucionar los existentes. La Ley 472 de 1998, busca que las partes

dentro de una acción popular puedan por si mismas arreglar sus conflictos, lo cual es de una importancia mayúscula en este tipo de acciones, pues si su finalidad es la protección de los derechos e intereses colectivos, el contar con una herramienta aún mas ágil que el mismo trámite de la acción popular -el cual goza de trámite preferencial, según el artículo 6 de la Ley en cita- lleva a que dicha protección se obtenga de la manera mas expedita posible (...)

La audiencia especial de pacto de cumplimiento tiene sus particularidades previstas en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998: -Oportunidad: El juez dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, citará a quienes deban intervenir en la audiencia especial de pacto de cumplimiento. Podrá ser aplazada por una única vez, si antes de la hora señalada para su celebración, alguna de las partes presenta prueba siquiera sumaria de una justa causa para no comparecer, el juez señalará una nueva fecha no antes de quinto día siguiente no después de décimo día, por auto que no tendrá recurso alguno. -Intervinientes: A la audiencia especial deberán comparecer de manera obligatoria además del juez de conocimiento, las partes y el Ministerio Público, y potestativamente podrán intervenir también las personas naturales o jurídicas que hayan registrado comentarios escritos sobre el proyecto. Los funcionarios competentes que no asistan a la audiencia estarán incurso en causal de mala conducta, sancionable con destitución del cargo. -Desarrollo de la audiencia: Una vez constituida la audiencia, el juez, quien dirigirá la audiencia, advertirá a las partes sobre los efectos de dicha actuación y escuchará las diversas posiciones sobre la acción instaurada. Podrá de ésta manera establecerse un pacto de cumplimiento a iniciativa del juez en el que se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible. -Revisión del pacto de cumplimiento: El proyecto de acuerdo alcanzado será revisado por el juez en un plazo de cinco (5) días a partir de su celebración y si observa en él vicios de ilegalidad, éstos serán corregidos por el juez con el consentimiento de las partes interesadas. -Cuándo la audiencia se considera fallida: a) Cuando no comparece la totalidad de las partes interesadas. b) Cuando no se formule proyecto de pacto de cumplimiento. c) Cuando las partes no consientan en las correcciones que el juez proponga al proyecto de pacto de cumplimiento. En tales eventos, el juez dará paso a la etapa probatoria continuando con el trámite normal del proceso de la acción popular. -Aprobación del pacto de cumplimiento: Se hará mediante sentencia, cuya parte resolutive será publicada en un diario de amplia circulación nacional a costa

de las partes involucradas. -Ejecución del pacto de cumplimiento: el juez conservará la competencia para su ejecución y podrá designar a una persona natural o jurídica como auditor que vigile y asegure el cumplimiento de la fórmula de solución del conflicto. Es importante resaltar que cuando se celebre un pacto de cumplimiento, éste deberá ser sobre la totalidad de las pretensiones esgrimidas en la demanda, es decir que para que proceda la aprobación del proyecto de pacto, se deberán resolver en él todos y cada uno de los extremos de la litis. Lo anterior se desprende del mismo artículo 27 de la Ley 472 de 1998, pues en él se prevé que la aprobación del proyecto de pacto de cumplimiento deberá hacerse mediante una sentencia, y sentencia es aquella providencia del juez en la cual se decide de fondo sobre la integridad de las pretensiones de la demanda o las excepciones. Así lo señalan tanto el Código de Procedimiento Civil en su artículo 302 como el Código Contencioso Administrativo en su artículo 170 (...)”³⁹.

De lo anteriormente citado, se puede concluir:

- a) La audiencia especial de pacto de cumplimiento es una etapa procesal que se erige en un escenario alternativo de resolución de conflictos (casi de tipo conciliatorio) en donde las partes pueden explorar y proponer opciones de arreglo al conflicto desatado.
- b) El juez tiene la facultad y competencia de proponer a las partes una fórmula de arreglo.
- c) En caso de existir acuerdo y pacto de cumplimiento entre las partes y sea aprobado por el juez mediante sentencia, ésta hará tránsito a cosa juzgada.
- d) El juez mantiene la competencia frente a la ejecución material del acuerdo, y podrá designar a una persona natural o jurídica en calidad de auditor para que vigile y asegure el cumplimiento del pacto.

39 Consejo de Estado. Sentencia Sección Tercera. Rad 66001--23--31--000--2002--007 70--01. Del 27 de mayo de 2004. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.

3.10 Período probatorio

Una vez surtido el trámite descrito en el numeral anterior, el juez procederá al decreto y práctica de las pruebas que le fueron solicitadas por las partes o de oficio las que estime convenientes dentro de un término de 20 días prorrogables otros 20 días según la complejidad del proceso.

La carga de la prueba corresponde al demandante (es decir al actor popular). Sobre el particular el Consejo de Estado anota:

[...] Ahora bien, es de resaltar que en materia de acciones populares es al actor popular a quien corresponde la carga de probar los hechos, acciones u omisiones que a su juicio constituyen la causa de la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección reclama [...].⁴⁰

[...] aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por el actor popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba. Entonces, para que la acción popular proceda se requiere que: - de los hechos de la demanda se pueda al menos deducir una amenaza a los derechos colectivos, entendidos estos como intereses de representación difusa, en la medida en que su titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas, la obligación de que la acción se dirija contra la persona natural o jurídica o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo y, - por tanto este último requisito supone que la actuación (acción u omisión) sea probada por el actor, o que del expediente el juez la pueda deducir, de lo contrario, el juzgador no podrá ordenar nada en su sentencia. Por tanto, la carga de la prueba impone al actor popular el deber de precisar y probar los hechos de los cuales estima la amenaza o vulneración de los derechos colectivos alegados en la demanda. [...].⁴¹

Sobre las facultades oficiosas del juez en materia probatoria sostiene el máximo intérprete constitucional:

40 Consejo de Estado. Sentencia Sección Primera. Rad. 76001--23--31--000--2010--01459--01(AP) del 10 de mayo de 2012. Consejera Ponente María Elizabeth García González.

41 Consejo de Estado. Sentencia Sección Primera. Rad. 41001--23--31--000--2004--00425--01(AP) del 18 de abril de 2007. Consejero Ponente Rafael Ostau de Lafont Pianeta.

[...] la Corte puntualizó que la carga de prueba que recae sobre el actor popular, no inhibe al juez del deber de emplear su facultad probatoria de oficio cuando, por razones económicas o técnicas, el demandante no pueda aportar ciertas pruebas que resultan indispensables para adoptar un fallo de mérito [...].⁴²

Por lo tanto, la regla general es la aplicación de la carga probatoria en cabeza del actor popular; sin embargo, si por razones de orden económico (por ejemplo la obtención del amparo de pobreza) o técnico, dicha carga no puede ser cumplida por el actor, el Juez deberá suplir dicha deficiencia ordenando a la entidad pública -cuyo objeto esté referido el tema materia del debate- la práctica de las experticias probatorias requeridas, y, de no ser posible, podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

3.11 Alegatos de conclusión y sentencia

Una vez vencido el término probatorio, el juez dará un término común de 5 días a las partes para que presenten sus alegatos y argumentos de cierre o conclusión.

Una vez surtido el término anteriormente descrito, el expediente pasa al despacho para fallo el cual deberá proferirse en un término de 20 días. La sentencia que acoja las pretensiones del demandante podrá:

- a) Contener una orden de hacer o de no hacer.
- b) Condenar al pago de perjuicios cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo a favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo. Esta condena se hará in genere y se liquidará mediante incidente.
- c) Exigir la realización de conductas necesarias para volver las cosas al estado anterior a la vulneración del interés o derecho cuando esto fuere posible.
- d) La ley 472 de 1998 establecía la posibilidad de que el actor popular obtuviera un incentivo económico (que el juez fijaba entre 10 y 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes) en caso de ganar la

42 Corte Constitucional. Sentencia T--429 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

acción popular promovida y debidamente atendida por éste, reconocimiento que se hacía en la sentencia; sin embargo la ley 1425 de 2010 derogó los artículos 39 y 40 de la citada ley aboliendo la posibilidad del reconocimiento del incentivo en comento.

La ley 1425 en comento, fue objeto de varias demandas públicas de inconstitucionalidad sobre todo por la presunta introducción de una barrera a la participación ciudadana y violación de la reserva de ley estatutaria; sin embargo, la Corte Constitucional desestimó los cargos y declaró exequible la ley mediante las sentencias C-630 de 2011 y C-730 de 2011 exponiendo entre otros los siguientes argumentos:

[...] Es claro que (i) La Ley estudiada en el presente proceso se refiere a un aspecto propio de las acciones populares, que, son en sí mismas consideradas, un derecho fundamental, político y, por supuesto, constitucional. No obstante, el objeto de la regulación (ii) no trata sobre un elemento estructural ni de los principios básicos de la acción popular; (iii) no se refiere a los contenidos esenciales o nucleares del derecho a interponer tales recursos judiciales; (iv) no regula aspectos inherentes al ejercicio del derecho; (v) no contempla medidas que afecten los ámbitos centrales de la red de protección que otorga el derecho; (vi) no es una regulación que se ocupe de manera integral de la acción popular en sí misma considerada; (vii) ni de los principios que la rigen. En tal medida, considera la Corte que no se desconoció la reserva de ley estatutaria [...].⁴³

Se considera acertada, oportuna y eficiente la eliminación del incentivo económico por parte del legislador, así como la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de la ley 1425 de 2010, en la medida que las acciones populares se estaban convirtiendo en una “profesión” para varios ciudadanos y profesionales del derecho que presentaban demandas únicamente con la intención de obtener un beneficio económico desnaturalizando la razón de ser y teleología política y jurídica que inspiraron al constituyente a elevar a canon constitucional éste tipo de acciones.

La parte inconforme con el fallo podrá ejercer el recurso de apelación dentro de los 3 días posteriores a la notificación de la sentencia.

43 Corte Constitucional. Sentencia C--630 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa.

Además podrá solicitar la práctica de pruebas en segunda instancia trámite (al igual que la condena en costas) que se regirá por lo establecido en el código de procedimiento civil.

El recurso de apelación deberá ser resuelto por el juez de la alzada dentro de los 20 días siguientes contados a partir de la radicación del expediente en la Secretaría del Tribunal competente.

Como ya fue anotado en un acápite anterior, la Ley estatutaria de la administración de justicia (270 de 1996) en el artículo 36A modificado por el artículo 11 de la ley 1285 de 2009, establece un mecanismo eventual de revisión en cabeza del Consejo de Estado para las acciones populares y de grupo de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁴⁴.

Respecto de los fines y procedencia del mecanismo eventual de revisión, el Consejo de Estado ha decantado:

[...] Para la procedencia de este mecanismo de revisión eventual, será necesario que con la solicitud pueda establecerse que existen providencias de los Tribunales Administrativos o de esta Corporación con posiciones encontradas o con interpretaciones diferentes o que no exista una posición unificada y uniforme del órgano de cierre o que el tema no haya sido desarrollado por la jurisprudencia. Además deben examinarse la importancia y trascendencia de los puntos que se discuten en la providencia que se pretende sea revisada. Así pues, precisada la finalidad como aspecto de fondo que hace procedente el mecanismo señalado en el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, se advierte que esta normativa también establece aspectos formales que permiten avocar su estudio, como son los de oportunidad, objeto, legitimación y sustentación que deben verificarse, así: (1). La solicitud debe presentarse dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la sentencia o providencia cuya revisión se pretende. Debe presentarla una de las partes [o ambas] o el Ministerio Público. La providencia objeto de eventual revisión debe ser dictada por un Tribunal Administrativo y determinar la finalización o el archivo del proceso de acción popular. Si bien la norma no exige sustentación, es importante que

44 De conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 0117 de 12 de octubre de 2010 de la Sala Plena del Consejo de Estado que adicionó un párrafo al artículo 13 del Reglamento del Consejo de Estado (Acuerdo 58/03) en el sentido de establecer que todas las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación conocerán de las solicitudes de revisión eventual.

la solicitud contenga los puntos de la providencia que, a juicio del peticionario, merecen ser revisados y explique por qué son contrarios o diferentes al precedente judicial. La explicación dada por el peticionario no limita la actuación del Consejo de Estado, pues al momento de hacer el análisis de la providencia puede encontrar otros puntos en los cuales sea necesario e importante unificar la jurisprudencia. En este punto debe precisarse que la sustentación exigida al peticionario debe ser tenida sólo como una motivación o impulso necesario para estudiar la solicitud de revisión [...].⁴⁵

De lo anterior se colige:

- i) Además de existir la etapas de alegatos de conclusión y sentencia, las partes tienen derecho a interponer recurso de apelación o alzada contra la decisión del a-quo garantizando el ordenamiento una doble instancia, lo cual redundará en el reforzamiento del amparo al debido proceso.
- ii) Aunado a lo anterior, el ordenamiento permite la revisión eventual de las sentencias de los procesos tramitados en virtud de las acciones populares por parte del Consejo de Estado con la finalidad de a) unificar la jurisprudencia; b) establecer criterios unificados de interpretación, y; c) sentar posición en temas novedosos que no hayan sido desarrollados por la jurisprudencia de cierre.
- iii) El mecanismo eventual de revisión puede ser solicitado por alguna de las partes o por el Ministerio Público dentro de los 8 días siguientes a la notificación de la sentencia dictada por el correspondiente Tribunal Administrativo.

4 CONCLUSIONES

a) Una de las grandes conquistas del Estado Social de Derecho es la consagración de los derechos colectivos y la concomitante creación de instrumentos jurídicos para su defensa material.

45 Consejo de Estado. Sentencia Sección Cuarta. Rad. 73001--33--31--004--2008--0006--01(AP)REV del 4 de noviembre de 2010. Consejera Ponente Martha Teresa Briceño de Valencia.

Las acciones populares en tanto a su dimensión sustantiva, obedecen a una forma de expresión de la participación ciudadana dentro del marco de una democracia, y, se constituyen en un derecho de ejercicio pero también un deber de conservación de dichos derechos a cargo de sus titulares y destinatarios.

b) Las acciones populares desde su perspectiva adjetiva, se constituyen en mecanismos de protección de los derechos e intereses colectivos ya sea en sede preventiva, ora en sede restitutiva.

c) El procedimiento de las acciones populares es preferente, de impulsión oficiosa, público, rápido, tuitivo, y especial.

d) Existen varias acciones populares al interior de nuestro ordenamiento jurídico, algunas de ellas de consagración legal (unas ex – ante otras ex – post a la Constitución de 1991) y otras creadas a través del poder reglamentario. No obstante que con la expedición de la Carta del 1991 éstas no desaparecen (y *contrario sensu* complementan el escenario de protección de los derechos grupales), es evidente que las acciones populares constitucionales resultan ser el principal mecanismo de protección de los derechos comunes, de los derechos de todos o en términos romanos... de los derechos del pueblo.

REFERÊNCIAS

ESGUERRA PORTOCARRERO, Juan Carlos. **La protección constitucional del ciudadano**. Ed. Legis, 2010.

GUAYACAN ORTIZ, Juan Carlos. Las acciones populares y las acciones colectivas: antigua experiencia jurídica, moderna discusión dogmática y postmoderna aplicación práctica. *In: V Jornadas de derecho constitucional y administrativo*. Universidad Externado de Colombia, 2005.

HERNANDEZ TEJERO et. al. **El digesto de Justiniano**. Pamplona: Aranzadi, 1975.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. **Derecho Constitucional Colombiano**. De la Carta de 1991 y sus reformas. Editorial Universidad del Rosario, 2009.

QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique. **La Tutela Cautelar. Medidas Cautelares. El embargo y secuestro de bienes.** Bogotá: Sabiduría Limitada, 2007.

SANTIFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

A NECESSIDADE DE CONTROLE JUDICIAL PARA A REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVA

FÁBIO WEBER LUDWIG¹

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 introduziu diversos elementos no direito processual civil e no direito processual coletivo. O chamado microssistema processual coletivo foi expandido através da criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, que trouxe um novo instrumento para o julgamento de casos repetitivos e um novo conjunto normativo para dar tratamento aos direitos individuais homogêneos. Nas pesquisas sobre o incidente, existem diversas discussões, que, aliadas às omissões do legislador em relação a vários pontos de seu funcionamento, acarretam na adoção de posicionamentos distintos na doutrina e na jurisprudência contemporânea para solucionar os problemas do instituto.

Especificamente com relação à representação adequada, o legislador foi omissivo quanto à possibilidade de controle judicial, apesar de possibilitar que o mesmo seja instaurado por diversos sujeitos. Assim, indaga-se, através dos argumentos e contrapontos considerados pela doutrina e jurisprudência, se há a necessidade ou não do controle judicial para garantir a representação adequada no incidente, questão com grande relevância especialmente no tocante à formação da sua decisão judicial final de mérito, fato que justifica o presente trabalho.

1 Bacharel do curso de Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS (FMP). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Processo e Constituição, vinculado ao núcleo de Mestrado da FMP. Lattes iD <http://lattes.cnpq.br/8264741559368037>. Advogado. E-mail: fabio.w.ludwig@gmail.com.

Não é demais ressaltar a importância da adequada representação no âmbito coletivo. A exclusão da participação de todos os sujeitos substituídos demanda, por imperativo do princípio do contraditório, que exista representação idônea desses sujeitos ausentes. Caso não exista essa representação, haverá margem para deficiência na defesa dos direitos e interesses dos excluídos, pois não terão a possibilidade de influenciar indiretamente o juiz ou tribunal na confecção da decisão, fator que acarreta em violação ao devido processo legal e ao contraditório.

Portanto, estuda-se o incidente de resolução de demandas repetitivas sob o enfoque da representação adequada, assunto com grande conexão com a garantia ao contraditório e seus reflexos no processo coletivo brasileiro. Trata-se de tópico com grande relevância no processo civil contemporâneo, marcado pelas aspirações atuais, que prestigiam, dentre outros vetores, a democracia e o Estado de Direito. Desse modo, o estudo se propõe a responder a indagação inicial verificando o cumprimento do contraditório e, conseqüentemente, do devido processo legal, institutos que permeiam o sistema processual atual.

Quanto ao aspecto metodológico da pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, em razão da análise partir da aplicação do direito ao contraditório no incidente de resolução de demandas repetitivas, em busca de averiguar a necessidade de controle judicial para garantir a existência de representação adequada. Ainda, realizou-se abordagem qualitativa. No tocante à natureza da pesquisa desenvolvida, é aplicada, pois sua finalidade é solucionar um problema específico com interesse social. O procedimento técnico utilizado foi o bibliográfico, consultando o direito positivo e os entendimentos doutrinários devido ao objeto da investigação, que é prescritivo em sua essência.

2 DESENVOLVIMENTO

Na sequência, aborda-se o problema de pesquisa a partir dos eixos que seguem. Inicialmente se abordará acerca do contraditório. Num segundo momento, é abordado o próprio incidente de resolução de demandas repetitivas. Ao final, analisa-se o cerne da questão, com intuito de obter uma resposta satisfatória à indagação da pesquisa.

2.1 A garantia do contraditório

O conceito clássico da garantia do contraditório, atrelada ao momento processual liberal típico do início do século XX, se esgotava no direito de bilateralidade de audiência, sem maiores implicações jurídicas. Esse é o contraditório estático, atrelado tão somente à posição de igualdade formal das partes. Cumprir o contraditório era sinônimo de garantir às partes o direito de ter ciência dos atos processuais praticados e, conseqüentemente, de ter a possibilidade de se manifestar acerca desses atos pelos quais teve ciência perante o juiz, que, por sua vez, aplicará o direito, sem necessariamente existir qualquer reflexão na decisão judicial que atinge as partes litigantes (THEODORO JÚNIOR et al, 2016, p. 123-124). A doutrina identifica esses direitos, existentes até a contemporaneidade, referindo-os num binômio informação-reação, que atua como dever imposto ao magistrado e seus auxiliares (DINAMARCO, 2002, p. 127).

Essa é uma concepção antiga, sendo atrelada ao entendimento de que o direito deveria ser dito exclusivamente pelo magistrado, sem a interferência das partes nesse processo (OLIVEIRA, 1993, p. 181). Visando alterar essa situação a partir da metade do século XX, o sistema processual passou a consagrar o contraditório num sentido distinto da visão formalística clássica processual, predominante na filosofia liberal do século XIX. O processo passou a ser visto por meio dum sistema plurissubjetivo, desenvolvendo-se através duma estrutura dialética. Nesse desenvolvimento dialético, que é espaço para exercício dos poderes processuais, o contraditório exerce o papel de assegurar às partes uma estrutura que prestigia a simetria das posições subjetivas, concedendo a possibilidade de dialogar e exercer, e igualmente se submeter, a um conjunto de controles, reações e escolhas no âmbito processual (FAZZALARI, 1958, p. 869).

Assim, a doutrina buscou assegurar que o debate processual seja publicizado e deixe de ser formado por atos isolados dos sujeitos processuais. Ele deve ser visto como produto da participação deles na formação do provimento judicial e não somente da bilateralidade de audiência das partes, que sequer era considerada pelo juiz ao formular sua decisão (THEODORO JÚNIOR et al, 2016, p. 120).

Nesse contexto, o Código de Processo Civil de 2015 é um marco normativo que consagrou o sentido do contraditório no regramento pro-

cessual civil, redimensionando-o em seu aspecto semântico para um viés substancial ou material. Assim, o Código de Processo Civil de 2015, com respaldo na doutrina e jurisprudência mais evoluída sobre o tema, busca implementar um sistema processual que torne factível o processo justo e democrático (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 68). Essa nova concepção de contraditório, com cunho dinâmico e substancial que pontua previamente as questões controvertidas relevantes, é a que permeia o disposto no artigo 10 do Código de Processo Civil, não podendo ser vista como um objetivo meramente protelatório e formalista pela parte sucumbente, mas sim como instrumento para uma decisão correta, legítima e eficaz (THEODORO JÚNIOR et al, 2016, p. 131).

A garantia evoluiu e não se limita mais ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso repercuta na fundamentação do pronunciamento judicial. Não basta que essa participação seja fictícia ou parcial, apenas para “exposição dos fatos”, deixando a qualificação jurídica como atribuição exclusiva e de “livre convencimento” do magistrado, compreendido como a discricionariedade em decidir sem considerar as teses arguidas pelas partes sobre os fatos ou direito ou então decidir sobre toda lide fundado em apenas uma das teses. Tal situação é expressamente combatida pelo Código de Processo Civil de 2015, no seu artigo 489, § 1º, IV, que considera a decisão que desrespeita o disposto como não fundamentada e, desse modo, nula (NUNES et al, 2016, p. 221).

Esse dinamismo na aplicação da garantia, seguindo as inovações do Código de Processo Civil de 2015, deve ser compreendido à luz da perspectiva democrática e cooperativa entre os sujeitos processuais. As partes devem colaborar para a estruturação dum processo justo, com debates pautados pelas regras do *fair play*, aliada com a postura mais aberta do juiz aos argumentos das partes (ALVIM; GUEDES, 2020, p. 29). O princípio da cooperação remoldou a maneira como o processo era visto, com intuito de afastar o excesso do formalismo, a arbitrariedade e o distanciamento do direito processual em relação ao direito material. Passou-se a retirar o protagonismo juiz e deixá-lo mais próximo das partes, bem como mais vinculado à própria realidade material da causa (VANELLI, 2021, p. 116).

No âmbito das partes, irradiam do contraditório vários direitos, tais como (i) o direito à cientificação regular durante todo o procedimento, que garante a citação acerca do ato introdutivo da demanda e a

intimação dos eventos processuais posteriores que permita o exercício da defesa; (ii) o direito à prova, possibilitando igualmente a sua obtenção quando for relevante; (iii) o direito de assistir pessoalmente à assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária, ou oficiosas do julgador; (iv) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que produza decisão unicamente com fulcro nas provas e elementos adquiridos em contraditório; e (v) o direito à uma decisão fundamentada, que aprecie e solucione racionalmente as questões e defesas de modo adequado e tempestivo (THEODORO JÚNIOR et al, 2016, p. 131).

Especificamente no âmbito coletivo, o processo que busca efetivar a tutela coletiva, como no caso do incidente de resolução de demandas repetitivas, precisa ser conduzido por uma entidade que possui legitimidade por lei, sendo requisito para que a decisão surta efeitos perante um grupo ou comunidade representados por esse legitimado que irá representar a coletividade, satisfazendo as exigências do princípio do contraditório, em seu aspecto estático ou dinâmico, desde que sejam dotadas de representação adequada. Nesse tipo de procedimento, os efeitos da sentença e a autoridade da coisa julgada vão além dos sujeitos que figuram como autores no processo judicial, atingindo e vinculando os integrantes do grupo ou comunidade substituída no processo pelo autor. Somente inexistirá violação ao contraditório nessa situação se os legitimados para manejar o instrumento processual atuam no interesse do grupo ou da comunidade interessada, sendo qualificados como substitutos processuais com a devida representação (DINAMARCO, 2002, p. 130).

Ademais, no âmbito coletivo, o direito de ser ouvido pelo juiz ou tribunal assume um papel de destaque, sendo exercido pelo representante adequado. Nessa linha, enquanto no processo civil individual o contraditório é cumprido através da garantia de participação no processo diretamente pelo titular do direito subjetivo, no processo civil coletivo há sua expressão pela participação da coletividade por intermédio de seu representante adequado (TOSCAN, 2015, p. 194).

É decorrência lógica direta do contraditório possibilitar a todos os litigantes o direito de ser ouvido perante o juiz ou tribunal. Em primeira ordem, haveria a necessidade, para proteger o devido processo, que todos os sujeitos potencialmente afetados fossem cientificados, problema

que demanda uma solução coletiva, porquanto o modo tradicional de notificação implicaria em elevados custos processuais. Esse viés individualista do exercício do contraditório não pode prosperar no âmbito coletivo, porque não é prático, mostrando-se rígido demais para garantir o exercício desse direito no âmbito coletivo (CAPPELLETTI, 1976, p. 685). No processo coletivo, não deve haver o abandono da garantia do contraditório, mas sim sua reconsideração, ou seja, sua adaptação à nova realidade (CAPPELLETTI, 1976, p. 686).

2.2 O incidente de resolução de demandas repetitivas

Em paralelo à discussão envolvendo o contraditório, vislumbra-se que o Poder Judiciário possui milhares de demandas, gerando cenário de crise. Visando amenizar essa situação, o legislador brasileiro passou a adotar instrumentos destinados à tutela coletiva de direitos que buscam o julgamento de casos repetitivos de forma a preservar a racionalização e aperfeiçoamento do sistema. Dentre tais instrumentos, destacam-se o incidente de resolução de demandas repetitivas, que surgiu com o advento do Código de Processo Civil de 2015. O instituto é inspirado na lei estrangeira, em especial, na legislação alemã, expressamente citada na exposição de motivos, e, conforme disposto pela doutrina, na legislação britânica (MENDES, 2017a, p. 66).

Visando amenizar a crise, o legislador brasileiro passou a adotar gradativamente instrumentos destinados à tutela coletiva de direitos que buscam o julgamento de casos repetitivos de forma a preservar a racionalização e aperfeiçoamento do sistema (MENDES; TEMER, 2015, p. 286). Dentre tais instrumentos, destacam-se (i) o incidente de uniformização de jurisprudência (CPC/73); (ii) a uniformização de jurisprudência em âmbito dos Juizados Especiais Federais e Juizados Especiais da Fazenda Pública (Leis nº 10.259/01 e 12.153/09); (iii) o julgamento imediato de improcedência em casos idênticos (CPC/73 alterado pela Lei nº 11.277/06); (iv) o julgamento de recursos repetitivos (CPC/73 alterado pela Lei nº 11.418/06) e estendidos aos recursos de revista no âmbito da Justiça do Trabalho (Lei nº 13.015/14); e (v) a sistemática de recursos extraordinário e especial repetitivos (CPC/73 alterado pela Lei nº 11.418/06, art. 543-B e CPC, arts. 1.036 a 1.041), dentre outros instrumentos processuais.

Nesse contexto o incidente foi criado, passando a integrar o microsistema processual coletivo. Essa afirmação é importante, pois atrai a aplicabilidade das demais leis que integram esse sistema coletivo. Tal questão deriva essencialmente do entendimento que no direito brasileiro as situações jurídicas coletivas são tuteladas pelas ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos (DIDIER JÚNIOR; ZANETTI JÚNIOR, 2018, p. 211).

A proposta do incidente, previsto nos artigos 976 a 987, do Código de Processo Civil, é, em breves termos, fixar uma decisão que resolva uma questão jurídica, seja de direito material, seja de direito processual, que se repete em inúmeros processos. Após decidida essa questão pelo Tribunal, ela deverá ser observada e aplicada em todos os casos presentes e futuros em que seja discutida a mesma matéria controvertida, preservando simultaneamente a isonomia e a segurança jurídica (DIDIER JÚNIOR; TEMER, 2016, p. 257).

Dentre os incontáveis pontos do incidente, destaca-se que, a teor do artigo 977 do Código de Processo Civil, o pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas é dirigido ao presidente do tribunal competente por ofício, quando requerido pelo juiz ou relator (inciso I), ou por petição, quando requerido pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública (inciso II e III). Desse modo, considerando os pressupostos tratados acima, a parte do juiz, do relator, do Ministério Público e da Defensoria Pública, qualquer parte dos processos repetitivos possui legitimidade para requerer a instauração do incidente, ainda que estes estejam em tramitação em primeira instância ao tomar o conhecimento da existência de causa pendente de julgamento no tribunal competente. O Código de Processo Civil estabeleceu uma legitimação autônoma para conduzir o incidente, sendo concorrente e disjuntiva, de modo que a legitimidade de um não exclui a dos demais, sem a necessidade de formar litisconsórcio para atuar em juízo (CAVALCANTI, 2016, p. 253).

A atuação das partes não se limita ao requerimento de instauração, mas também na fase preparatória, possibilitando a juntada de documentos e a realização de diligências (CPC, art. 983). No tocante à sustentação oral, destaca-se que a existência de litisconsórcio influencia na apresentação das razões (CPC, art. 984, II). Numa leitura atenta ao dispositivo, percebe-se que, no caso de litisconsórcio, são concedidos trinta

minutos para realização da sustentação oral pelo autor, enquanto que os demais interessados acabam por terem que dividir trinta minutos entre si. Apesar disso, o § 1º do artigo 984 do Código de Processo Civil dispõe que tal prazo poderá ser ampliado, a depender do caso concreto.

Não há prazo para a apresentação do requerimento de instauração, restando possível que o relator suscite o incidente de resolução de demandas repetitivas até o início da leitura dos votos na sessão de julgamento ou que as partes, o juiz, o Ministério Público e a Defensoria Pública elabore o requerimento até o início da sessão de julgamento da causa pendente no tribunal (CAVALCANTI, 2016, p. 268). Ainda, ressalta-se que não são exigidas custas processuais para o incidente de resolução de demandas repetitivas (CPC, art. 976, § 5º), sendo uma forma de dessubjetivação com o objeto de tutelar o ordenamento jurídico (CAVALCANTI, 2016, p. 268).

O pedido de instauração deve ser acompanhado de todos os documentos que comprovem o cumprimento dos pressupostos previstos em lei (CPC, art. 976, I e II, e 977). Na sequência, há a distribuição do pedido ao órgão competente e é feito o juízo de admissibilidade (CPC, art. 981), que constitui na análise dos pressupostos (MENDES; TEMER, 2015, p. 283).

Admitida a instauração, conforme previsão do artigo 982 do Código de Processo Civil, o relator determina a suspensão da tramitação dos processos repetitivos da respectiva competência do tribunal (inciso I), deve requisitar, caso necessário, aos órgãos judiciais que possuem processos com discussão idêntica ao objeto para prestarem informações em 15 dias (inciso II), e, por fim, intime o Ministério Público para apresentar eventual manifestação em 15 dias (inciso III). A suspensão é efeito automático da decisão que admite o incidente, de modo que o relator faz mera comunicação aos órgãos jurisdicionais acerca da suspensão em razão da admissibilidade. Diferentemente das ações civis públicas, a suspensão dos processos repetitivos é, ao menos numa interpretação literal da lei, obrigatória e não uma faculdade.

Em atenção aos ditames do Código de Processo Civil, a decisão de admissibilidade não se trata de uma decisão monocrática², visto que a com-

2 Em que pese a explícita indicação do texto legal sobre o órgão que profere a decisão de admissibilidade, Camilo Zufelato e Fernando Oliveira (2018, p. 423) indicam que alguns tribunais do país disciplinam pela possibilidade do julgamento monocrático em certas hipóteses, por exemplo, quando a parte for ilegítima, no TJMG e o TJGO, quando não cumprido os pressupostos de instauração, no TJMT, ou quando

petência para tanto é do órgão competente para deliberar sobre a questão. Caso o tribunal rejeite a instauração do incidente, a decisão apenas admitirá a oposição de embargos de declaração. No mesmo sentido, o Enunciado 91 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Cumpre destacar que não há impedimento legal para suscitar novamente o incidente quando cumprido o pressuposto não atendido anteriormente (CPC, art. 976, § 3º).

Após a oitiva do Ministério Público (CPC, art. 982, III), a legislação prevê que o relator do incidente deve oportunizar a oitiva de até três espécies de sujeitos processuais antes de proferir o julgamento do mérito para se manifestarem sobre a questão controvertida (CPC, art. 983). Esses sujeitos são (i) as partes do processo pendente no tribunal, que estão envolvidas na relação jurídica que originou a instauração, (ii) eventuais interessados, que constituem as partes dos processos repetitivos suspensos, na condição de assistentes litisconsorciais, porque serão vinculados pelo resultado do julgamento (CPC, art. 124), e, por fim, (iii) os *amici curiae*, pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia que, pela relevância da matéria, com representação adequada, se manifesta no processo nessa qualidade.

Cumpre destacar que conforme pesquisa empírica realizada por Amanda Medeiros (2020, p. 168), de todos os incidentes instaurados e admitidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul até agosto de 2020 (dezoito incidentes), somente três possuíram intervenção de *amicus curiae* e desses três processos, não houve grande poder sobre o resultado da lide.

Os *amici curiae* possuem interesse institucional de contribuir com a decisão de mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas, por terem atividades relacionadas ao tema ou pelo desenvolvimento de pesquisas sobre o assunto, distinguindo-se do assistente litisconsorcial. Os *amici curiae* possuem assim um papel de destaque, distinto daqueles das partes, detendo inclusive o poder de recorrer da decisão de mérito do incidente (CPC, art. 138, § 3º). Dessa forma, foi conferido ao *amicus curiae* muita importância, que reflete a participação democrática na tramitação do incidente, não se limitando à regra geral que possibilita apenas a interposição de embargos de declaração por esse terceiro.

manifestamente incabível o incidente, no TJPE, entendimento que extrapola o limite da competência normativa do regimento interno dum tribunal.

Ao final, há o julgamento do mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas, que é disposto em uma decisão, sempre de teor eminentemente declaratório (MARINONI, 2019, p. 102) e vinculante a todos os processos repetitivos em questão (CPC, art. 985, I), bem como deverá ser observado pelos magistrados nos casos futuros (CPC, art. 927, III). No ponto, a decisão irá ditar uma tese jurídica, resolvendo tão somente a questão de direito idêntica que afeta todos os processos que estão em tramitação na área de jurisdição do tribunal competente, inclusive aqueles que tramitam nos juizados especiais, conforme Enunciado 93 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (CAVALCANTI, 2016, p. 302) e não as próprias demandas repetitivas em si, que são julgadas individualmente pelos magistrados.

O ponto relevante que se destaca é que a decisão que julga o mérito é aplicável por vinculação aos processos que efetivamente se repetem, formando coisa julgada *erga omnes pro et contra* (MARINONI, 2019, p. 24-25). Há a vinculação dos sujeitos que não participaram na confecção da decisão aos seus efeitos. Em decorrência disso, o princípio do contraditório aos litigantes abrangidos pelo incidente deve ser observado pela parte protagonista do incidente de resolução de demandas repetitivas, que deve ser dotada de representação adequada.

2.3 A necessidade de controle judicial

Apesar de todas as características do incidente, surpreende observar, no texto do Código de Processo Civil, a ausência de qualquer exigência para garantir a representação adequada sobre os sujeitos que suscitam o incidente. No caso da legitimidade das associações conforme previsto na Lei da Ação Civil Pública, é exigida, ao menos, a pré-constituição pelo prazo mínimo de um ano e os demais legitimados sequer possuem requisitos para controlar a representação.

No incidente, a situação é grave, pois a legitimação extraordinária reside em qualquer parte e a coisa julgada vincula terceiros, independente do seu resultado. Nesses termos, ele resta completamente vulnerável à instauração oportunista, especialmente por litigantes habituais, com intuito de viciar o sistema processual. Quando o processo chegar ao tribunal, as partes de qualquer demanda repetitiva podem suscita-lo,

mesmo que não tenham mínimas condições de realizar a defesa adequada dos interesses em jogo, porque ausente qualquer forma de controle no estado atual. Dessa forma, constitui um dever do tribunal em assegurar se o representante é qualificado para discutir, no âmbito coletivo, todas as questões e tese jurídicas discutidas nos processos repetitivos (ABBOUD, CAVALCANTI, 2015, p. 230).

O Código de Processo Civil de 2015 se limita a dispor acerca da possibilidade de realização de audiências públicas e a da intervenção de terceiros através do *amicus curiae*. Apesar do *amicus curiae* ser figura processual pertinente, visto que se destina a esclarecer o juiz acerca de matérias complexas e auxiliar o juízo a proferir a decisão com neutralidade, não é seu dever atuar como representante dos direitos dos sujeitos ausentes. Isso porque a intervenção desse terceiro no processo não está atrelada à representação dos sujeitos ausentes, não podendo ser considerada sua participação como forma do jurisdicionado influenciar a decisão judicial. Ele sequer é identificado como parte no processo e possui a função principal de apenas esclarecer o juiz sobre determinada questão controvertida. É importante destacar que o *amicus curiae* pode ser um elemento que traz legitimidade para a lide de natureza coletiva e potencialmente representar um grupo de ausentes³. Todavia, não pode ser visto como sinônimo de representação adequada dos legitimados, porque é figura que independe dessa caracterização (GUEDES, 2019, p. 319), ao contrário do que pensam parcela da doutrina⁴.

3 Em sentido similar concluem Eduardo Cambi e Kleber Ricardo Damasceno (2011, p. 35). O *amicus curiae* ganhou maior visibilidade e podem ser uma opção viável para incrementar a argumentação jurídica e concretizar o pluralismo jurídico, abrindo o debate para a sociedade, atuando em prol desta. No entanto, apesar da importante contribuição, não pode substituir o representante adequado. Por sua vez, Luiz Guilherme Marinoni (2019, p. 141-142) possui uma visão mais restritiva sobre o tema. Argumenta, com razão, que nem todo IRDR demandará a atuação de *amicus curiae*, uma vez que nem toda questão de direito controvertida é dotada de tamanha complexidade. Para ele, não há sequer sentido em existir *amicus curiae* e não haver representante adequado, pois o representante adequado é indispensável ao haver uma discussão sobre um direito pertencente a sujeitos que não participam diretamente do processo e que restarão vinculados ao final.

4 Em sentido contrário, Sofia Temer (2022, p. 159-160) e Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2017b, p. 240) entendem que os *amici curiae* e as audiências públicas são capazes de atender o contraditório e legitimar o incidente.

Nesse panorama, para assegurar o contraditório, é necessário que exista o controle judicial da adequação da representação dos interesses do grupo. Adotar a sistemática dessa técnica processual nada mais é que um método de adaptar o princípio do contraditório ao devido processo legal social ou coletivo ao processo coletivo, tarefa que se justifica diante da peculiaridade dos efeitos da decisão. O Código de Processo Civil, ao admitir que uma decisão desfavorável tenha eficácia vinculante sobre todos os processos repetitivos, sem qualquer forma de controle sobre a representação, culmina em inevitável violação ao direito ao contraditório, direito de todos os litigantes abrangidos pelo incidente de resolução de demandas repetitivas (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 229).

A origem do controle judicial da representação adequada se encontra no Código de Processo Civil dos Estados Unidos da América (*Civil Procedures Rules*), especificamente na *Rule 23 (a) 4*, que regula a representação nas *class actions*, análoga às ações coletivas brasileiras. Dessa norma emana todo um sistema de certificação da representação, desenvolvido nas fases iniciais do procedimento e possível de ser arguido posteriormente (GRINOVER, 2001, p. 475).

Nos termos da *Rule 23 (a) 4, Civil Procedures Rules*, para que uma demanda tenha seu processamento deferido, o juiz ou tribunal deve exercer um controle da representação sobre os representantes da coletividade, bem como seus respectivos procuradores, averiguando se possuem capacidade para defender os interesses da classe representada. Esse pré-requisito tem fundamento no devido processo legal, matéria de ordem constitucional tanto no Brasil como nos Estados Unidos da América, que sofre algumas adaptações nas *class actions*. Após ser admitida a representação adequada pelo juiz, presume-se que os integrantes da classe litigante estão representados e que sua vontade será manifestada no processo regularmente. A vontade manifestada pelo representante se coaduna com a vontade dos integrantes do grupo e, por esse motivo, os sujeitos são alcançados pelos efeitos da decisão e da coisa julgada, salvo se exercido o direito de exclusão, o *opt-out* (CAVALCANTI, 2015, p. 31).

O incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como demais instrumentos do processo coletivo, possui a possibilidade de influenciar milhares de sujeitos processuais, sendo necessário ter em mente que a solução a ser encontrada nesses litígios devem estar embasados

também no interesse social. O controle da representação adequada dos legitimados do processo coletivo é necessário, pois se trata de requisito de validade do desenvolvimento regular do processo. No entanto, a forma como o incidente é conduzido pelos tribunais do país atualmente é inconstitucional, uma vez que não há qualquer preocupação em averiguar a atuação do representante da coletividade excluída da lide, que será ultimamente atingida pela decisão vinculante (MEDEIROS, 2020, p. 131). Veja-se que, em uma pesquisa feita em cento e sete incidentes instaurados até 1º de agosto de 2020 no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nenhum contou com controle de representação adequada das partes, sendo as decisões limitadas à análise dos requisitos previstos no Código de Processo Civil e em apenas três incidentes contaram com a participação de *amicus curiae*, com pouca relevância, visto que sequer foram mencionados na decisão final (MEDEIROS, 2020, p. 168).

O controle judicial da representação adequada se mostra como ferramenta importante para aferir a compatibilidade entre representante e representado, visto que o representante, independente de ser órgão público ou não, por vezes acaba atuando como um falso defensor dos direitos, deixando de conduzir a causa de forma adequada. A má atuação do representante pode acarretar em consequências jurídicas graves que vinculam o grupo que ele representa, violando o princípio constitucional do devido processo legal e do contraditório. Sem o controle judicial, a via coletiva ficará sujeita a esse tipo de vício e as partes poderão ter a oportunidade perdida de ter seus direitos considerados coletivamente. Assim, a representação adequada é requisito indispensável para o cumprimento do contraditório, do devido processo legal e para a formação da coisa julgada. Tal entendimento foi aplicado já em cortes de apelação nos Estados Unidos da América, como no caso *Johnson v. Uncle Ben's Inc*, em 1980 (SCARPARO, 2012, p. 140).

Assim, o controle judicial da representação adequada do líder do processo é fundamental para o seu desenvolvimento eficaz diante da omissão legislativa. O sistema de decisões vinculantes não pode permitir que um terceiro estranho ao processo se veja diante de provimento prejudicial em que houve condução imprópria do processo. A decisão proferida pelo juiz nessas condições é injusta por não considerar os argumentos capazes de infirmar o resultado final, que poderia ser distinto caso houvesse representante adequado. Assim, é imprescindível a representação

adequada, que deve assegurar a atuação da parte protagonista, para que legitime todas as fases de tramitação, garantindo a amplitude argumentativa da questão discutida e concretizando o contraditório substancial (OLIVEIRA FILHO; SOUSA, 2020, p. 257).

Ademais, a proposta do controle de representação adequada não depende de reforma legislativa para tanto (*lege ferenda*), mas sim da disposição do magistrado, ou seja, *lege lata*. Portanto, apesar de não estar expressamente prevista na lei, o juiz brasileiro possui o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo, em cumprimento à norma constitucional do devido processo legal, nos termos do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. A inadequação da representação, em qualquer momento processual, deverá acarretar em imposição de prazo e oportunidade para que o representante seja substituído. Caso isso não venha a ocorrer, o procedimento inteiro deve ser extinto sem julgamento do mérito (GIDI, 2002, p. 66). Em verdade, falar em representação inadequada é uma contradição, visto que a representação, por definição, deve ser adequada, sob pena do procedimento carecer de legitimidade (GIDI, 2008, p. 78).

Sendo dessa maneira, o controle judicial não se impõe para fins de suprir mera ilegalidade no processo. Quando não averiguada a representação adequada, o procedimento estará em descompasso com a Constituição Federal, visto que esse poder-dever do juiz decorre da interpretação constitucional do incidente de resolução de demandas repetitivas.

A prática dos tribunais que deixam de controlar a representação adequada no incidente não está de acordo com o princípio do contraditório, nem do devido processo legal. A omissão legislativa em prever uma forma efetiva de controle da representação adequada e a insuficiência dos demais institutos processuais para suprir essa omissão levam à inegável conclusão de que a praxe não cumpre com o disposto no artigo 5º, incisos LV e LIV, da Constituição Federal de 1988. Não há qualquer preocupação em averiguar a atuação do representante da coletividade excluída da lide, que será ultimamente atingida pela decisão vinculante (MEDEIROS, 2020, p. 131). O resultado disso é a existência dum incidente vulnerável a eventuais abusos que possam ocorrer a partir de sua instauração por meio de um representante inadequado, que, em última análise, é sinônimo de uma não representação no processo coletivo.

3 CONCLUSÃO

O incidente de resolução de demandas repetitivas é um incidente processual coletivo complexo. Nessa linha, é natural que existam divergências acerca dos mais variados temas, ainda mais por se tratar dum instrumento que busca dar tratamento aos direitos coletivos em sentido amplo. Entretanto, verificou-se que o legislador redigiu sobre o instituto sem trazer grandes considerações ao problema da representação adequada, que constitui um dos temas centrais para averiguar a legitimidade do processo coletivo, visto que sempre haverá sujeitos que não influenciam diretamente na decisão por questões de ordem prática. É um tema de especial relevância para delimitar a aplicação dos efeitos da coisa julgada, merecendo melhor tratamento legal ao invés de ser sumariamente omitido pelo legislador para fins de evitar a insegurança jurídica na aplicação da questão decidida no incidente.

No ordenamento jurídico processual contemporâneo é inadmissível que uma decisão proferida pelos tribunais locais e regionais seja dotada de vinculatividade a terceiros sem que esses ausentes tenham a possibilidade de exercer adequadamente o contraditório. É um ponto que diz respeito não somente a essa garantia especial, mas também ao devido processo legal, corolário do Estado de Direito democrático.

Nesse contexto, diante da omissão perpetrada pelo legislador, o controle judicial da representação constitui uma forma simples de solucionar a questão. Sua adoção ajuda a evitar que uma questão predominantemente de direito prejudicial a muitos seja decidida por um representante inadequado, que não é capaz de garantir perante o tribunal a correta defesa dos direitos e interesses do grupo que estará inevitavelmente ausente no momento do julgamento.

No presente momento, como se verifica, os tribunais não demonstram qualquer preocupação na realização do controle da representação adequada dos litigantes envolvidos. Pelo contrário, os tribunais se limitam a tão somente verificar os poucos e simples requisitos previstos no Código de Processo Civil, sem realizar uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, especialmente em conjunto com os princípios e garantias constitucionais.

Assim, o incidente de resolução de demandas repetitivas é inconstitucional na prática atual dos tribunais, uma vez que não é feito qualquer controle de representação adequada dos legitimados extraordinários. A lesão ao contraditório é o fator determinante por esse viés, porquanto há nítido risco do grupo de litigantes ausentes no julgamento não terem seu direito de influência, aspecto dinâmico do princípio, devidamente considerado na prática atual.

A solução para trazer a constitucionalidade do incidente processual é interpretá-lo de acordo com os princípios da Constituição Federal, adotando o controle judicial da representação adequada para que não existam vícios relacionados ao contraditório, e ultimamente ao devido processo legal, que possam invalidar todo o processo coletivo importante para a sociedade e simultaneamente complexo de conduzir nos tribunais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 240, p. 221-242, fev. 2015.

ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. Princípio do contraditório, cooperação e direito probatório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45, n. 304, p. 17-37, jun. 2020.

CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. Amicus curiae e o processo coletivo: uma proposta democrática. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 192, p. 13-45, fev. 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. Vindicating the public interest through the courts: a comparativist's contribution. **Buffalo Law Review**, v. 25, n. 3, p. 643-690, 1976.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 30-45, ago./dez. 2015.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 258, p. 257-278, ago. 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milão: Giuffrè, n° 3, 1958.

GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p. 61-70, out-dez. 2002.

GIDI, Antonio Carlos Oliveira. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GUEDES, Cintia Regina. A evolução da figura do amicus curiae, seu potencial de participação nas demandas repetitivas e a necessidade de observância da paridade de armas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 294, p. 297-332, ago. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 101, p. 11-27, jan./mar. 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MEDEIROS, Amanda Büthenbender. **O controle de representação adequada no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, 2020.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Balanço sobre o código modelo de processos coletivos para a ibero-américa. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, São Paulo, v. 5, p. 217-231, jan./jun. 2017a.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017b.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 243, p. 283-331, maio, 2015.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; HORTA, André Frederico; SILVA, Natanael Lud Santos e. Contraditório como garantia de influência e não surpresa. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Juiz e o Princípio do Contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 09, p. 178-184, 1993.

OLIVEIRA FILHO, Reinaldo Rodrigues de; SOUSA, Alexandre de Castro. A decisão judicial no incidente de resolução de demandas repetitivas: reflexões a partir do sistema de garantias fundamentais do processo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.121, p. 243-263, set./out. 2020.

SCARPARO, Eduardo. Controle da representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. **Revista de processo**, São Paulo, v. 37, n. 208, p. 125-146, jun., 2012.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Visão principiológica e sistemática do Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 285, p. 65-88, nov. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo Código de Processo Civil**: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOSCAN, Anissara. O contraditório e a representação adequada nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 240, p. 191-220, 2015.

VANELLI, Victor Hugo Pavoni. Evolução do contraditório à luz da cooperação no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de processo**, São Paulo, v. 320, n. 46, p. 95-121, out., 2021.

ZUFELATO, Camilo; OLIVEIRA, Fernando Antônio. Meios de impugnação da decisão do exame de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista de processo**, São Paulo, v. 43, n. 286, p. 421-448, dez., 2018.

A ESCOLHA DA CAUSA-PILOTO COMO FORMA DE ASSEGURAR O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO JULGAMENTO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

GUSTAVO LEDUR¹

VITÓRIA SOUZA PAGNUSSAT²

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015, preocupado com as transformações ocorridas principalmente após a promulgação da Carta Magna, instituiu uma série de mecanismos voltados ao tratamento dos casos repetitivos, objetivando promover a uniformização dos entendimentos e, por consequência, assegurar importantes garantias processuais, tais como a igualdade entre os jurisdicionados e a segurança jurídica. Uma das ferramentas adotadas pela legislação processual civil vigente foi o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), instituto objeto do presente estudo.

-
- 1 Especialista pela Universidade de Girona em “Bases del Razonamiento Probatorio”. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP-RS). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Pesquisador do Grupo de Pesquisa Processo e Constituição, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias. Advogado. E-mail: gustavoledur@hotmail.com.
 - 2 Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul; Graduada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Processo e Constituição, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias. Advogada. E-mail: vitoriapagnussat@hotmail.com.

O IRDR é uma técnica processual que tem como objetivo solucionar uma questão unicamente de direito que se repete em diversos processos, a fim de que esta solução seja replicada a todas as demais lides em que incide esta mesma questão. Ou seja, constatando-se a efetiva repetição de demandas no âmbito de determinado tribunal de justiça ou tribunal regional federal que têm uma mesma questão de direito que se configura essencial para a resolução da lide, torna-se oportuna a resolução desta questão de forma apartada dos processos em si, a fim de que um mesmo entendimento seja aplicado a todos os processos de maneira paritária, primando-se pela isonomia e segurança jurídica.

Nada obstante a necessidade de uniformização dos entendimentos e a otimização da atividade jurisdicional sejam de suma importância, a referida técnica processual possui um grave problema em relação à cláusula do devido processo legal. Isso porque, embora a decisão proferida no âmbito do incidente seja vinculante tanto para as partes da causa-piloto (por meio da qual será julgada a questão de direito repetitiva), quanto para as partes ausentes (que terão seus processos sobrestados até o julgamento da controvérsia), não se encontra, na legislação processual civil, qualquer meio que garanta aos ausentes a representação adequada de seus interesses e direitos.

Assim, a presente investigação buscará oferecer a instituição de um critério objetivo como possível solução para que seja assegurada a legitimidade constitucional do incidente de resolução de demandas repetitivas, ou seja, critérios para a escolha da causa-piloto, garantindo-se, assim, que a adoção da técnica não viole frontalmente a necessidade de participação em contraditório para a resolução da questão repetitiva e, por corolário lógico, a cláusula do devido processo legal.

Para tanto, o trabalho está estruturado em duas partes. Inicialmente, far-se-á um exame do IRDR, destacando os objetivos almejados pela legislação processual civil com a instituição da técnica processual, o procedimento do incidente após sua instauração no respectivo tribunal e a natureza da decisão firmada com o julgamento da questão repetitiva.

Na segunda seção, será respondido o problema de pesquisa, abordando uma possível solução para a lacuna legislativa identificada no CPC/15 no que tange à necessidade da adequada representação dos ausentes no processamento do incidente: a imposição da escolha de um processo

representativo da controvérsia para análise da questão de direito repetitiva, elencando-se critérios objetivos para a escolha dessa causa-piloto e garantindo, com isso, que o caso afetado enseje a discussão mais completa possível dos pontos relacionados à questão de direito objeto do incidente.

Por fim, serão retomadas as premissas adotadas ao longo do trabalho, concluindo-se que a imposição da escolha de caso representativo da controvérsia é a forma mais adequada para se garantir que o incidente de resolução de demandas repetitivas adquira legitimidade constitucional, possibilitando-se que a técnica cumpra com as suas funções de gestão de casos massificados, uniformização de entendimentos e promoção da segurança jurídica e isonomia em atenção à cláusula do devido processo legal.

Adotou-se, para o cumprimento dos objetivos propostos, o método de abordagem lógico-dedutivo. Partindo-se da premissa de validar a hipótese já apresentada, a pesquisa procura abordar os temas objeto de análise da forma geral para o particular. As técnicas de pesquisas utilizadas consistiram em pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico, prioritariamente, por meio de doutrina nacional, contemplando também artigos jurídicos e revistas jurídicas; e documental legal (normas constitucionais e infraconstitucionais).

2 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, objetivou-se instituir fórmulas com o intuito de evitar a dispersão da jurisprudência, contendo a sobrecarga do Poder Judiciário, mas sem comprometer a prestação jurisdicional. A Exposição de Motivos do CPC/15 é expressa no sentido de reconhecer a positivação de medidas aptas a garantir a racionalização da prestação jurisdicional, possibilitar a otimização do trabalho desempenhado pelos tribunais, assegurar o tratamento isonômico entre os jurisdicionados e promover a segurança jurídica (MANCUSO, 2016, p. 184).

Das fórmulas dispostas pela legislação processual, cabe citar o regime de julgamento de recursos repetitivos (já previsto no Código anterior) e o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR (novidade legislativa). A presente investigação tem como objeto de análise o IRDR. Tal incidente se encontra disciplinado entre os dispositivos 976 e 987 do CPC/15, e será instaurado quando houver, simultaneamente: (i)

efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e (ii) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O IRDR é uma técnica processual que tem como objetivo solucionar uma questão unicamente de direito que se repete em diversos processos, a fim de que esta solução seja replicada a todas as demais lides em que incide esta mesma questão. Ou seja, constatando-se a efetiva repetição de demandas no âmbito de determinado tribunal de justiça ou tribunal regional federal que têm uma mesma questão de direito que se configura essencial para a resolução da lide, torna-se oportuna a resolução desta questão de forma apartada dos processos em si, a fim de que um mesmo entendimento seja aplicado a todos os processos de maneira paritária, primando-se pela isonomia e segurança jurídica.

Nos termos dos incisos I e II do artigo 976, o incidente de resolução de demandas repetitivas será instaurado quando houver, simultaneamente: (i) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e (ii) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Além disso, o § 4º do artigo 976 exige um requisito “negativo” para a instauração do incidente: a inexistência de afetação de recurso, por parte dos tribunais superiores, para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva (ARENHART; OSNA, 2019, p. 378).

Conforme destaca Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, o incidente busca promover a racionalização dos julgamentos, por meio da solução de questões jurídicas comuns que se repetem em diversos processos, habitualmente apreciadas por diversos julgadores, que acabam chegando em soluções diversas. O IRDR almeja modificar a cultura ainda existente no Poder Judiciário de automatização do julgamento de causas seriais, a qual terá de ceder espaço à lógica da racionalização, a fim de que se busque a discussão concentrada da referida questão jurídica sob debate, de modo a se obter a uniformização de julgamentos (MENDES, 2017, p. 10).

Embora denominado “incidente de resolução de demandas repetitivas”, o instituto tem como propósito resolver uma questão, e não propriamente as demandas repetitivas. Tais litígios, apesar de dependerem do julgamento da questão repetitiva, necessitam da análise de outras circuns-

tâncias que transcendem o objeto discutido na questão repetitiva, e que variam nos diversos processos individuais (MARINONI, 2019, p. 101).

Nos termos do que prevê o artigo 977, I, II e III do Código de Processo Civil, o incidente pode ser suscitado *ex officio* ou mediante requerimento. A instauração de ofício será realizada pelo juiz de uma das demandas repetitivas ou pelo relator do recurso interposto no âmbito de um destes processos repetitivos. Já a instauração do incidente mediante requerimento será realizada: (i) pelas partes (de uma das demandas repetitivas que verse sobre o tema a ser objeto do incidente); (ii) pelo Ministério Público, cuja legitimidade está diretamente relacionada às suas funções institucionais;³ e (iii) pela Defensoria Pública, que, considerada a sua função típica atribuída pelo ordenamento jurídico, possui legitimidade para requerimento do incidente em casos envolvendo interesses de necessitados ou temas que a eles estejam relacionados (CUNHA, 2011).

Após a distribuição, caberá ao órgão colegiado competente para o julgamento do incidente realizar o juízo de admissibilidade, verificando a presença ou não dos pressupostos para requerimento do IRDR (efetiva repetição de processos contendo controvérsia sobre mesma questão de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica), nos termos do que prevê o artigo 981 do Código de Processo Civil. Caso estejam presentes os pressupostos, caberá ao relator do feito determinar a suspensão de todos os processos (individuais ou coletivos) em que esteja pendente de julgamento a questão de direito repetitiva (no estado ou região de competência daquele tribunal), nos termos do § 1º do artigo 982 (ARENHART; OSNA, 2019, p. 378).

É competência do tribunal analisar a controvérsia concernente àquela questão a partir do julgamento de uma ou mais causas (conhe-

3 Leonardo Carneiro da Cunha destaca que, embora o Ministério Público tenha legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa dos direitos difusos e coletivos, há controvérsia doutrinária acerca de sua legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos. O autor cita quatro posições doutrinárias sobre este assunto: (i) que a legitimidade do Ministério Público seria irrestrita; (ii) que o Ministério Público não detém legitimidade para a defesa dos direitos individuais homogêneos, em razão da ausência de previsão no artigo 129, III da Constituição Federal; (iii) que o Ministério Público tem legitimidade para a defesa dos direitos individuais homogêneos que sejam indisponíveis; e (iv) que o Ministério Público tem legitimidade para a defesa de direitos individuais homogêneos caso exista relevante interesse social (o que seria aferido em cada caso concreto). Segundo o autor, esta última vertente doutrinária seria a mais correta.

cida(s) como a(s) causa(s)-piloto), objetivando-se firmar um único entendimento sobre a referida questão, para posteriormente aplicá-lo de maneira paritária a todas as demandas repetitivas que estarão suspensas.

O artigo 985 da legislação processual civil, em seus incisos I e II, prevê que, julgado o incidente, “a tese jurídica” formada será aplicada: (i) a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal (inclusive as demandas que tramitam nos juizados especiais daquela região); e (ii) aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal.

A decisão emanada do incidente, nomeada pelo Código de “tese jurídica”, é, com certeza, um dos pontos que desperta maior controvérsia doutrinária, justamente pela dúvida criada pela legislação acerca da natureza da decisão firmada no âmbito do IRDR. Três são as principais vertentes doutrinárias acerca da natureza da decisão formada no julgamento do incidente: (i) a formação de tese jurídica (que adota o exato termo previsto pela legislação), (ii) a formação de precedente judicial e (iii) a formação de coisa julgada sobre questão prejudicial.

Para Sofia Temer, o debate doutrinário reside em saber se a decisão formada no incidente leva ao julgamento da demanda ou se há apenas a fixação de uma tese jurídica, sem que haja a resolução da lide. Segundo a autora, no IRDR há a resolução de questão de direito com a fixação de tese jurídica, a qual será aplicada aos casos que ensejaram a formação do incidente, bem como aos demais casos pendentes e futuros (TEMER, 2018, p. 66-69).

A autora classifica o IRDR como um meio processual objetivo, sendo este uma técnica que tem como objetivo formar uma tese jurídica por meio da lógica da abstração em relação às situações subjetivas concretas. O incidente não busca, portanto, tutelar o direito subjetivo de forma direta. No IRDR prepondera, do ponto de vista da autora, a tutela do ordenamento jurídico abstratamente considerado. A guarida dos direitos subjetivos ocorre com a aplicação da tese aos casos concretos (em momento posterior), em juízo cognitivo e decisório distinto e de forma apartada do incidente (TEMER, 2018, p. 90-91). Em suma, segundo Sofia Temer, na atividade cognitivo-decisória do IRDR, ocorre uma mescla de abstração e concretude: abstração porque o IRDR se descola de conflitos

subjetivos concretos; e concretude porque não há como se ignorar as circunstâncias de fato ocorridas nas demandas repetitivas que originaram a instauração do incidente, bem como pela necessidade de se atentar à realidade e às situações concretas que a tese a ser fixada virá a regular (TEMER, 2018, p. 92).

Já Humberto Theodoro Júnior entende haver a formação de precedente no julgamento da questão repetitiva. O autor pontua que a discussão doutrinária acerca do incidente está relacionada à força vinculante que se pretende atribuir à jurisprudência formada com o julgamento do IRDR, cuja aplicação atinge aqueles que não participaram efetivamente da formação do precedente (THEODORO JÚNIOR, 2016). Na mesma linha, Leonardo Carneiro da Cunha entende que o incidente é instaurado para a emissão de precedente, cuja *ratio decidendi* terá aplicação aos demais casos repetitivos (CUNHA, 2011).

Por fim, para os autores adeptos da última vertente doutrinária, opera, no incidente de resolução de demandas repetitivas, a lógica da coisa julgada sobre questão. Sérgio Cruz Arenhart, por exemplo, defende que no incidente não opera a lógica do precedente judicial. Isso porque tal técnica não tem como objetivo outorgar unidade ao desenvolvimento do Direito, conferindo coerência, imparcialidade e igualdade na aplicação das normas jurídicas. Na verdade, o escopo do incidente está voltado tão somente à gestão do problema da massificação de demandas, a fim de evitar a proliferação de decisões díspares para casos idênticos. O instituto busca, em suma, promover a redução da carga do Poder Judiciário, bem como oferecer segurança jurídica aos jurisdicionados (ARENHART; PEREIRA, 2019).

Na mesma linha, Luiz Guilherme Marinoni, principal defensor desta posição, pontua que, enquanto o sistema de precedentes judiciais tem como escopo a outorga de autoridade às *rationes decidendi* firmadas pelas Cortes Supremas, o incidente de resolução de demandas repetitivas se trata de uma técnica processual que visa a solucionar uma questão que se repete em diversos casos pendentes de julgamento. Como busca resolver casos idênticos, a decisão formada no IRDR não é elaborada a partir da chamada regra da universabilidade (segundo a qual o precedente deve ser aplicado ao maior número de espécies possíveis de casos) (MARINONI, 2015).⁴

4 Segundo Luiz Guilherme Marinoni, a chamada técnica da distinção não possui a mesma relevância no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas.

A decisão do incidente, por ser aplicada às demandas que versam sobre questão idêntica de direito, impede os litigantes destes processos de voltarem a discutir a questão já decidida. Há, com a decisão do incidente, formação de coisa julgada sobre questão. Não se fala aqui na incidência da coisa julgada sobre a parte dispositiva da decisão, mas sim em tornar indiscutível uma determinada questão que se configura como imprescindível para se alcançar a resolução do caso (MARINONI, 2015).⁵

Luiz Guilherme Marinoni destaca que a utilização do conceito “tese” na legislação processual é evidência de que o legislador, ao regular o instituto, parte da ideia equivocada de que a decisão formada no julgamento do incidente é um precedente. É que a tese jurídica somente pode ser concebida se pensada enquanto fundamento que determina a solução de determinado caso ou recurso, considerando-se a moldura fática em que as razões oriundas da corte que solucionou a controvérsia estão inseridas. Para saber se uma “tese” ou “ratio” se aplica a um caso em julgamento, é necessário que o juiz conheça a situação concreta através da qual a corte externou suas razões de direito para solucionar o caso. Do contrário, corre-se o risco de se tornar a “tese” um enunciado abstrato que não será apto a regular os casos que estão por vir (algo que, segundo o autor, acontece com as súmulas do direito brasileiro) (MARINONI, 2019, p. 167).

Dito isso, dentre as vertentes acima analisadas, entende-se que a melhor concepção acerca da natureza a ser atribuída à decisão formada no incidente de resolução de demandas repetitivas é a de formação de coisa julgada sobre questão prejudicial.

Isso porque a distinção no incidente será apenas para mostrar que o caso em análise é diferente daquele que foi anteriormente resolvido. Essa distinção jamais será utilizada para promover a limitação ou ampliação do alcance do precedente, por circunstância não considerada no momento da elaboração.

- 5 Marinoni pontua que a coisa julgada, segundo as regras da legislação processual civil de 2015, pode incidir sobre a questão. É justamente esta a previsão do artigo 503, § 1º, o qual dispõe que “aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: (i) dessa resolução depender o julgamento do mérito; (ii) a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; (iii) o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal”. Esta é a lógica que opera no incidente, já que a decisão produziria coisa julgada sobre a questão de direito repetida que interessa a todos os litigantes dos processos pendentes.

Verifica-se que a atividade jurisdicional possui uma dupla função a ser cumprida: (i) deve ser capaz de resolver as demandas judiciais, já que é evidente que uma sociedade complexa deve possuir instituição que seja capaz de solucionar conflitos de maneira conclusiva; e (ii) deve promover o enriquecimento das normas jurídicas mediante a atividade interpretativa do direito no processo (ARENHART; PEREIRA, 2019).

Diante desta dupla função da atividade jurisdicional, torna-se necessária uma distinção entre as funções a serem desempenhadas pelas cortes brasileiras (mais especificamente, entre as Cortes de Justiça – Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, e as Cortes de Precedentes – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal). A cargo das Cortes de Justiça ficaria o controle retrospectivo sobre demandas decididas em primeira instância, bem como a promoção da uniformização da jurisprudência. Às Cortes de Precedentes caberia a outorga de interpretação prospectiva e dar unidade ao direito (MITIDIERO, 2018, p. 81).

Sob este prisma, parece evidente que, adotando-se como premissa a necessidade de se atribuir diferentes funções às cortes, o incidente de resolução de demandas repetitivas se preocupa com a resolução do caso concreto, mediante o julgamento concentrado de demandas. O IRDR não tem como função a promoção do enriquecimento do ordenamento jurídico, mas objetiva tão somente promover uma facilitação para o julgamento de uma questão de direito prejudicial ao julgamento de diversos processos. E, sob a perspectiva acima delimitada, parece que a solução mais adequada seria a de formação de coisa julgada sobre questão prejudicial no âmbito do IRDR.

Delineada a natureza da decisão formada a partir do julgamento do incidente, resta identificar a problemática da presente investigação: se do julgamento da questão de direito repetitiva somente participam as partes integrantes da causa-piloto, e se a decisão acerca da questão de direito é aplicada a todos os processos pendentes, independentemente do resultado (se favorável ou desfavorável), como legitimar a aplicação desta decisão aos processos daqueles que não participam diretamente do julgamento da questão? Em especial, como fazer isso ao se considerar que a legislação processual civil exige contraditório prévio e efetivo para que haja formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial (artigo 503, §

1º, inciso II), bem como afasta a possibilidade de a coisa julgada prejudicar terceiros (artigo 506)?

Duas são as propostas da doutrina nacional para a solução desta problemática: (i.) que seja controlada a atuação do representante da causa-piloto, que estará à frente da condução do julgamento do incidente (cujo resultado afetará toas as partes integrantes dos processos suspensos); bem como (ii.) que seja escolhida a causa-piloto mais adequada para a análise do tribunal no julgamento da controvérsia, a fim de fixar um entendimento acerca da lide objeto do incidente. A presente investigação, frise-se, terá como objeto a segunda proposta – a escolha da causa-piloto.

3 DA ESCOLHA DA CAUSA-PILOTO

Inicialmente, é importante esclarecer que a legislação processual civil não possui, na disciplina do instituto, qualquer dispositivo que faça referência à necessidade de escolha da causa-piloto, ou estabelece critérios para seleção do caso representativo da controvérsia. Na presente investigação, todavia, adota-se o entendimento de que o controle da adequada representação dos ausentes pode ser exercido, no âmbito do IRDR, mediante a escolha da causa que melhor representa a controvérsia (TEMER, 2018, p. 165-180).

Esta atenção à escolha do processo paradigma foi conferida ao regime dos recursos especial e extraordinário repetitivos, estando prevista, no § 1º do artigo 1.036 do CPC, que o tribunal de justiça ou tribunal regional federal deverá selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia e remetê-los ao tribunal superior competente para julgamento (Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal), suspendendo-se a tramitação de todos os demais processos que versem sobre a questão debatida nestes recursos que serão julgados pelo tribunal superior. Ainda assim, a legislação não trouxe critérios objetivos para seleção do recurso paradigma.

É importante destacar que já no Código de Processo Civil de 1973 era previsto que, constatada a existência de multiplicidade de recursos extraordinários com fundamento em idêntica controvérsia, caberia ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal para análise da

repercussão geral, sobrestando-se os demais até o pronunciamento definitivo da Corte (artigo 543-B, § 1º) (CABRAL, 2014). A redação do referido artigo foi dada pela Lei nº 11.418/2006, que introduziu, no CPC/73, dispositivos que regulamentam o artigo 102, § 3º da Constituição Federal.

A mesma preocupação já existia também em relação ao recurso especial. A sistemática de processamento dos recursos especiais que possuem como objeto idêntica questão de direito foi introduzida pela Lei nº 11.672/2008, e objetivou promover a racionalização da prestação jurisdicional, a garantia da duração razoável do processo e a segurança jurídica. Referida lei acrescentou o artigo 543-C no Código de Processo Civil de 1973, o qual dispôs que caberia ao Tribunal de segundo grau selecionar um ou mais recursos especiais dentre aqueles que tenham como objeto uma mesma questão idêntica de direito, remetendo-os ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento. Ficaria a cargo do Superior Tribunal de Justiça selecionar, dentre os recursos representativos, aqueles que seriam julgados, e formar o entendimento a ser aplicado a todos os demais casos idênticos ao *leading case* (TOFFOLI, 2011).

Analisando o tema dos recursos especiais repetitivos, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, Vitor Toffoli pontua a possibilidade de o recurso selecionado para julgamento da controvérsia não ser tecnicamente adequado para representá-la (em razão de os fatos do recurso escolhido não representarem da melhor maneira aqueles que foram sobrestados). Considerando que a decisão prolatada será utilizada como base para a resolução dos demais casos idênticos, torna-se essencial verificar quais elementos podem garantir a seleção adequada destes recursos, buscando-se, assim, impedir prejuízo às partes (TOFFOLI, 2011).

A regulamentação do procedimento previsto para o recurso especial ocorreu por meio da Resolução nº 8 de 2008 do STJ (CABRAL, 2014), a qual estabeleceu, no §1º do artigo 1º, que “serão selecionados pelo menos 1 (um) processo de cada relator e, dentre estes, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial”. Um critério importante para a seleção do recurso paradigma, percebe-se, é a diversidade de fundamentos no acórdão recorrido e de argumentos no recurso especial interposto (TOFFOLI, 2011). Nota-se, portanto, que nada obstante a lacuna da legislação processual civil, o direito brasileiro já conta com parâmetros para a seleção do recurso paradigma.

Levando em consideração o tratamento que já era dado ao regime de recursos repetitivos, torna-se necessária a verificação da viabilidade de aplicação desta sistemática ao IRDR.

Marco Félix Jobim e Rafael Caselli Pereira trazem uma proposta para solucionar a ausência de determinação de escolha da causa-piloto no IRDR. O ideal, para os autores, é que os advogados dos litigantes que se encontram ausentes se manifestassem na qualidade de terceiros interessados, atuando de maneira ativa na busca da solução da questão de direito repetitiva (por exemplo, juntando documentos que auxiliem na elucidação da questão repetitiva e requerendo sustentação oral). Esta atuação, segundo pontuam, tornaria tais advogados aptos a minimizar uma eventual representação inadequada do advogado constituído por um dos litigantes originários, podendo levar a discussão aos Tribunais Superiores mediante a interposição de recurso especial e/ou extraordinário da qualidade de assistente simples (JOBIM; PEREIRA, 2019).

A partir da decisão prolatada no âmbito do incidente, poderão ser interpostos diversos recursos especiais e/ou extraordinários (dependendo do número de interessados na solução da controvérsia). Considerando o disposto no artigo 1.036, §1º do CPC/15, que trata especificamente sobre o regime dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, caberá ao presidente ou vice-presidente do tribunal local (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal) selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais deverão ser encaminhados aos respectivos Tribunais Superiores (JOBIM; PEREIRA, 2019). A solução apresentada pelos autores, em suma, busca solucionar a lacuna existente na disciplina do IRDR por meio da aplicação de dispositivos da legislação processual civil que versam sobre os recursos repetitivos.

Dentre as duas propostas apresentadas, uma de caráter subjetivo, centrada na atuação do advogado, e outra de caráter objetivo, centrada na escolha de recurso representativo da controvérsia (interposto da decisão que julga o incidente), cabe analisar, neste momento, a escolha do processo paradigma. Embora seja interessante a perspectiva de utilização da escolha dos recursos representativos no incidente de resolução de demandas repetitivas, entende-se que o ideal seria a previsão expressa da necessidade de afetação de duas ou mais causas-piloto representativas da controvérsia no IRDR. Assim, ter-se-ia assegurada a escolha de processos

representativos já no momento de instauração do incidente, não havendo a necessidade de se aguardar uma eventual decisão desfavorável aos litigantes ausentes para que fosse interposto recurso especial e/ou extraordinário. Esta espera acabaria por retardar ainda mais uma solução justa e adequada às partes, em contrariedade a um dos objetivos do instituto, qual seja, promover a racionalização do julgamento, evitando a morosidade do Poder Judiciário em dar uma resposta adequada aos jurisdicionados.

De acordo com Antonio do Passo Cabral, o tribunal competente para julgamento do incidente, não apenas pode, mas deve avaliar a seleção do processo originário para processamento do IRDR. Esta avaliação permite que o incidente seja inadmitido quando a instauração se der a partir de uma causa-piloto inadequada, ou, ainda, possibilita que seja corrigida esta seleção (CABRAL, 2014).

Entendendo ser de suma importância o exame de qual causa-piloto deve ser escolhida para julgamento, Antonio do Passo Cabral busca fornecer critérios específicos para esta análise, trazendo duas diretrizes que poderiam auxiliar nesta escolha. A primeira é a análise da amplitude do contraditório, de modo a impedir a seleção de um processo em que haja limitação ao pleno exercício do direito ao contraditório. Para aferir se esta limitação existe, o autor destaca alguns parâmetros a serem analisados, tais como: (a) a completude da discussão; (b) a qualidade da argumentação; (c) a diversidade da argumentação; (d) o contraditório efetivo; e (e) a inexistência de restrições à cognição e à prova. Já a segunda diretriz é a representatividade dos sujeitos do processo escolhido como causa-piloto, de modo a impedir que o exercício do direito ao contraditório reste prejudicado pela má condução do litigante deste processo, seja por inexperiência ou falta de preparo (CABRAL, 2014).

Conclui-se, portanto, que a solução ideal para se garantir a legitimidade constitucional do instituto, ao lado do controle judicial da atuação do representante dos ausentes, seria a inserção da necessidade de escolha de dois ou mais processos representativos da controvérsia (tal como ocorre no regime dos recursos repetitivos) na disciplina do incidente, elencando-se os requisitos objetivos a serem verificados para esta escolha.

Apesar de o Código de Processo Civil de 2015, ao regulamentar o procedimento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, não ter trazido qualquer critério objetivo para seleção do recurso paradigma,

nota-se que já há elementos no direito brasileiro que auxiliam neste processo de escolha. Tanto os critérios dispostos pela Resolução nº 8 de 2008 do STJ quanto os propostos pela doutrina devem servir de parâmetro para que se busque uma idêntica solução para o tratamento do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Esta escolha da causa-piloto representativa da controvérsia se trata de mecanismo capaz de garantir a análise, por parte do julgador, de um processo que contenha uma abrangência e completude argumentativa capaz de bem representar aqueles que não estão presentes em juízo e serão afetados pela decisão.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe novos mecanismos de coletivização para julgamento de demandas massificadas. Uma delas, objeto do presente estudo, foi o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Assim, constatada a efetiva repetição de processos com incidência de uma questão idêntica, caberá ao tribunal correspondente apreciar esta questão em um ou mais processos (causa(s)-piloto), e firmar um único entendimento sobre este tema, de modo a aplicá-lo de maneira paritária a todas as demais demandas (que permanecerão suspensas até o julgamento do tribunal). Trata-se, em suma, de uma técnica processual de coletivização, que tem por objetivo julgar processos nos quais há a incidência de uma questão homogênea de direito, possibilitando que o judiciário otimize o julgamento destes processos, e, por meio da uniformização dos julgamentos, promova a segurança jurídica e a isonomia entre os jurisdicionados.

Explanado o procedimento do instituto, abordou-se a natureza da decisão formada com o julgamento do incidente. Optando-se por adotar como premissa que há a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial de direito, coloca-se em evidência uma outra questão: se é verdade que a questão de direito é resolvida com o julgamento de uma ou mais causa(s)-piloto, e se é verdade que somente as partes que integram essa(s) causa(s)-piloto participam do procedimento que julgará a questão objeto do incidente, é preciso se pensar em como legitimar a incidência da coisa julgada que será formada aos litigantes que não participam dire-

tamente da resolução da controvérsia, e que integram aqueles processos que ficam suspensos, aguardando o julgamento do incidente.

Considerando que a legislação processual civil: (i) permite a incidência da coisa julgada sobre a questão prejudicial, desde que, dentre outras hipóteses, tenha ocorrido o contraditório prévio e efetivo sobre aquela questão (conforme artigo 503, § 1º, inciso II do CPC/15), e (ii) veda a possibilidade de a coisa julgada prejudicar terceiros (conforme artigo 506 do CPC/15), torna-se importante encontrar um meio de possibilitar que os ausentes no incidente exerçam o efetivo direito ao contraditório.

O IRDR tem como propósito resolver processos que contenham idêntica questão de direito de forma otimizada, a fim de resolver estes litígios em tempo razoável e promover a uniformização dos julgamentos. Dessa forma, o exercício do direito ao contraditório no incidente não pode ser concebido da mesma forma que é no processo civil tradicional, isto é, assegurando a todos os indivíduos a participação direta em juízo. Permitir esta participação direta de todos os litigantes significaria, em verdade, um desvirtuamento do instituto.

Diante disso, a presente investigação buscou oferecer uma solução para assegurar a legitimidade constitucional do incidente de resolução de demandas repetitivas, assegurando a efetiva representação das partes ausentes no processamento do IRDR, a fim de que seus interesses sejam adequadamente assegurados por aqueles que integram a(s) causa(s)-piloto e que falam em nome dos ausentes. Trata-se de um critério objetivo, concernente na necessidade de escolha da(s) causa(s)-piloto representativa(s) da controvérsia, tal como já ocorre no regime dos recursos extraordinário e especial repetitivos, também mediante a verificação de determinados critérios, a fim de que seja(m) afetada(s) para julgamento da questão repetitiva processo(s) com maior completude e diversidade argumentativa.

Concluiu-se que, dada a natureza do incidente de resolução de demandas repetitivas, por meio da qual o tribunal, de forma otimizada, busca conferir segurança jurídica e isonomia aos jurisdicionados mediante a uniformização de julgamentos, torna-se inviável o exercício do direito ao contraditório nos moldes do processo civil tradicional (ou seja, como cada litigante exercendo a defesa do seu direito diretamente em juízo).

Assim, considerando que, com a apreciação da(s) causa(s)-piloto, haverá a formação de coisa julgada sobre a questão prejudicial de

direito objeto do incidente, deve-se assegurar que os interesses dos litigantes ausentes sejam devidamente representados em juízo. Isso se dará, no âmbito do IRDR, por meio da escolha da(s) causa(s)-piloto, a fim de que, tal como ocorre no regime dos recursos especial e extraordinário repetitivos, sejam escolhidos dois ou mais processos representativos da controvérsia, nos quais a discussão seja a mais completa, abrangente e qualificada possível.

Esta verificação da representação adequada é um meio apto a concatenar a imperiosa uniformização dos julgamentos por meio de técnicas de coletivização com a necessidade de observância do direito ao contraditório, garantindo a legitimidade constitucional do incidente.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ARENHART, Sergio Cruz; PEREIRA, Paula Pessoa. Precedentes e casos repetitivos: por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa? **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 5, n. 10, p. 17-53, jul./dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Exposição de Motivos. *in*: BRASIL. Senado Federal. **Código de Processo Civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/557551>. Acesso em: 24 set. 2022.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 231, p. 201-223, maio 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 193, p. 255-280, mar. 2011.

JOBIM, Marco Félix; PEREIRA, Rafael Caselli. O recurso especial representativo de controvérsia como solução para a falta de controle da representatividade adequada do advogado, constituído para atuar no incidente de resolução de demanda repetitiva (IRDR). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 44, n. 287, p. 307-332, jan. 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n. 249, p. 399-419, nov. 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 3. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo código de processo civil – demandas repetitivas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 255, p. 359-372, maio 2016.

TOFFOLI, Vitor. Recursos especiais repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 197, p. 271-294, jul. 2011.

LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA COISA JULGADA COLETIVA: INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.494/97

BRUNNO LEONARCYK BOMFIM¹

1 INTRODUÇÃO

O surgimento de direitos da coletividade, ou seja, de direitos que não podem ser titularizados apenas por um indivíduo, pois decorrem de um grupo ou de toda uma coletividade, teve como consequência o desenvolvimento de instrumentos processuais para a efetivação de tais garantias. De fato, o processo civil individual se mostrou insuficiente para tutelar, por exemplo, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a probidade administrativa, os direitos dos consumidores e os direitos das crianças e adolescentes. Assim, uma das ondas renovatórias do acesso à justiça buscou justamente desenvolver mecanismos que tivessem como objetivo precípuo tutelar os direitos coletivos *lato sensu*, de modo que a partir desse momento começou a ser possível falar no nascimento de um processo coletivo. Foi necessário, para tanto, a modificação e a adaptação de diversos institutos processuais tradicionais, dentre eles a coisa julgada. Com o advento da Constituição Federal de 1988, da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, o processo coletivo brasileiro desenvolveu-se de maneira exitosa. Contudo, normas posteriores

1 Bacharel em direito pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ) e pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Advogado com inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (RS) sob o número 123.972. Membro do Grupo de Pesquisa “Processo e Constituição”, sob coordenação do Prof. Dr. Handel Martins Dias, vinculado à Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Endereço eletrônico: blbomfim@outlook.com.br.

buscaram retroceder os avanços desse microsistema, em especial a Lei 9.494/97, que alterou a redação original do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública e criou na tutela coletiva nacional a inédita limitação territorial aos efeitos da coisa julgada.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei 9.494/97. Inicialmente, é estudado o regime da coisa julgada dentro do contexto do microsistema processual coletivo, estabelecendo um cotejo com o processo civil individual e detalhando uma série de discussões doutrinárias que são relevantes para a pesquisa. Posteriormente, o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública é estudado sob uma perspectiva infraconstitucional, detalhando quais os problemas do dispositivo dentro do microsistema processual coletivo e quais soluções são trazidas, tanto doutrinariamente, quanto jurisprudencialmente, oportunidade em que é abordado o julgamento do Recurso Especial nº 1.243.887/PR (Temas 480 e 481), decidido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, que pacificou o tema nesse Tribunal. Finalmente, o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública é trabalhado sob uma perspectiva constitucional, discutindo-se se o dispositivo atenta contra a Constituição Federal e os direitos fundamentais nela previstos, oportunidade em que é abordado o julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.101.937/SP (Tema 1.071), decidido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade da norma. Quanto à metodologia, a pesquisa é do tipo exploratória. Na sua realização, é utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo.

2 COISA JULGADA NO MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO

O conceito de coisa julgada é trazido por Liebman (1984, p. 06), referindo que ela “[...] não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias de sentenças”. Apesar de divergências doutrinárias, Calixto e Marins (1988) referem que “a maioria dos processualistas brasileiros [...] segue o ensinamento de Liebman, para quem a coisa julgada não é efeito da sentença, mas uma qualidade (a imutabilidade) dela e dos seus efeitos, vale dizer, modo de se manifestarem esses efeitos”. Aprofundando o tema, deve-se destacar que

a coisa julgada no microsistema processual coletivo possui uma série de peculiaridades em relação ao processo individual. Barbalho e Cardoso (2021) afirmam que a coisa julgada coletiva possui limites objetivos, limites subjetivos e diversos modos de produção. Nesse sentido, os *limites objetivos* seguem as mesmas regras do processo civil individual, de modo que “somente se submete à coisa julgada material as eficácias (conteúdo) da norma jurídica individualizada, contida no dispositivo da decisão, que julga o pedido (a questão principal)”². Por sua vez, quanto aos *limites subjetivos*, a coisa julgada coletiva pode ser *ultra partes* ou *erga omnes*, alcançando sujeitos que não estão incluídos na relação jurídica processual e, portanto, indo além da eficácia *inter partes*, que é a regra no processo individual³. Ademais, quanto ao *modo de produção*, a coisa julgada coletiva pode ser *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*, de modo que o resultado obtido no processo e os fundamentos da decisão se tornam relevantes para que haja imutabilidade e indiscutibilidade da decisão, diferentemente do processo individual, onde a coisa julgada será *pro et contra*, ou seja, atinge as partes independentemente do resultado do processo. Tais conceitos são explorados com maiores detalhes no decorrer deste trabalho. Todavia, é importante destacar que, quando se fala em coisa julgada no contexto do microsistema processual coletivo, é considerada uma conjugação entre diversas normas sobre o assunto, em especial a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicação e interpretação deve ser feita de modo integrativo. O Código de Processo Civil vigente deve ser aplicado subsidiariamente às disposições de tais legislações. No entanto, há quem defenda que a aplicação subsidiária da lei processual individual ao microsistema processual coletivo não é o método interpretativo mais adequado, sendo mais corre-

2 Com o advento do artigo 503, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil vigente (BRASIL, 2015), além do dispositivo da sentença, questões prejudiciais de mérito também podem transitar em julgado, desde que decididas expressamente no processo, com o respeito ao contraditório e à ampla defesa, vedando-se tal extensão quando o procedimento possuir restrições probatórias ou limitações à cognição. Também é importante que o juiz seja competente para julgar tanto a questão prejudicial quanto o mérito principal da lide.

3 Os limites subjetivos do regime individual da coisa julgada constam do artigo 506, do Código de Processo Civil vigente (BRASIL, 2015), e dizem respeito às pessoas atingidas por seus efeitos, de modo que a sentença fará coisa julgada entre as partes do processo, jamais prejudicando terceiros estranhos à relação jurídica processual.

to o uso da técnica do diálogo das fontes ao aplicar tais normas, a partir de uma mediação da Constituição⁴.

Inicialmente, é imperioso realizar uma importante distinção entre o tratamento dado pela coisa julgada aos colegitimados e aos particulares dentro do microsistema processual coletivo. É correto dizer que, no que se refere aos colegitimados⁵, duas situações são possíveis: com relação aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, a coisa julgada depende do resultado do processo (*secundum eventum litis*) e da ausência ou insuficiência de provas (*secundum eventum probationis*), ou seja, somam-se dois requisitos cumulativos, quais sejam, a necessidade de a sentença ter julgado improcedente o pedido e a exigência de que a decisão tenha sido proferida sem que fosse possível avaliar toda a amplitude probatória que diz respeito à lide; com relação aos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada dependerá tão somente do resultado do processo (*secundum eventum litis*), de modo que, sendo improcedente a demanda, independentemente da ausência ou insuficiência de provas, a sentença fará coisa julgada em relação aos colegitimados. Contudo, com relação aos particulares, ou seja, as vítimas do evento, independentemente da natureza do direito discutido na ação coletiva, a coisa julgada sempre dependerá do resultado do processo

4 Para Zaneti Júnior (2019,), com o advento Código de Processo Civil de 2015, houve um rompimento em relação à tradição processual anterior, reputada como extremamente individualista e técnica, refratária aos processos coletivos. Assim, mudou radicalmente a relação entre o microsistema processual coletivo e o Código de Processo Civil vigente, sendo possível falar em um “[...] efeito aglutinador sobre o microsistema”. Em síntese, refere o autor que “o microsistema do processo coletivo e sua relação com o CPC deverá ser compreendida a partir do diálogo das fontes”, de modo que “não há uma exclusão ou uma aplicação meramente residual, mas diálogos recíprocos de complementariedade, com a aplicação direta do Código de Processo Civil ao microsistema do processo coletivo, mediada pela Constituição”.

5 A título de esclarecimento, os incisos do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 1985) apresentam os colegitimados ao ajuizamento da ação civil pública, quais sejam: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista; a associação constituída há pelo menos um ano e que tenha entre suas finalidades institucionais o direito coletivo lato sensu que pretenda pleitear na ação coletiva. Também dispõe sobre o assunto os incisos do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), apresentando um rol mais restritivo, mas que inclui a legitimidade das entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor. Reitera-se a interpretação integrativa das leis que compõem o microsistema processual coletivo.

(*secundum eventum litis*), pois os particulares jamais poderão ser prejudicados pela decisão de uma demanda coletiva, sendo irrelevante ter ela sido proferida mediante ausência ou insuficiência de provas. Dito isso, passa-se ao aprofundamento da sistemática acima exposta.

Os direitos coletivos *lato sensu* ou transindividuais dividem-se em direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos⁶. Especificamente na hipótese de julgamento de improcedência do pedido, nas ações que versarem sobre a tutela de interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, Neves (2021, p. 378) nos explica que, enquanto no Código de Processo Civil vigente a incidência da coisa julgada independe dos fundamentos da decisão, no processo coletivo, “[...] caso tenha a sentença como fundamento a ausência de provas ou a insuficiência de provas, não se impedirá a propositura de novo processo com os mesmos elementos da ação”. A doutrina chama esse fenômeno de coisa julgada *secundum eventum probationis*. Em síntese, resta possibilitada a existência de uma futura nova decisão sobre a mesma lide, tendo a potencial capacidade de afastar a imutabilidade e a indiscutibilidade da coisa julgada da primeira sentença proferida. Grinover (2005) afirma que a ideia de uma sentença de improcedência na qual não há incidência da coisa julgada quando proferida com ausência ou insuficiência de provas “[...] configura uma cautela contra o perigo de colusão das partes, tradicional no sistema brasileiro e encampado por diversas legislações latino-americanas”. Além disso, a necessidade de uma ampla produção probatória para a incidência da imutabilidade e da indiscutibilidade colabora para que não haja prejuízo em face de quem não foi parte na ação coletiva. No mesmo sentido argumentam Arenhart e Osna (2021, p. 252), afirmando que “[...] a preocupação do legislador é assegurar que o julgamento do litígio coletivo ocorra de maneira plenária – com base em todo o material probatório atinente ao conflito”. Para os juristas, só nessa circunstância haveria real estabilidade à autoridade da decisão.

6 De acordo com o artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), consideram-se interesses ou direitos difusos aqueles cuja natureza é indivisível, sendo seus titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; por sua vez, interesses ou direitos coletivos *strictu sensu* são aqueles cuja natureza também é indivisível, mas seus titulares estão ligados por grupo, categoria ou classe de pessoas unidas por uma relação jurídica base; por fim, interesses ou direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum.

Dentro desse contexto, é de fundamental importância saber em que consiste o conceito de prova nova, para que seja possível saber quando será viável o ajuizamento de uma nova ação com as mesmas partes, pedido e causa de pedir. Para chegar a tal definição, a doutrina se socorre da legislação processual individual. Mazzilli (2021, p. 713-714) realiza interessante análise comparativa com o conceito de prova nova trazido pelo Código de Processo Civil vigente ao tratar da ação rescisória, de modo que “[...] prova nova é aquela cuja existência a parte ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”. Complementa o autor afirmando que a prova nova pode ser “[...] tanto a prova já existente, mas não oferecida no curso da ação anterior, como pode ser prova superveniente”. No mesmo sentido, o entendimento de Neves (2021, p. 381), referindo que “[...] seria nova a prova, mesmo que preexistente ou contemporânea à ação coletiva, desde que não tenha sido nesta considerada”. Também é essa a posição de Arenhart e Osna (2021, p. 253), os quais referem que “[...] podem ser usadas as provas desconhecidas pelo autor na época da demanda original, ou ainda cujo acesso se mostrou impossível, por alguma circunstância externa”.

O anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos (IBDP, 2005, p. 06), com redação da professora Ada Pellegrini Grinover, busca solucionar alguns problemas trazidos pela doutrina com relação ao conceito de prova nova, especialmente sobre a necessidade de que conste expressamente na decisão judicial ter ela sido proferida com ausência ou insuficiência de provas⁷. O seu artigo 13, § 5º, afirma que, em caso de sentença de improcedência, inexistindo provas ou essas sendo insuficientes, poderá ser intentada nova ação por qualquer legitimado, desde que com idêntico fundamento, “[...] no prazo de 02 (dois) anos contados do conhecimento geral de descoberta de prova nova, superveniente, que

7 Neves (2021, p. 380-381) aponta que a partir do momento em que se exige do juiz uma manifestação sobre a ausência ou insuficiência de provas na primeira demanda, cria-se um problema, pois “[...] será impossível a ele se manifestar sobre o que não existia à época da decisão, o que retiraria a possibilidade de propositura de uma nova demanda fundada em meio de prova não existente à época da prolação da decisão”. Nesse sentido, tal posicionamento criaria limitação desproporcional ao conceito de prova nova extraído do ordenamento jurídico pátrio. Essa também é a posição de Arenhart e Osna (2021, p. 252), os quais referem que a improcedência por insuficiência de provas permite o ajuizamento de nova ação, havendo prova nova, ainda que o julgador “[...] não exponha, manifestamente, essa causa como motivo da rejeição da demanda”.

não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado”. Nas palavras de Lépure (2009), a proposta “[...] tem o mérito de esclarecer o que se entenderia por prova nova e também de afirmar que o juiz não precisaria afirmar na decisão, que o julgamento se deu por falta de provas com vistas a propiciar a propositura de nova demanda coletiva”. Por outro lado, a previsão de um prazo para o ajuizamento da segunda ação, contado da data do conhecimento acerca da existência da prova nova, é um verdadeiro retrocesso, pois “de acordo com a disciplina vigente no Código de Defesa do Consumidor, a prova nova sempre está apta a embasar uma nova demanda coletiva, independente de qualquer limitação temporal”. Além disso, a norma geraria verdadeira confusão temporal, eis que em razão da existência de diversos colegitimados, é plenamente possível que cada um deles tenha conhecimento acerca da existência da prova nova em data diferente, o que geraria inúmeros problemas quanto ao termo inicial de contagem do prazo.

Mostra-se importante tecer algumas considerações acerca das relações entre a coisa julgada *secundum eventum probationis* e as ações individuais. Sobre o assunto, Mazzilli (2021, p. 705) explica que “o fundamento da improcedência só importará para os colegitimados coletivos [...]”, salvo quando a ação coletiva versar sobre direitos individuais homogêneos. Neves (2021, p. 378) destaca que a sistemática somente se aplica aos direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, eis que, no caso dos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada opera-se tão somente *secundum eventum litis*, ou seja, leva-se em conta somente o resultado do processo, pois “[...] qualquer fundamento que leve à improcedência da ação não afetará os interesses dos indivíduos titulares do direito”⁸. Em síntese, caso a improcedência se dê por ausência ou insuficiência de provas, essa circunstância somente será relevante para os colegitimados ao ajuizamento de um novo processo coletivo cuja matéria verse sobre direitos difusos ou coletivos *strictu sensu*, ou seja, os sujeitos que constam dos incisos do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública e dos incisos do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor. Quanto aos processos individuais ajuizados pelas vítimas do evento, Mazzilli (2021, p. 705) refere que “[...] pouco importa o fundamento da improcedência: esta jamais prejudicará os lesados individuais”, e complementa afirmando que isso ocorre pois,

8 O artigo 103, incisos I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) é a fonte legislativa das conclusões doutrinárias expostas.

“[...] caso contrário, os lesados individuais veriam formar-se contra eles coisa julgada sem terem tido acesso à jurisdição, o que a Constituição não admite”⁹. Nesse caso, fala-se em transporte *in utilibus* da coisa julgada, ou seja, somente a procedência da ação coletiva beneficia os particulares, jamais prejudicando-os.

Além da coisa julgada *secundum eventum probationis*, o microsistema processual coletivo também conta com a coisa julgada *secundum eventum litis*. Nas palavras de Grinover (2005), seu conceito, do ponto de vista técnico, “[...] diz respeito às partes do processo, podendo a coisa julgada formar-se, ou não, de acordo com o resultado do processo”. A autora refere que, abandonando o rigor conceitual, também se passou a utilizar a expressão “[...] para indicar os terceiros que são colhidos pela coisa julgada de acordo com o teor da sentença”, pois a extensão da coisa julgada aos particulares também se vincula ao resultado da demanda coletiva, havendo somente extensão quando for útil ao particular. Dentro desse contexto, a primeira questão que deve ser analisada diz respeito à extensão do transporte da coisa julgada *in utilibus*. Andrade, Masson e Andrade (2021, p. 256) explicam que existe divergência na doutrina. De um lado, há uma corrente progressista, a qual entende que ainda que a ação tenha sido ajuizada apenas em face de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, sua coisa julgada poderia ser aproveitada, quando favorável, pelas vítimas do evento “[...] que tiveram seus interesses individuais ofendidos pelos mesmos fatos que lesaram ou ameaçaram os direitos difusos e/ou coletivos [*stricto sensu*]”. Trata-se, de acordo com os autores, da posição majoritária, que tem como fundamento o artigo 103, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), o qual dispõe que os efeitos da coisa julgada, do modo como exposto na Lei da Ação Civil Pública, não prejudicarão os particulares, porém, “[...] se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e os sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99”. Por outro lado, há uma visão conservadora, defendida por Mazzilli (2021, p. 704-705), para quem não se pode pretender um irrestrito e automático transporte *in utilibus* da coisa julgada para o processo individual. A partir dessa premissa, “se o autor no

9 O artigo 103, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) refere que as decisões que versarem sobre direitos difusos e coletivos *stricto sensu* não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, grupo, classe ou categoria.

processo coletivo pretende que o dispositivo beneficie lesados individuais homogêneos, é [...] correto que faça o correspondente pedido na inicial [...], para que seja possível ao réu “[...] defender-se adequadamente dessa pretensão, bem como possam os lesados individuais ou sucessores beneficiar-se incontroversamente de eventual procedência”.

Superada tal divergência, mostra-se didática uma breve explanação acerca da nomenclatura utilizada pela legislação consumerista, distinguindo a coisa julgada *ultra partes* (aplicável somente aos direitos coletivos *stricto sensu*) da coisa julgada *erga omnes* (aplicável aos direitos difusos e individuais homogêneos). Mazzilli (2021, p. 702) é bastante claro em suas explicações, afirmando que, apesar de ambos os termos (*ultra partes* e *erga omnes*) serem aptos a significar que a imutabilidade da sentença vai além das partes do processo, existe uma diferença no grau de ampliação. Se por um lado, “[...] com a coisa julgada *erga omnes*, buscou alcançar a imutabilidade do *decisum* em relação a todo o grupo social em matéria de interesses difusos”, por outro lado, com a coisa julgada *ultra partes*, quis o legislador alcançar menos que toda a coletividade, limitando “[...] a imutabilidade ao grupo, classe ou categoria de pessoas atingidas”. A partir dessa distinção, Mazzilli (2021, p. 702-703) realiza interessante crítica, afirmando que “[...] melhor teria sido que o legislador se tivesse valido do conceito de eficácia *ultra partes* também para se referir aos interesses individuais homogêneos (ao contrário, aqui falou, contraditoriamente, em eficácia *erga omnes*)”. O autor refere que, em matéria de coisa julgada relativa aos direitos individuais homogêneos, não foi feliz o legislador em adotar a terminologia *erga omnes*, “[...] pois ela só atingirá um grupo determinado ou pelo menos determinável de pessoas: as vítimas e os sucessores”.

Superadas tais explicações, continua-se na análise da coisa julgada *in utilibus*. Sobre ela, alerta-se que seu transporte é excepcionado em duas hipóteses: quando o particular é notificado na sua ação individual já em curso acerca do ajuizamento de uma ação coletiva e, em um prazo de 30 dias, decide continuar com a sua ação individual; ou quando o particular intervir na ação coletiva que verse sobre direitos individuais homogêneos como litisconsorte do autor, vinculando-se ao resultado do processo, inclusive em caso de improcedência da ação coletiva¹⁰. Sobre

10 Tais exceções podem ser extraídas, respectivamente, dos artigos 104 e 103, § 2º, ambos do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

essas ressalvas, Zavascki (2017, p. 182) diz o seguinte: “o que se pode concluir, do conjunto dessas normas, é que o legislador não estimulou nem o ingresso dos interessados como litisconsortes nem o ajuizamento ou prosseguimento de ações individuais paralelas”, de modo que “o estímulo, portanto, é no sentido de aguardar o desenlace da ação coletiva, promovendo, se for o caso, a suspensão da ação individual em curso”. Acerca da segunda exceção, que trata da possibilidade de intervenção dos terceiros interessados como litisconsortes da ação coletiva, de fato, conforme apontam Arenhart e Osna (2021, p. 231) “[...] a coisa julgada seguirá o regime tradicional individual, com a coisa julgada *pro et contra*, sequer podendo invocar a insuficiência de prova como razão para [o ajuizamento de] outra ação individual”. Diante do verdadeiro desestímulo por parte do legislador, não possuem grande efetividade na prática processual as normas que permitem ao particular a intervenção na ação coletiva como litisconsorte do autor.

Por fim, há interessante crítica elaborada por Arenhart e Osna (2021, p. 231-234) em relação à falta de efetividade do atual regime da coisa julgada no processo coletivo. De fato, com base nas normas vigentes, os benefícios da economia processual para a administração judiciária e da uniformização das decisões somente estão presentes caso a ação coletiva seja julgada procedente, de modo que “sendo diversa a decisão, ignora-se que a questão já foi analisada pelo Judiciário e se permite sua rediscussão de forma pulverizada, rompendo com a eficiência da gestão judiciária”. Isso resulta na possibilidade de decisões divergentes e prejuízos no tratamento isonômico às vítimas do evento. No atual regime do microsistema processual coletivo, entre os regimes de *opt in* (onde o indivíduo somente se sujeita à decisão coletiva se se manifestar expressamente nesse sentido) e *opt out* (onde o indivíduo se sujeita à decisão coletiva, salvo se manifestar expressamente seu desinteresse), “[...] elegeram-se um meio-termo questionável: se a decisão for prejudicial ao réu, vigora a lógica extensiva do *opt out*; se lhe for benéfica, incide o pensamento restritivo do *opt in*”. Forma-se, assim, um processo coletivo em que o réu nada tem a ganhar: caso seja condenado, terá de satisfazer as pretensões individuais dos particulares; caso seja vencedor, terá que litigar com todos os particulares individualmente, em evidente prejuízo à segurança jurídica e à estabilização das decisões. Tais encargos, em última instância, são arcados pelo consumidor.

A partir de tais argumentos, surge importante debate doutrinário acerca da viabilidade de uma coisa julgada coletiva que atinja os particulares inclusive em caso de improcedência dos pedidos. Independentemente de concordar ou não com o modelo atualmente adotado, é temerário defender que os terceiros interessados no resultado do processo coletivo possam ser prejudicados pela decisão proferida, sem ao menos ter participado da demanda. Nesse caso, parece haver uma violação clara e direta ao texto constitucional, especialmente às garantias do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição, extraídas do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Para defender tal tese, podemos utilizar como exemplo a arbitragem, instituto relativamente recente no nosso ordenamento jurídico. É sabido que somente se submetem a arbitragem os indivíduos que assim concordarem. Não havendo avença, por força constitucional, a jurisdição estatal não poderá ser afastada. Evidentemente que o mesmo raciocínio pode ser aplicado ao processo coletivo: não havendo concordância do terceiro interessado em se submeter aos efeitos da decisão, não é possível que a lei afaste sua garantia de acesso à justiça quando o resultado do processo coletivo não lhe for favorável.

3 LIMITAÇÃO TERRITORIAL DA COISA JULGADA COLETIVA

Quando da criação da Lei da Ação Civil Pública, Zufelato (2020), explica que o objetivo do artigo 16 do diploma legal, em sua redação originária¹¹, era atribuir “[...] efeitos *erga omnes* à coisa julgada formada sobre decisão coletiva, inclusive com o temperamento de se formar *secundum eventum litis*”. Assim, a coisa julgada coletiva deveria “[...] ser ampla o suficiente para cobrir os contornos que a situação jurídica material tutela *in concreto*, estendendo-se exatamente aos limites do pedido deduzido na demanda”. Fica clara a vontade do legislador: atribuir a máxima efetividade à tutela coletiva, atingindo todas as pessoas que pudessem se beneficiar da decisão proferida. O Código de Defesa do Consumidor surge com as mesmas intenções, mantendo a sistemática da redação originária do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública e ex-

11 Dispõe o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 1985), em sua redação originária, o seguinte: “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

pandindo os mecanismos processuais de tutela coletiva. Porém, houve uma tentativa de retrocesso no tratamento da tutela coletiva com o surgimento da Lei 9.494/97¹², que alterou a redação originária do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, “[...] visando muito claramente impor uma restrição aos efeitos *erga omnes* da coisa julgada nas demandas coletivas”. A partir de tal alteração, o referido dispositivo passa a prever que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator [...]” (BRASIL, 1985). Surge, a partir daí, grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a temática da coisa julgada no microsistema processual coletivo. No presente tópico, é trazida uma visão infraconstitucional a respeito da matéria.

Conceituando o novo instituto, Thamay (2020, p. 114) afirma que “os limites territoriais da coisa julgada [...] nascem para determinar que decisão de mérito específica se torne imutável e, conseqüentemente, indiscutível em determinado território nacional, conectado ao órgão prolator da decisão”. Trata-se de uma inovação que altera os limites subjetivos da coisa julgada coletiva. Sobre o assunto, é contundente a crítica doutrinária que aponta pela impossibilidade material de se limitar territorialmente a coisa julgada material. Assim pensam Arenhart e Osna (2021, p. 338), para quem “uma decisão judicial gera os efeitos que foram programados para ser gerados, independentemente de qualquer limite”, de modo que “não se pode conter os limites dos efeitos da sentença dentro de um determinado território, simplesmente porque as relações jurídicas – sobre as quais esses efeitos incidem – não estão contidas e território nenhum”. Dentro desse contexto, Zufelato (2020) defende que há uma clara “[...] violação da regra fundamental de que a coisa julgada recai sobre o comando decisório, não sendo possível a sua restrição segundo critérios territoriais do órgão prolator da decisão”, pois “[...] os limites subjetivos da coisa julgada coletiva abrangerão os limites da causa tal como posta na extensão do pedido”. Neves (2021, p. 385) concorda com tal posicionamento, ilustrando o problema com interessante exemplo: “da mesma

12 Como nos explica Mazzilli (2021, p. 695), a Lei 9.494/97 é oriunda da conversão da Medida Provisória 1.570/97, a qual “[...] desatendia claramente o pressuposto constitucional da urgência”. Zufelato (2020) refere que a alteração possui cunho exclusivamente político, pois a norma “[...] surgiu em contexto de intensa judicialização em face dos programas de privatizações de entes públicos daquela quadra histórica [...], com finalidade clara de restringir os efeitos *erga omnes* decorrentes de condenações de âmbito nacional ou mesmo regional em sede de demandas coletivas”.

forma que uma pessoa divorciada será em todo território nacional, a abrangência da sentença coletiva também irradiará seus efeitos no mundo prático em todo o território pátrio”.

Outra crítica é feita por Mazzilli (2021, p. 696-697), referindo que o legislador confundiu os limites da coisa julgada com a competência territorial do juiz prolator. A primeira diz respeito à imutabilidade *erga omnes* da sentença, ao passo que a segunda se refere ao local onde a ação deve ser ajuizada. Além disso, o jurista defende que a alteração legislativa seria inócua, em razão da aplicação conjunta, em matéria de tutela coletiva, da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, “[...] uma vez que ambos os diplomas legais se interpenetram e se complementam, ensejando um todo harmônico”. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor, que se aplica aos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos independentemente de tratarem de matéria consumerista, não estabelece nenhuma limitação territorial, tornando ineficaz a alteração feita pelo legislador. No mesmo sentido, Zufelato (2020) sustenta a ineficácia do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública e a consequente aplicabilidade do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, pois, embora ambos versem sobre o mesmo assunto, o tratamento mais amplo e mais recente fora dado pelo diploma consumerista, o qual, portanto, regula o tema da coisa julgada nas demandas coletivas. Conclui-se assim pois há um conflito normativo claro “[...] entre normas de mesmo *status* legal, de modo que a última e mais completa derogou a mais antiga e incompleta”.

Em sentido um pouco diverso, Arenhart e Osna (2021, p. 349) não negam aplicação ao artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, apenas defendendo que a regra seja interpretada de modo que somente terá eficácia nacional “[...] a decisão proferida por juiz que tenha competência, não propriamente nacional, mas para julgar causas coletivas em que o dano seja considerado como um dano nacional”. Tal competência é fixada pelo artigo 93, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), segundo o qual é competente para a causa o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional. Nesse sentido, Arenhart e Osna (2021, p. 350) concluem, afirmando que, se os juízes da capital do Estado ou do Distrito Federal têm competência para julgar ações coletivas de dimensão nacional, então o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, “[...] confere a esses juízes o po-

der de proferir decisões que tenham abrangência nacional ou regional”. Portanto, de acordo com Zufelato (2020), a limitação territorial realizada pelo artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública seria inócua, “[...] pois, diante das regras de competência concorrente do processo coletivo, para danos de natureza regional ou nacional, serão produzidos efeitos nos limites do dano reconhecido”. A partir desse posicionamento, quando o dano for nacional, o foro competente para o julgamento proferirá decisão cujos efeitos alcançarão todo o território pátrio.

Outro raciocínio interessante é o de Zavascki (2017, p. 72-73), o qual também critica a limitação territorial da imutabilidade, afirmando ser difícil compatibilizar os efeitos da coisa julgada com a competência do órgão prolator da decisão. De fato, “o que faz coisa julgada [...] nas sentenças de mérito é o juízo, que nelas se contém, a respeito da existência ou da inexistência ou do modo de ser da relação jurídica objeto do litígio, e isso não é diferente nas ações civis públicas”. A partir de tal premissa, “[...] o eventual limitador territorial importaria, na prática, a produção de uma estranha sentença, com duas qualidades: seria válida, eficaz e imutável em determinado território, mas seria válida, eficaz e mutável fora desse território”. Logo, não haveria como cindir a relação jurídica certificada na sentença que versar sobre direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Assim, defende o jurista que o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública teria aplicabilidade somente em relação aos direitos individuais homogêneos, os quais são resultado de uma diversidade de relações jurídicas autônomas e, portanto, divisíveis: “aqui, sim, é possível cindir a tutela jurisdicional por critério territorial, já que as relações jurídicas em causa admitem divisão segundo o domicílio dos respectivos titulares, que são perfeitamente individualizados”. Assim, para essa vertente doutrinária, é plenamente possível a aplicação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública aos direitos individuais homogêneos, em razão da divisibilidade e autonomia dessas relações jurídicas.

Superada a análise doutrinária, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, surgiram dois grandes posicionamentos acerca da aplicabilidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, com redação alterada pela Lei 9.494/97: uma corrente que aplica a regra de forma literal e outra corrente que rejeita a sua aplicação. Tais posicionamentos foram adotados, em momentos distintos, pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Uma decisão representativa da primeira corrente, que pretende a aplicação literal do dispositivo, é aquela proferida por

ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 293.407/SP pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (2006, p. 01), extraindo-se de sua ementa que “nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97, a sentença civil fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator”. Destaca-se que, nos fundamentos da decisão, o Superior Tribunal de Justiça não entra em debates doutrinários acerca da eventual inaplicabilidade (ou mesmo de uma aplicabilidade mitigada) do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública. Simplesmente aplica a norma, interpretando-a literalmente. Inicialmente, tal posicionamento predominou no âmbito do Superior Tribunal de Justiça¹³.

Todavia, a interpretação que acabou prevalecendo naquela Corte é a que nega aplicação ao artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública. Foi importante para a pacificação de tal entendimento a decisão proferida por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.243.887/PR, pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (2009, p. 01), do qual se extrai que a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, eis que “[...] os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo”. A decisão, que trata de litígio relativo às relações de consumo, aplica-se tanto aos direitos individuais homogêneos, quanto aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Além disso, o acórdão decide sobre duas situações distintas: o foro competente para liquidação individual de sentença proferida em Ação Civil Pública (Tema 480) e o alcance subjetivo da sentença proferida em ação civil pública e a aplicação art. 2º-A da Lei 9.494/97 (Tema 481). Justamente dentro do capítulo da sentença que trata do Tema 480, decidiu-se a respeito do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei 9.494/97.

Segundo o Relator, Ministro Luiz Felipe Salomão (STJ, 2009, p. 17), uma interpretação literal dispositivo em questão “[...] esvazia a utilidade prática da ação coletiva, mesmo porque, cuidando-se de dano de

13 Nesse sentido: STJ, Terceira Turma, REsp 944464/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 16/12/2008, DJe 11/02/2009; e STJ, Quarta Turma, AgRg no REsp 573.868/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 15/10/09, DJe 26/10/2009.

escala nacional ou regional, a ação somente pode ser proposta na capital dos Estados ou no Distrito Federal”. Além disso, o julgador destaca a confusão conceitual entre a competência territorial e a coisa julgada, afirmando que “[...] a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença”, os quais encontram seus limites dentro daquilo que foi decidido. Caso contrário, “[...] um contrato declarado nulo pela justiça estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná”. Assim, “a questão principal, portanto, é de alcance objetivo (“o que” se decidiu) e subjetivo (em relação “a quem” se decidiu), mas não de competência territorial” (p. 18). Dentro desse contexto, o julgador defende uma revisão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, referindo que “[...] o alcance da sentença proferida em ação civil pública deve levar em consideração o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor acerca da extensão do dano e da qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo” (p. 19). A partir disso, explica que o juiz “[...] lançará mão de comando capaz de recompor ou indenizar os danos local, regional ou nacionalmente, levados em consideração, para tanto, os beneficiários do comando, independentemente de limitação territorial” (p. 20). Com base nesses fundamentos, o Relator concluiu no sentido de afastar a aplicação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei 9.494/97, excluindo a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada coletiva. A decisão foi seguida pela maioria dos Ministros da Corte Superior.

É de se destacar que o julgamento do Superior Tribunal de Justiça resolve a problemática a partir de fundamentos de ordem infraconstitucional. De fato, o conflito normativo dentro do microsistema processual coletivo entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor e a ausência de lógica na limitação territorial do instituto da coisa julgada já são argumentos que bastam para negar aplicação ao confuso e atécnico texto do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública. O resultado do julgamento foi comemorado pela doutrina. Nesse sentido, Zufelato (2020) afirma que a decisão foi importante para uniformizar a jurisprudência, negando aplicação ao dispositivo discutido. Nesse sentido, o autor reconhece como “[...] louvável a atual posição jurisprudencial do STJ em torno do tema, pois reconheceu a ineficácia do dispositivo que intentava restringir territorialmente os limites subjetivos da coisa julgada no âmbito da tutela coletiva [...]”. Foi restabelecida, portanto, a coisa

julgada *erga omnes e ultra partes*, na extensão do objeto decidido, “[...] sem qualquer vinculação à competência do órgão prolator da decisão”. No mesmo sentido a posição de Barbalho e Cardoso (2021), para quem “a orientação jurisprudencial firmada reconhece que a abrangência da coisa julgada é determinada pelo pedido [...]. Além disso, a decisão também reconhece “[...] que a imutabilidade dos efeitos que uma sentença coletiva produz deriva de seu trânsito em julgado, e não da competência do órgão jurisdicional que a proferiu”. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se a partir do referido julgado¹⁴.

4 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.494/97

A partir da alteração feita pela Lei 9.494/97 no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, foi crescente na doutrina o surgimento de teses que defendem a inconstitucionalidade do dispositivo. Os fundamentos, conforme aponta Zufelato (2020), são variados, dentre eles: atenta contra a isonomia, permitindo julgamentos contraditórios, estimulando conflito entre duas ou mais coisas julgadas, “[...] medida que estimula o ajuizamento de várias demandas para tratar do mesmo fato”; atenta contra o acesso à justiça, pois “[...] permite que sujeitos afetados pelo dano não sejam tutelados”; atenta contra a razoabilidade e a proporcionalidade, eis que determina a divisibilidade de direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, os quais são indivisíveis por natureza; e atenta contra os princípios da economia processual, da celeridade e da administração judiciária, pois estimula a multiplicação de processos sobre o mesmo tema. De fato, conforme aponta Santos (2021), uma das violações mais graves do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública é o fracionamento e a divisão que a norma faz entre pessoas com base no território em que se encontram, cindindo direitos fundamentais transindividuais indivisíveis e exigindo o ajuizamento de uma diversidade de ações para resolver a mesma lide, aniquilando a efetividade da tutela coletiva. Assim, “[...] o acesso à justiça, a isonomia e o próprio interesse público estariam em risco diante desse fracionamento irracional”.

14 Nesse sentido: STJ, Segunda Seção, CC 175936, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 25/08/21, DJe 31/08/21; e STJ, Segunda Turma, REsp. 1788451, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 10/08/21, DJe 18/02/22.

Tal posição vai ao encontro de tese doutrinária elaborada por Marques e Martins (2021). Explicam os autores que os novos direitos tutelados pelos mecanismos processuais coletivos dizem respeito a grupos de pessoas, classes, categorias ou comunidades que compartilham situações ou relações jurídicas. Novos direitos também devem incluir esses novos sujeitos, sendo justamente nesse ponto que se tornam relevantes os limites subjetivos da coisa julgada. Dentro desse contexto, os limites territoriais previsto no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública “[...] são altamente excludentes, restringindo acesso à “ordem jurídica justa”, principalmente daquelas pessoas que sucumbem às mazelas sociais”. É possível dizer que “há, nessa perspectiva intolerável, cindibilidade, divisão, recorte, desmembramento e partilha de direitos fundamentais [...]”, pois apesar de ser sua característica a indivisibilidade, como é o caso do meio ambiente ecologicamente equilibrado, eles têm sua incidência demarcada de acordo com o critério territorial, de modo que o deslocamento de uma pessoa “[...] para além da jurisdição do prolator da decisão coletiva lhe retira [...] direitos fundamentais conquistados e positivados na Constituição Federal e em leis infraconstitucionais”. Concluem os autores afirmando que a redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, dada pela Lei 9.494/97, é inconstitucional e “[...] avilta não apenas o sistema de proteção, senão os próprios direitos fundamentais coletivos, constitucionalmente protegidos”.

Na jurisprudência, o precedente proferido por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.101.937/SP (Tema 1.071), julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (2021, p. 02), fixou entendimento declarando a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, com a redação dada pela Lei 9.494/1997, destacando em sua ementa que o objetivo da referida norma “[...] foi ostensivamente restringir os efeitos condenatórios de demandas coletivas, limitando o rol dos beneficiários da decisão por meio de um critério territorial de competência [...]”, ao mesmo tempo em que acarretou “[...] grave prejuízo ao necessário tratamento isonômico de todos perante a Justiça, bem como à total incidência do Princípio da Eficiência na prestação da atividade jurisdicional”. Na oportunidade, além da fixação da tese no sentido de que “é inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo ripristinada sua redação original”, a Corte Constitucional também entendeu necessária, por precaução, a fixação de regras de competência e prevenção. Nesse sentido, a “[...] competência deve obser-

var o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor)” e, caso sejam ajuizadas múltiplas ações coletivas, “[...] firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas”. A decisão é completa, pois ao mesmo tempo em que declara a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, ripristinando sua redação original, fixa as diretrizes de fixação da competência nas ações civis públicas, determinando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, além de trazer regra importante sobre a prevenção, a fim de evitar decisões contraditórias sobre a mesma lide proferidas por mais de um órgão julgador.

Dentre os fundamentos destacados no voto do Relator, Ministro Alexandre de Moraes, no qual defendeu a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei 9.494/97, destacou que, com o advento da Constituição Federal de 1988, a tutela dos direitos transindividuais foi constitucionalizada e ampliada (p. 27-29). Destacou que a alteração promovida pela Lei 9.494/97 no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública constituiu retrocesso na tutela processual coletiva, eis que passou a restringir a eficácia da sentença a um determinado território, ao passo que a redação originária do dispositivo trazia uma eficácia *erga omnes*, sem qualquer tipo de limitação territorial (p. 29-33). O julgador adere à posição doutrinária que defende a distinção entre a coisa julgada e a competência territorial, afirmando que “a sentença espalha seus efeitos aos limites objetivos e subjetivos da lide, não importando onde se localizem as partes beneficiadas, não se relacionando com a competência territorial do órgão jurisdicional, que somente limita o exercício da jurisdição, e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais têm correlação com os limites da lide e das questões decididas” (p. 34-35). Também referenda a crítica de parcela da doutrina com relação à necessidade imposta pelo artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública de cisão de direitos fundamentais que, por sua natureza, são indivisíveis, situação que torna cogente o ajuizamento de uma diversidade de ações coletivas sobre o mesmo litígio (p. 37-38). Afirma haver uma clara violação ao princípio da isonomia, pois não há como “[...] justificar que titulares de direitos difusos ou coletivos, somente por serem pertencentes a um grupo determinado ou determinável de pessoas, não possam ser alcançadas pelos efeitos *erga omnes* de decisão judicial por mera ficção territorial” (p. 39). Além disso, o fracionamento de direitos cria uma nefasta consequência,

qual seja, a multiplicação de processos com elevado risco de decisões contraditórias, de modo que resta lesado os princípios da eficiência, da segurança jurídica e da efetiva tutela jurisdicional (p. 40-42). A partir de tais fundamentos, o Relator concluiu pela inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei 9.494/97, declarando os efeitos repristinatórios, ou seja, restabelecendo a redação original do dispositivo (p. 42-43).

Após argumentar no sentido da inconstitucionalidade norma, o Relator, Ministro Alexandre de Moraes começa a tratar da competência nas Ações Cíveis Públicas, defendendo a aplicação do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor (p. 43-44). Além disso, com o objetivo de evitar decisões conflitantes, o julgador afirma que “o juiz competente [...] que primeiro conhecer da matéria ficará prevento para processar e julgar todas as demandas que proponham o mesmo objeto” (p. 46). Em suas conclusões, o Ministro Relator expõe as teses de repercussão geral, já citadas anteriormente (p. 47). Quanto aos votos dos demais Ministros da Suprema Corte, restou vencido o Ministro Marco Aurélio, tendo o Ministro Edson Fachin acompanhado a decisão do Relator, Ministro Alexandre de Moraes, com ressalvas, pois entendeu que as teses relacionadas à competência excedem o objeto do julgamento. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso e impedimento o Ministro Dias Toffoli. Os demais Ministros, com base em fundamentos idênticos ou diversos, seguiram o voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes (p. 217-218).

Percebe-se que o julgamento faz referência aos argumentos trazidos no decorrer desta pesquisa, tanto do ponto de vista infraconstitucional, quanto do ponto de vista constitucional. Em apertada síntese, parece não haver dúvidas de que o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei 9.494/97, fere princípios constitucionais, em especial a isonomia, a eficiência e a segurança jurídica, da seguinte forma: criando limitações ao exercício de direitos fundamentais que não estão previstas constitucionalmente, tratando sujeitos de direito iguais de forma diversa com base em mera ficção territorial, sem justificativa plausível; e estimulando a multiplicação de processos sobre o mesmo litígio com um potencial risco de decisões contraditórias entre si. De acordo com as lições de Marques e Martins (2021), a intensidade das restrições a direitos fundamentais devem respeitar a proibição do excesso e a proibição da insuficiência, de modo que “[...] as medidas legislativas que restringem direitos

fundamentais não podem falhar ao ponto de serem desproporcionais (excessivas), tampouco por serem nitidamente insuficientes, logo, na condução dos seus deveres de proteção o Estado não pode falhar”. Além disso, a redação dada pela Lei 9.494/97 ao artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública é frontalmente contrária ao princípio da proibição do retrocesso, pois a sua redação originária previa eficácia *erga omnes*, independentemente de qualquer limitação territorial. Dentro desse contexto, a proibição do retrocesso “[...] implica propiciar o escopo de emancipação da pessoa ou de direção comunitária, fortalecendo o incremento das prestações sociais, o que está diametralmente ligado, por razões óbvias, aos direitos fundamentais de natureza coletiva”. Portanto, é correta a decisão do Supremo Tribunal Federal, uniformizando a jurisprudência¹⁵ e pondo fim às discussões doutrinárias que perduravam há mais de duas décadas.

4 CONCLUSÃO

A coisa julgada coletiva surge no ordenamento jurídico pátrio com o objetivo de trazer efetividade à tutela dos direitos coletivos *lato sensu*. Para tanto, é necessária uma maior maleabilidade dos seus limites subjetivos, adotando-se uma extensão dos seus efeitos *ultra partes* e *erga omnes*, ou seja, para além das partes do processo. Dentro desse contexto, fica fácil concluir que o principal objetivo das ações coletivas é otimizar a administração da justiça, em benefício da eficiência processual, resolvendo uma diversidade de litígios em apenas um processo. Contrariamente a tal premissa, surge a alteração do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, efetivada pela Lei 9.494/97, limitando os efeitos da coisa julgada à competência territorial do órgão prolator da decisão. Contudo, a inovação legislativa não pôde prosperar no ordenamento jurídico, entrando em conflito com os mecanismos de tutela dos direitos transindividuais e afrontando a Constituição Federal. Assim, ganham força as teses doutrinárias que criticam a nova redação do dispositivo, a ponto de o Superior

15 Já há decisões no Superior Tribunal de Justiça aplicando as teses fixadas no RE 1.101.937/SP (Tema 1.071). Nesse sentido: STJ, Terceira Turma, AgInt no AREsp 624232/SC, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 15/08/22, DJe 18/08/22; e STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp 1616571/PR, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 15/08/22, DJe 26/08/22.

Tribunal de Justiça afastar sua aplicação, superando a interpretação meramente literal da norma.

Alcançando o Supremo Tribunal Federal, acabou prevalecendo a tese da inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, com redação dada pela Lei 9.494/97. Portanto, a partir de tal julgamento, deixou de existir a figura da limitação territorial dos efeitos da coisa julgada no microsistema processual coletivo. De fato, a intolerável redação do dispositivo fere a natureza indivisível dos direitos transindividuais, ocasionando uma diversidade de problemas práticos, tais como a cisão indiscriminada de direitos fundamentais a partir de um elemento territorial, o surgimento de decisões contraditórias sobre o mesmo litígio e uma multiplicação irracional de processos sem qualquer justificativa plausível. Considerando a proteção constitucional dos meios processuais de tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, especialmente a ação civil pública, é adequada a solução trazida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.101.937/SP (Tema 1.071). O entendimento possui grande relevância jurídica e efetividade prática, pois resolve divergências doutrinárias antigas a respeito da matéria, além de colaborar com o avanço progressivo dos mecanismos de tutela coletiva.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Vol. 1. **Interesses difusos e coletivos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BARBALHO, Bruno Lima; CARDOSO, Gustavo Brígido Bezerra. Abrangência dos efeitos da coisa julgada coletiva: (in)constitucionalidade do artigo 16 da lei 7.347/85. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1.032, p. 73-99, out. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Distrito Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 set. 2022.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília: Distrito Federal, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília: Distrito Federal, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. **Lei da Ação Civil Pública**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347compilada.htm. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Embargos de Divergência em Recurso Especial 293.407/SP**. Embargos de divergência. Ausência de dissenso entre os arestos confrontados. Ação civil pública. Sentença. Efeitos *erga omnes*. Abrangência restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator. Recorrente: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. Recorrido: Banco Meridional do Brasil S/A. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 07 jun. 2006. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301692880&dt_publicacao=01/08/2006. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Recurso Especial 1.243.887/PR**. Direito processual. Recurso representativo de controvérsia (art. 543-C, CPC). Direitos metaindividuais. Ação civil pública. APADECO x Banestado. Expurgos inflacionários. Execução/liquidação individual. Foro competente. Alcance objetivo e subjetivo dos efeitos da sentença coletiva. Limitação territorial. Impropriedade. Revisão jurisprudencial. Limitação aos associados. Inviabilidade. Ofensa à coisa julgada. Recorrente: Banco Banestado S/A. Recorrido: Deonísio Rovina. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 19 out. 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100534155&dt_publicacao=12/12/2011. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 1.101.937/SP**. Constitucional e processo civil. Inconstitucionalidade do art. 16 da lei 7.347/1985, com a redação dada pela lei 9.494/1997. Ação civil pública. Impossibilidade de restrição dos efeitos da sentença aos limites da competência territorial do órgão prolator. Repercussão geral. Recursos extraordinários desprovidos. Recorrente: Caixa Econômica Federal e outros. Recorrido: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor IDEC. Relator: Min. Alexandre de Moraes,

08 abr. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756135788>. Acesso em: 13 jun. 2022.

CALIXTO, Negi; MARINS, Victor Bomfim. Eficácia da sentença e coisa julgada perante terceiros. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 632, p. 44-52, Jun. 1988.

IBDP. Instituto Brasileiro de Direito Processual. **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. Ministério da Justiça. Última versão. Redação de Ada Pellegrini Grinover após reuniões com Ministério Público e órgãos do Governo Federal. Dez. 2005. Disponível em: https://www5.pucsp.br/tutelacoletiva/download/cpbc_versao24_02_2006.pdf. Acesso em: 18 set. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis e secundum eventum probationis*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 126, p. 09-21, ago. 2005.

LÉPORE, Paulo Eduardo. Extensão subjetiva da coisa julgada no direito processual civil coletivo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 169, o. 09-37, mar. 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. 3ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARQUES, Claudia Lima; MARTINS, Fernando Rodrigues. Prioridade do Código de Defesa do Consumidor em matéria de coisa julgada em relação de consumo bancária: ADI 2.591 e o CDC como *lex specialis* no Tema 1075. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 133, p. 225-252, jan./fev. 2021.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 32. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo volume único**. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

SANTOS, João Paulo Marques dos. O recurso extraordinário n. 1.101.937 e a (in)constitucionalidade dos limites territoriais dos efeitos da decisão no âmbito do processo coletivo (art. 16, da Lei n. 7.347/1985). **Boletim Revista dos Tribunais Online**, v. 13, mar. 2021.

THAMAY, Rennan. **Coisa Julgada**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2020.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo coletivo e Constituição: a aplicação direta do CPC 2015 ao microsistema dos processos coletivos. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, v. 5, n. 9, p. 371-405, jan./jun. 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

ZUFELATO, Camilo. Ainda o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública: um recente desdobramento, em curso, na jurisprudência do STF. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 301, p. 215-237, mar. 2020.

ACESSO À JUSTIÇA E ONLINE DISPUTE RESOLUTION: (DES)NECESSIDADE DE PRÉVIA TENTATIVA DE RESOLUÇÃO VIRTUAL DOS CONFLITOS CONSUMERISTAS

LARA DE SOUSA DUARTE¹

MATHEUS PRESTES TAVARES DUARTE²

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento dos processos produtivos e a consequente ascensão das denominadas tecnologias de informação e comunicação (TICs) conduziram, inegavelmente, as sociedades contemporâneas a uma série de transformações, que repercutem não somente em seus complexos arranjos econômicos, senão também na dinâmica das relações institucionais e interpessoais nelas travadas.

Entre os muitos impactos da consagração das TICs, destacam-se, para os fins deste trabalho, suas repercussões sobre os modernos sistemas de justiça. Com efeito, as novas tecnologias, sobretudo num contexto de abarrotamento e morosidade judiciais, podem ser importantes aliadas no combate à crise do Poder Judiciário, na medida em que incrementam

- 1 Pós-graduada em Direito e Processo Constitucional pelo CERS/Estácio. Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio do Ceará. Integrante dos Grupos de Pesquisa “Processo e Constituição” e “Sociedade da Informação e Democracia”, vinculados à FMP/RS, e ao Centro de Estudos em Direito Constitucional vinculado à UFC. Juíza Leiga do TJ/CE. Advogada. E-mail: laaraduarte@hotmail.com.
- 2 Mestrando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduado em Direito Constitucional pelo Damásio Educacional (IB-MEC-SP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Integrante do Grupo de Pesquisa “Processo e Constituição”, vinculado à Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Advogado. E-mail: matheuspreststd@gmail.com.

acesso à justiça de que são titulares os jurisdicionados e robustecem a tônica do *Multi-Door Courthouse System*.

É o caso das plataformas de *Online Dispute Resolution* (ODR), que, buscando reproduzir em ambiência digital as técnicas de resolução consensual de controvérsias – *Alternative Dispute Resolution* (ADR) –, catalisam a obtenção do consenso por parte daqueles que figuram em determinado conflito de interesses, pacificando-o, muitas vezes, sem que, para tanto, tenha de ser acionada a máquina judiciária e todos os embaraços dela decorrentes.

No Brasil, notabiliza-se, como exemplo de ODR, a plataforma digital “Consumidor.Gov”, lançada, em junho de 2014, pela Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), vinculada, por sua vez, ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. A despeito de sua operacionalidade não se encontrar imune de críticas, a ferramenta, ao possibilitar uma interlocução direta entre os consumidores e os fornecedores de produtos ou serviços, contribui para a maximização da autocomposição extrajudicial, o que se atesta pelos significativos indicadores de resolutividade registrados pela plataforma.

Diante das potencialidades da ferramenta, emergiu na jurisprudência pátria posicionamento no sentido de condicionar a deflagração do direito de ação à prévia tentativa de resolução da controvérsia pela plataforma. Para os signatários dessa corrente – que encontra respaldo também na doutrina –, a reclamação prévia cuidar-se-ia, em se tratando de demandas consumeristas, de filtro ao Poder Judiciário, sem o qual não haveria interesse de agir a justificar a propositura de eventual processo judicial, que restaria, então, fadado à extinção sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inc. VI, do Código de Processo Civil (CPC).

Ocorre que, não obstante as facilidades propiciadas pelas plataformas de ODR, não se pode olvidar que, sobretudo em países em desenvolvimento como o Brasil, significativa parcela da população se encontra alijada da cidadania digital, seja por não possuir conexão à *internet* ou a *hardwares* que possibilitem tal conexão, seja por não dominar suficientemente o manejo desse aparato eletrônico. Tratam-se, conforme expor-se-á em sede de desenvolvimento, dos infoexcluídos.

Assentadas as premissas supra, tenciona o presente trabalho, em sede de objetivo geral, investigar a (i)legitimidade da imposição de prévia

tentativa de resolução do conflito pela via da ODR para aquilatar o interesse de agir e, conseqüentemente, provocar o Poder Judiciário.

Intenta, ainda, em sede de objetivos específicos, analisar, em breves linhas, o surgimento das TICs e sua incorporação aos sistemas de justiça; examinar, sob a óptica do acesso à justiça, os benefícios advindos do emprego dos mecanismos de ODR na gestão dos conflitos de interesses; e perscrutar, especialmente no contexto brasileiro, os entraves à plena utilização das plataformas de ODR, tanto sob o ponto de vista da acessibilidade quanto da exclusão e do analfabetismo digitais.

Para a consecução dos retromencionados objetivos, adotou-se o método científico hipotético-dedutivo e técnicas de pesquisa bibliográfica consistentes em revisão da literatura especializada concernente ao tema, expedientes metodológicos por meio dos quais constatou-se, em sede de considerações finais, pela impossibilidade de condicionar o exercício do direito de ação à prévia tentativa de resolução do conflito via sistema de ODR.

2 TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO E SUA INTERFACE COM O DIREITO

Com o advento da Terceira Revolução Industrial, fenômeno histórico que remonta à segunda metade do séc. XX e se estende até os dias atuais, vislumbrou-se, em ritmo acelerado, um significativo aprimoramento dos meios e processos produtivos empregados pela indústria, sobretudo eletrônica. Operou-se, com efeito, uma massiva difusão da *internet*, bem como dos *hardwares* a possibilitarem a conexão à rede – computadores pessoais e *smartphones*, notadamente –, pelo que também ficou conhecido tal marco como Revolução Digital (BARROSO, 2019, p. 1277-1278).

Observou-se, nesse contexto, um verdadeiro reposicionamento das bases da Economia, que, gradativamente, deixou de conferir ênfase tão somente à produção de bens materiais e passou a dispensar distinta atenção também aos bens e ativos imateriais (KEIL, 2007, p. 17). Firmaram-se, então, mormente com o desenvolvimento dos meios de telecomunicação, as bases de uma Economia informacional (CASTELLS, 1999, p. 140-141), o que propiciou o surgimento e a consolidação das TICs, conceituadas, por seu turno, como:

Todas as tecnologias e serviços envolvidos em computação (software e hardware), gerenciamento de dados, fornecimento de telecomunicações e Internet, que permitem aos usuários acessar, recuperar, armazenar, transmitir e manipular informações em formato digital. Todas essas tecnologias lidam com a transmissão e recepção de algum tipo de informação e permeiam diversos aspectos da vida, oferecendo maneiras mais novas, melhores e mais rápidas para pessoas interagirem, fazerem redes, buscarem ajuda, obterem acesso a informações e aprenderem. (SURIANI, 2022, p. 136).

O desenvolvimento das aludidas tecnologias acentuou os contornos assumidos pelo fenômeno da globalização ao ensejar uma ruptura na continuidade do tempo e ao promover, em desconsideração às fronteiras dos Estados Nacionais, a integração de bens e pessoas (ARBIX, 2015, p. 21), relativizando-se, nesse processo, a importância de uma base física para que se suceda tal integração, que se traslada, pois, para o campo da virtualização (SANTOS, 2020, p. 142).

Em decorrência do elevado patamar técnico-científico logrado com o surgimento das TICs, há, inclusive, quem preconize, sob o pioneirismo de Klaus Schwab – fundador do Fórum Econômico Mundial –, a existência de uma Quarta Revolução Industrial³, caracterizada, essencialmente, “pela intensa presença da internet móvel na vida das pessoas, pelo desenvolvimento de sensores menores e mais poderosos, bem como pela inteligência artificial e aprendizado de máquinas” (LORDELO, 2022, p. 82–84).

É sobre as retromencionadas premissas que repousa a sociedade pós-industrial, também cognominada sociedade da informação ou sociedade do risco. Sobre a última denominação, cunhada por Ulrich Beck, importante pontuar que sua razão de ser reside na difusão dos riscos advindos do desenvolvimento de novas tecnologias e do processo de modernização experimentado na contemporaneidade (BECK, 2016, p. 26-29).

Assim, paralelamente às muitas facilidades e benefícios decorrentes do emprego das tecnologias constantemente desenvolvidas e aperfeiçoadas, há, igualmente, uma proliferação dos riscos envolvidos nesse mesmo uso. É o que sustenta Gutiérrez ao afirmar que “las consecuencias provechosas, benéficas, útiles y eficientes de estos impactos de la llama-

3 Há quem entenda, entretanto, que a denominada Quarta Revolução Industrial não seria propriamente um fenômeno novo, senão um desdobramento, em caráter de continuidade, da Terceira Revolução Industrial.

da quarta revolução industrial, también tienen consecuencias perversas, dañinas, nocivas, engañosas, manipuladas, destructivas o ruines” (GUTIÉRREZ, 2022, p. 93).

A ubiquidade das novas tecnologias – e, por via reflexa, dos riscos que lhes são ínsitos – acarreta, portanto, uma expansão das contendas que exsurgem do seio social, muitas das quais acabam por desaguar no Poder Judiciário, que é provocado a exercer a jurisdição diante de lesão ou ameaça de lesão a direitos. Essa dilação dos conflitos também ocorre porque o aumento do grau de complexidade de uma organização social é diretamente proporcional ao aumento dos interesses dignos de tutela.

Ora, “se os conflitos são potencializados pelas tecnologias, essas também devem catalisar os meios para solução”, sustentam Rodrigues e Tamer, que aduzem, ainda, se tratarem as TICs de uma vacina contra um mal que pode ser causado a partir de seu próprio antígeno, analogia da qual se depreende a necessidade de que as ferramentas que têm repercutido sobre a sociedade e seus respectivos arranjos sejam empregadas também para tentar sanar e minimizar os problemas e conflitos advindos dessas mesmas transformações (RODRIGUES; TAMER, 2021, p. 102).

Extrai-se de tais colocações a conclusão de que, a despeito da resistência dos meios forenses – geralmente tidos como refratários a inovações (MOREIRA, 1995, p. 88) –, as TICs devem ser incorporadas aos modernos sistemas de justiça, movimento a que, em verdade, já se assiste há algum tempo e que se convencionou denominar de virada tecnológica do Direito, a qual, por sua vez, se consubstancia em três etapas do emprego da tecnologia, no caso, “a virtualização (digitalização), a automação e a transformação, e persegue a construção de novas abordagens para a prevenção e resolução de conflitos” (MALONE; NUNES, 2022, p. 118).

A era cibernética implica, portanto, um nítido reposicionamento da justiça, que deixa de se limitar, em uma perspectiva intramuros, a um prédio físico e passa a ser concebida, efetivamente, como um serviço (ARAÚJO; GABRIEL; PORTO, 2022, p. 98). A Justiça Digital pressupõe, nesta toada, “a travessia da configuração tradicional do Poder Judiciário para uma Justiça Contemporânea (Justiça 4.0)” (ARAÚJO; GABRIEL; PORTO, 2022, p. 107), *iter* que se percorre pela incorporação, aos modernos sistemas de justiça, da *legal technology*, termo que, embora careça de uma definição precisa, comporta múltiplas manifestações:

Atualmente, novas formas de encontrar informações jurídicas relevantes (chamadas recuperação de informações), pesquisa jurídica (chamada de E-Discovery), análise de documentos, uso digital do conhecimento especializado, instrumentos para prever futuras decisões judiciais (Legal Prediction), suporte on-line para atividades jurídicas, resolução de conflitos via Internet (On-line Dispute Resolution) [...]. Decisões que antes eram tomadas por seres humanos estão cada vez mais sendo executadas automaticamente [...]. A tecnologia de transação Blockchain permite novos instrumentos, como o armazenamento (preferencialmente) confiável de dados legalmente significativos, o uso dos chamados Smart Contracts, [...] o estabelecimento de registros digitais, como registros de imóveis, dentre outros. (HOFFMANN-RIEM, 2022, p. 183–184).

Sem embargo da vastidão da incidência das TICs sobre a área do Direito, importa, para os fins deste trabalho, examinar seus desdobramentos no que concerne, especialmente, à ODR, instituto sobre o qual Malone e Nunes esboçam as seguintes reflexões:

O que se percebe é que a ODR pode ser entendida de forma ampla ou restrita. Amplamente, é a utilização de qualquer ferramenta de Tecnologia e Comunicação (TIC) para resolver conflitos. Pode incluir quase qualquer procedimento de resolução de disputas, incluindo negociação, mediação, facilitação, arbitragem ou adjudicação, desde que seja realizada online e fora de um espaço físico. Também, pode incluir programas ou sistemas oferecidos por empresas privadas, organizações sem fins lucrativos, governos ou uma combinação destes. Estritamente, envolve mineração dos dados coletados das disputas e utilização de algoritmos para sugerir soluções para o conflito. (MALONE; NUNES, 2022, p. 158).

A ODR visa precipuamente à reprodução dos métodos alternativos (ou adequados, na melhor terminologia) de solução de conflitos (MASCs) – tradicionalmente desenvolvidos em modalidade *offline* – num ambiente virtual, isto é, *online*, seja para remediar conflitos que já tenham exsurvido do seio social seja para prevenir a eclosão de novas contendas. Com essa mudança de referencial, objetiva-se, entre outras providências, a transposição de barreiras e entraves que convencionalmente obstam o acesso à justiça, tais como as distâncias geográficas, a

morosidade judicial e a escassez de recursos financeiros de parte dos cidadãos (BECKER; FEIGELSON, 2021, p. 211–212).

Embora se cuide de questão controversa na doutrina, há quem defenda que a ODR não se limita, todavia, à mera reprodução das técnicas de ADR em palco digital, uma vez que cuidar-se-ia, em verdade, de um novo e autônomo meio de resolução de conflitos, de modo que a plataforma virtual ou a tecnologia da informação congênera empregada atuaria como uma “quarta parte” (CUEVA, 2021, p. 43).

De todo modo, importante anotar que há distintos e gradativos níveis de complexidade tecnológica em torno dos quais a ODR se exterioriza, a saber: simples, intermediária e avançada. Em nível simples, há ODRs estruturadas a partir de mera transposição das técnicas conciliativas, mediativas ou arbitrais para o ambiente virtual. Em estrato intermediário, há ODRs pouco mais sofisticadas que, além de intermediação do contato entre as partes, incorporam recursos tecnológicos que agilizam e simplificam o deslinde da contenda. Em nível avançado, há ODRs mais desenvolvidas que, objetivando afastar a necessidade de participação humana, se valem de algoritmos e inteligência artificial para a confecção do procedimento e da respectiva solução que, ao fim, é ofertada pela plataforma (GUEDES, 2022, p. 271–273).

Independentemente do patamar de sofisticação tecnológica, é certo que as ODRs são regidas por princípios e enunciados axiológicos comuns, a orientarem sua sistematização e formatação, sendo eles: (i) transparência; (ii) independência; (iii) imparcialidade; (iv) eficácia; (v) equidade/integridade; (vi) acessibilidade; (vii) flexibilidade; e (viii) velocidade (ROCHA, 2022, p. 302). Ademais, as ODRs se manifestam por meio de procedimentos que contabilizam até três etapas, quais sejam: (i) a negociação; (ii) a facilitação do acordo; e (iii) uma etapa final, que assume contornos específicos de acordo com cada situação, como é o caso, por exemplo, de infrutíferas as tratativas, encaminhar os usuários e a disputa para outro meio resolutivo cabível (COSTA; FRANCISCO, 2021, p. 692–694).

No Brasil, ganha especial relevo, como exemplo de ODR, a plataforma “Consumidor.Gov.Br”, serviço público disponibilizado para a solução de conflitos consumeristas via *internet*, lançado em junho de 2014 e monitorado pela Secretaria Nacional do Consumidor, do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Trata-se de ferramenta que, além de possi-

bilitar uma célere e desburocratizada comunicação entre consumidores e fornecedores, fornece ao Estado importantes estatísticas a nortear a formulação e a execução de políticas públicas voltadas à defesa das relações de consumo, bem como estimula, mediante a publicidade dos registros e um sistema de reputação instituído, a competitividade e a melhoria da qualidade dos produtos e serviços prestados pela iniciativa privada (TAVARES, 2022, p. 111).

Conquanto a “Consumidor.Gov” abranja tão somente a primeira etapa das ODRs – a da negociação –, é possível concebê-la como uma espécie desse gênero, isso porque no Brasil, em particular, predomina uma compreensão mais ampla do instituto. Dispõem Rosa e Spaler, nesta senda, que:

[...] na prática, ainda prepondera no Brasil a concepção ampla de ODR, que abarca tanto os casos de resolução de conflitos que utilizam os meios tradicionais por meio de uma plataforma on-line, quanto as plataformas de negociações plenamente automatizadas (ROSA; SPALER, 2018, p. 42).

Enquadrada, pois, no entendimento deste trabalho, a plataforma “Consumidor.Gov” enquanto ODR, autoriza-se o tratamento da aludida ferramenta como instrumento de resolução *online* de disputas, sendo válidas e extensíveis à plataforma brasileira as conclusões e considerações a serem lançadas subsequentemente a este capítulo.

3 ONLINE DISPUTE RESOLUTION: BENEFÍCIOS E DESAFIOS SOB A PERSPECTIVA DO ACESSO À JUSTIÇA

Conforme já asseverado no capítulo antecedente, as ODRs visam à superação – ou, em certos aspectos, a minimização – de obstáculos tradicionais que incidem à resolução presencial de controvérsias. Assim, configuram interessantes meios de diminuir custos, encurtar distâncias e tornar mais célere o deslindamento de conflitos, contribuindo para que sejam transpostas barreiras de acesso à justiça, bem como para que os escassos recursos do Poder Judiciário sejam alocados para a solução de controvérsias mais complexas e dotadas de maior relevância social (CUEVA, 2021, p. 45).

Ademais, para além da desjudicialização e desburocratização da solução da contenda, a ODR possui o condão de potencializar a compreen-

são e a capacitação dos indivíduos para o exercício dos direitos de que são titulares (COSTA; FRANCISCO, 2021, p. 686), do que se depreende lhe ser inerente também uma função de caráter pedagógico, a estimular os jurisdicionados a exercerem mais ativa e diretamente sua cidadania.

Em se tratando, especificamente, da plataforma “Consumidor.Gov.Br”, a resolutividade da ferramenta e os resultados de seu funcionamento podem ser extraídos do próprio endereço eletrônico que a hospeda. Em incursão ao referido sítio eletrônico, observa-se que, do universo de 912.721 reclamações finalizadas, apura-se um percentual de 98,02% de reclamações respondidas e um índice médio de solução equivalente a 77,27% (CONSUMIDOR.GOV.BR, 2022).

Em decorrência dos índices positivos registrados, vislumbra-se, hodiernamente, uma tendência de convolar em impositivo – enquanto etapa prévia à propositura de eventual ação judicial – o uso da plataforma brasileira que, em sua gênese, foi concebida para ser mais uma alternativa à disposição do consumidor (MALONE; NUNES, 2022, p. 238). É imperioso, entretanto, entender, desde este momento, que a democratização do emprego da ferramenta em comento pressupõe a suplantação de uma série de desafios, sobretudo sob o ponto de vista da infoexclusão.

A tendência de transformar as ODRs em procedimentos obrigatórios e prévios ao processo judicial possui guarida em parte da doutrina e até mesmo em decisões judiciais⁴. Nesse sentido, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) n.º 533 de 2019, que pretende tornar necessária a pretensão resistida para o exercício de ação quando versar sobre direitos patrimoniais disponíveis. Dentro das possibilidades apresentadas na justificativa do aludido PL, estão o serviço de atendimento ao consumidor, ouvidorias, PROCONS e a plataforma “Consumidor.Gov.Br”.

Costa e Francisco (2020) entendem que o parâmetro para aferir se o princípio de acesso à justiça foi respeitado não pode ser o da mera aceitação da solução pelo indivíduo, sem que sejam consideradas as variáveis de que estes podem não conhecerem os seus direitos, ou não

4 Apesar de existirem decisões terminativas de primeiro grau exigindo a obrigatoriedade prévia de utilização da ODR “Consumidor.Gov.Br”, essas decisões têm sido modificadas em grau recursal. Os Tribunais têm decidido pela impossibilidade de obrigatoriedade de utilização ante a ausência de previsão legal e violação ao princípio da inafastabilidade da justiça. Vide TJ/PI (AC 0800472-70.2019.8.18.0051), TJ/MG (AC 06696-45.2020.8.13.0707), e TJ/MS (AC 0804749-39.2018.8.12.0017).

disponham de ferramentas para instrumentalizar seu exercício, ou mesmo, não possuírem condições econômicas para custear sua defesa ou aguardar o deslinde da controvérsia.

Isso nos leva ao entendimento de que, em que pese as vantagens das ODRs, especialmente da plataforma “Consumidor.Gov.Br”, a sua análise não pode ser feita exclusivamente com base em seus dados de satisfação. Existem variáveis sociais que precisam ser observadas, sob pena de apenas modificar a barreira de acesso, trasladando-a do Poder Judiciário para uma plataforma criada pelo Poder Executivo.

O que não se pode, entretanto, negar, é que, de fato, há um alto número de processos tramitando no Poder Judiciário brasileiro – sem falar daqueles conflitos que sequer conseguem acessá-lo – e que, para que se alcance a pacificação social, é preciso discutir e aprimorar os meios adequados/alternativos de solução de conflitos.

A plataforma “Consumidor.Gov.Br”, nesse sentido, apresenta uma solução acessível e eficiente àqueles consumidores que se encontram sofrendo violações aos seus direitos. Porém, não são todos os consumidores que possuem fácil acesso a essa plataforma digital. Num país com alta desigualdade social, como o Brasil, é preciso compreender que muitas pessoas ainda não estão plenamente integrados aos meios digitais, sendo, portanto, infoexcluídos.

Conforme apresentado neste artigo, a plataforma “Consumidor.Gov.Br” apresenta um bom índice de satisfação de acordo com a manifestação das próprias partes, porém, não se pode esquecer que essa avaliação é feita exclusivamente por aqueles consumidores que acessam essa plataforma.

Não se pode retirar de vista que existe uma parcela da população que não tem acesso a esta plataforma, seja porque não possui conhecimento necessário sobre os seus direitos, seja porque não tem acesso a meios tecnológicos que possibilitem seu uso. Nesses casos, a justiça tradicional ainda se mostra muito mais acessível e disponível para os vulneráveis digitais.

Nessa toada, percebe-se, ainda, que, além de uma análise quantitativa, é necessária uma análise qualitativa do resultado obtido pelas ODRs. Isso porque, os números apresentados pela plataforma “Consumidor.Gov.Br” levam em consideração apenas aspectos numéricos de alcance e solução dos conflitos que foram levados à resolução, sem, contudo, haver um

estudo se a resolução alcançada entre as partes de fato respeitou os direitos daquele consumidor lesado. Nesse sentido Nunes e Paolinelli (2021, p. 03):

Referida promessa vem, notadamente, acompanhada de um discurso de facilitação e racionalização da “prestação jurisdicional”, por vezes, despreocupado com o papel redistributivo. Explica-se: é que a preocupação com o acesso à justiça tem-se voltado quase que exclusivamente ao argumento do aumento do número de demandas resolvidas pelo judiciário. Pouco importando “quem são” ou como se dá o acesso das pessoas que procuram pela resolução das suas controvérsias no sistema de justiça nacional. A noção de acesso à justiça que orienta o discurso no sentido de que as soluções tecnológicas podem importar num “aumento” estatístico da resolução de demandas, com frequência, parte de uma aposta exclusivamente numérica, orientada pela lógica neoliberal e, tão somente, pela retórica da eficiência. Dentro dessa perspectiva do acesso à justiça: fornecê-lo significa estruturar mecanismos para permitir que o maior número de demandas seja resolvido, de qualquer maneira, a qualquer custo (desde que sejam resolvidas).

Por isso, é importante ressaltar que as ODRs possuem caráter dicotômico no que concerne ao acesso à justiça: se de um lado são uma plataforma gratuita e de fácil acesso para alguns, por outro lado, e mais especificamente para os infoexcluídos, se trata de uma plataforma para a qual não existe o acesso. Nesses casos, ao invés de cumprirem a sua função de facilitadoras do acesso à justiça, as ODRs, por demandarem que seus usuários estejam conectados em rede, transformam-se em uma barreira que dificulta, quando não impede, o acesso, agravando a situação de marginalidade dessa parcela da população.

Dessa forma, subverte-se, por absoluto, a finalidade das ODRs, cuja incorporação ao direito se presta à facilitação do acesso na solução de conflitos, conferindo-lhe simplicidade, agilidade e redução de custos.

4 A VULNERABILIDADE DOS INFOEXCLUÍDOS E AS ODRS COMO BARREIRA DE ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça deve ser compreendido como o mais básico dos direitos humanos dentro de um sistema que pretenda, efetivamente,

garantir os direitos de todos (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12). Nessa esteira, Capelletti e Garth apresentam em sua obra alguns obstáculos ao acesso à justiça, entre eles as condições das partes. Dentro das condições das partes, além de obstáculos de ordem econômica, encontra-se aquele da aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa. Em suas palavras:

Ele enfoca as inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através do nosso aparelho judiciário. (...) Num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 22-23).

Boaventura de Sousa Santos revela, ainda, nesse tocante, que, quanto mais baixo o estrato social do cidadão, maior é a sua distância da justiça. Santos afirma, também, que a discriminação social no acesso à justiça é um fenômeno muito mais complexo do que pode parecer, pois além dos fatores econômicos envolve fatores sociais e culturais que são muito mais difíceis de modificar (SANTOS, 1986, p. 20-22). Corroborando o entendimento acima elencado, Spengler e Pinho (2018, p. 235) sustentam que:

Não basta criar políticas públicas de acesso virtual à justiça se paralelo a estas não ocorrer a informação dos seus usuários/consumidores e a disseminação isonômica de acessibilidade à internet. Essas duas ações são decisivas para a inclusão digital.

Especificamente no que tange às ODRs, vislumbra-se que os entraves de acesso podem ou não estar ligados à questão econômica. Analisando o aspecto econômico estritamente, observa-se que, dos entrevistados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua de 2021, 27% não tinham acesso à rede de internet em seus domicílios (IBGE, 2021). Nas residências em que havia acesso à internet, a renda média *per capita* era de R\$ 1.480,00 (um mil quatrocentos e oitenta reais), que corresponde ao dobro da renda daqueles lares que não possuíam acesso à internet, que era de R\$ 795,00 (setecentos e noventa e cinco reais).

Nessa mesma toada, o jornal “The Economist” lançou uma pesquisa em 2020 chamada “The Inclusive Internet Index 2020”, analisando os índices de acesso à internet em diversos países (THE ECONOMIST, 2020). Pelas informações apresentadas, o Brasil possui um índice de acesso a internet de 75,9%.

Logo, pode-se concluir que ainda existe no país um obstáculo real. Mais de um quarto da população nacional não tem acesso à internet, o que impossibilita ou gera grandes dificuldades de acesso a espaços que são exclusivamente eletrônicos. Ademais, é importante ressaltar que os dados ora revelados fazem uma análise apenas quantitativa, sem entrar no mérito da qualidade da rede de internet que está disponível, como a sua estabilidade e velocidade, por exemplo.

Porém, além dos aspectos econômicos é preciso analisar outras vulnerabilidades que dificultam ou impedem o acesso aos meios de resolução de disputas virtuais. Nesse caso, podemos citar os deficientes físicos e pessoas idosas que, mesmo que não se encontrem em uma situação de analfabetismo digital, possuem dificuldades de acesso.

No caso das pessoas idosas, há de se conceber que, embora não se possa tecer generalizações, cuida-se, em grande parte, de uma geração que vivenciou uma sociedade analógica. Essas pessoas, mesmo com acesso à internet e a equipamentos necessários, comumente possuem dificuldades de operar tais ferramentas. Como forma de minorar esses efeitos, é preciso que o *design* dessas plataformas seja estrategicamente concebido para esse segmento populacional, com navegação fácil e intuitiva, sistemas de tutoriais e suporte técnico.

Nesse mesmo sentido, é a necessidade de acessibilidade das plataformas digitais para uso pelas pessoas com deficiência, utilizando-se de interface com tecnologia assistiva. Essa acessibilidade se faz ainda mais necessária quando se observa o seu uso por pessoas com deficiência visual ou deficiência motora severa.

No caso das pessoas com deficiência visual, necessária se faz a utilização de *softwares* para a narração dos dados contidos no site; para os deficientes auditivos, lado outro, faz-se necessária a legenda de vídeos ou áudio; enquanto os deficientes motores severos, por fim, precisam utilizar comandos através dos olhos ou boca.

Segundo o censo demográfico de 2010 realizado pelo IBGE, aproximadamente 45 milhões de pessoas apresentam alguma deficiência, o que corresponde a 23,9% da população brasileira (GOV.BR, 2022). Segundo Dalla e Spengler (2018, p. 239):

A dificuldade dos cidadãos hipossuficientes em conhecer e utilizar os métodos de ADR - dentre eles a mediação - é agravada quando se trata do acesso eletrônico, que deveria ser mais barato e rápido, mas que não atinge seus objetivos devido a falta de informação e as dificuldades de acesso à internet.

A vulnerabilidade digital ou tecnológica, que já era uma realidade antes de 2019, tomou contornos expressivos durante a pandemia de COVID-19 e a necessidade de expedientes virtuais em todos os setores, públicos ou privados. Segundo Edilson Santana Filho (2020), a velocidade com que a tecnologia avança, e conseqüentemente gera obstáculos, pode ser chamada de vulnerabilidade líquida.

É preciso contextualizar que a obrigatoriedade do isolamento e diminuição de contato físico desencadeou uma resposta de órgãos públicos e privados para disponibilizar soluções tecnológicas que possibilitassem a superação do impedimento de contato físico. O que por um lado representa um avanço enorme no que diz respeito à superação de barreiras geográficas, redução de custos (e impactos ambientais) com presença física e otimização de processos, por outro lado escancarou um estado de vulnerabilidade de parcela da sociedade que não consegue acessar esses serviços.

A dificuldade de acesso aos ambientes virtuais, seja por barreiras econômicas, seja por questões sociais ou culturais, é uma realidade que precisa ser enfrentada de forma estratégica e humana pelos Tribunais, sob pena de gerar uma violação ao direito constitucional de acesso à justiça, também chamado de inafastabilidade da jurisdição.

Não se trata de negar ou minimizar os benefícios que a tecnologia trouxe para o exercício da justiça, seja no âmbito processual ou extraprocessual. Assim como não se trata de uma tentativa de minorar os benefícios das ODRs, como o “Consumidor.gov”. Os benefícios de agilidade, segurança, facilidade de acesso (para aqueles que têm acesso aos meios), simplicidade são reais e devem ser incentivados para que possam alcançar um maior quantitativo de pessoas.

O que não se pode, nesse momento, é fechar os olhos para aquela parcela da população que não tem acesso aos meios tecnológicos, e, por isso, barrar o seu acesso à justiça. As ODRs devem ser aprimoradas e incentivadas, através de campanhas educativas sobre os direitos dos consumidores, para que estes tenham minimamente condições técnicas necessárias para dialogar diretamente com as empresas fornecedoras sem o intermédio de um advogado.

Além disso, as campanhas educativas devem abranger também as capacidades técnicas de utilização da plataforma, para que a interface do sistema não seja um entrave a mais. Inclusive, para possibilitar que esses sites se adequem perfeitamente aos aparelhos celulares, já que mais de 50% do acesso à internet no Brasil é feito através desses aparelhos (THE ECONOMIST, 2020).

O que não se pode, dentro do cenário econômico e social brasileiro atual, é condicionar o acesso à justiça ao uso prévio obrigatório de ODRs. A uma, porque o acesso à justiça não deve ser obstaculizado por normas legais quando a Constituição Federal determina a sua inafastabilidade. A duas, porque condicionar o seu acesso a uma prévia tentativa de solução exclusivamente *online*, desconsiderando-se os infoexcluídos, implica soerguer uma barreira, por vezes insuperável, de acesso à justiça.

A universalização das ODRs deve ocorrer de forma orgânica e não de forma impositiva, como requisito de acesso ao judiciário. Contudo, esse acesso a todos só ocorrerá com um investimento em educação (sobre os direitos da população e digital), em universalização de acesso à internet de qualidade, inclusive dos *hardwares* necessários, e em acessibilidade dos sítios eletrônicos para aqueles que possuem alguma barreira de acesso seja por uma deficiência ou por questão etária.

Logo, esse avanço exige um esforço comum de Estado e sociedade e tempo para o seu estabelecimento. A tentativa de obrigatoriedade do seu uso sem que a população esteja preparada para exercê-lo de nada contribuirá para o avanço na gestão da litigiosidade.

5 CONCLUSÃO

No contexto da Revolução Técnico-Informacional, o surgimento das TICs representou o ápice do processo evolutivo da sociedade em

rede, caracterizada, por seu turno, por um acelerado tratamento da informação e uma massiva intermediação da comunicação, nos mais diversos âmbitos e setores.

Como demonstrado em sede de desenvolvimento, a incorporação das TICs aos sistemas de justiça manifesta-se, entre outras ocorrências, pela criação dos sistemas de ODR, instrumentos que corporificam a concepção de Justiça Multiportas por constituírem uma alternativa adicional posta à disposição dos jurisdicionados para a resolução de controvérsias que versem sobre seus respectivos interesses.

Nesta toada, o emprego das plataformas de ODR na gestão de conflitos pode trazer consigo múltiplos benefícios, entre os quais se destacam, a título de exemplo, a redução de custos que teriam de ser despendidos na eventualidade de deflagrada uma demanda judicial; o encurtamento das distâncias, possibilitado pela comunicação virtual sem a necessidade de deslocamentos para tratativas ou comparecimento a solenidades designadas para tanto; e a celeridade no deslinde da controvérsia pelo ajuste de vontades dos sujeitos, tudo a revelar a resolutividade e as potencialidades das aludidas ferramentas.

Nada obstante, trata-se, lamentavelmente, de instrumento que não se encontra à disposição de todos os consumidores do sistema de justiça, o que se atesta após incursão aos dados e às estatísticas concernentes à exclusão e ao analfabetismo digitais, fenômenos que tolhem de significativa parcela da população brasileira a possibilidade de usufruir satisfatoriamente desse serviço.

Acresce-se a isso o fato de que, a despeito de as pessoas com deficiência representarem expressivo segmento populacional, as plataformas de ODR não raramente se descumem da acessibilidade bastante e da interface assistiva para apoio aos usuários que demandam infraestrutura adequada para uma experiência positiva.

Em face das constatações supra-assinaladas, conclui-se pela inadequação da solução impositiva – sustentada por alguns operadores do direito, tanto a nível doutrinário quanto jurisprudencial – de condicionar, em caráter inarredável, o acesso ao Poder Judiciário à prévia reclamação via plataformas de ODR, como é o caso do “Consumidor.Gov.Br”.

Muito embora o uso de tais ferramentas deva ser incentivado – por intermédio, por exemplo, do estabelecimento, a nível legislativo, de

sanções premiais que estabeleçam a redução de custas e despesas processuais àqueles que, antes de ajuizarem determinada demanda, busquem a prévia tentativa de autocomposição via ODR –, a obrigatoriedade indiscriminada, por ser excludente, viola o princípio da igualdade, uma vez que os mais hipossuficientes não gozam das mesmas condições de acesso a recursos tecnológicos dos mais abastados.

Ademais, a imposição jurisprudencialmente erigida atenta contra a supremacia formal da Constituição de 1988, que, em seu art. 5º, inc. XXXV, assentou, de maneira peremptória, que nenhuma causa pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, salvo as exceções por ela mesma elencadas, como é o caso do art. 217, §1º, da Carta Fundamental.

Derradeiramente, a obrigatoriedade generalizada pode conduzir a situações de flagrante injustiça. A essência da autocomposição reside na voluntariedade, de modo que compelir os jurisdicionados a, sem o auxílio de um advogado, firmarem tratativas pode implicar uma desnaturação dos meios consensuais e, por via reflexa, a celebração de ajustes que contemplem direitos muito aquém daqueles que o lesado é, de fato, titular, tudo em prol de uma inconsequente redução do acervo.

Com efeito, o que deveria ser visto como mais uma alternativa posta à disposição dos consumidores do sistema de justiça não pode ser tomado como uma via impositiva, a obstaculizar a concretização da justiça, porquanto é o titular do direito lesado ou ameaçado de lesão que, sob uma lente de adequação, deve eleger qual das portas melhor lhe atende, sob pena de aprofundamento das vulnerabilidades já existentes.

Em uma sociedade democrática, o acesso à justiça importa, em última análise, privilegiar a perspectiva dos consumidores em detrimento dos produtores do direito, que é, afinal, um instrumento a serviço do cidadão e de suas necessidades, e não o contrário (CAPPELLETTI, 2008, p. 220).

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; GABRIEL, Anderson de Paiva; PORTO, Fábio Ribeiro. A transformação tecnológica do Poder Judiciário e a Justiça 4.0. *In*: IWAKURA, Cristiane; BORGES, Fernanda Gomes e Souza.; BRANDIS, Juliano Oliveira (Ed.). **Processo e Tecnologia: Justiça Digital - Inteligência Artificial - Resolução Consensual de Conflitos - Gestão Estratégica e Governo Digital - Legal Design**. Londrina: Thoth, 2022. p. 95–109.

ARBIX, Daniel do Amaral. **Resolução online de controvérsias - Tecnologias e jurisdições**. 2015. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-01092016-154830/publico/Doutorado_Arbix_3mar15_INTEGRAL.pdf. Acesso em: 1 set. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 5, n. 3, p. 1262–1313, 18 dez. 2019. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/429>. Acesso em: 1 set. 2022.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. Lisboa: Edições 70, 2016.

BECKER, Daniel; FEIGELSON, Bruno. Acesso à justiça para além de Cappelletti e Garth: a resolução de disputas na era digital e o papel dos métodos online de resolução de conflitos (ODR) na mitigação da crise de justiça no Brasil. *In*: WOLKART, Erik Navarro *et al.* (Ed.). **Direito, processo e tecnologia**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 207–221.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento. **Revista forense**, v. 395, n. 104, p. 209–224, fev. 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução Roneide Venâncio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CONSUMIDOR.GOV.BR. **Painel Estatístico**, 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMWVjZDg0NzItYjcyYy00MDE5LWFhNmYtNzgzZjg2ZWVjZDdiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05M-WYlTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 21 set. 2022.

COSTA, Susana Henriques da; FRANCISCO, João Eberhardt. Acesso à justiça e a obrigatoriedade da utilização de mecanismos de Online Dispute Resolution: um estudo da plataforma consumidor.gov. *In*: WOLKART, Erik Navarro *et al.* (Ed.). **Direito, processo e tecnologia**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 673–695.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Integração dos meios de resolução de conflitos online (ODR) aos sistemas de justiça. *In*: FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Ed.). **Tecnologia e Justiça Multiportas**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 43–51.

FILHO, Edilson Santana. Acesso à justiça é impactado pela vulnerabilidade digital. **Revista Consultor Jurídico**, 23 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/tribuna-defensoria-acesso-justica-impactado-vulnerabilidade-digital>. Acesso em: 22 set. 2022.

GOV.BR. **Acessibilidade digital**. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/acesibilidade-digital#:~:text=Acessibilidade%20Digital%20%C3%A9%20a%20elimina%C3%A7%C3%A3o%20de%20barreiras%20na%20Web.&text=Ao%20utilizarem%20a%20Web%20e,acesso%20aos%20conte%C3%BAdos%20e%20p%C3%A1ginas>. Acesso em: 23 set. 2022.

GUEDES, Cintia Regina. O desenvolvimento de ODRs pela Defensoria Pública como instrumento de inclusão digital, atuação estratégica e ampliação do acesso da população vulnerável à garantia de seus direitos. *In*: SOUSA, José Augusto Garcia de; PACHECO, Rodrigo Baptista; MAIA, Maurilio Casas (Ed.). **Acesso à justiça na era da tecnologia**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 263–289.

GUTIÉRREZ, Julio César Ortiz. Las transformaciones del mundo las sociedades en red: movimientos sociales, cultura, educación, entretenimiento, servicios públicos y tecnología. *In*: CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; MEZZETTI, Luca; FIGUEIREDO, Marcelo (Ed.). **O direito das novas tecnologias e o ordenamento constitucional**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022. p. 87-102.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito**. Tradução de Italo Fuhrmann. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua**, 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/habitacao/17270-pnad-continua.html?=&t=resultados>. Acesso em: 23 set. 2022.

KEIL, Ivete. Do capitalismo industrial ao pós-industrial: Reflexões sobre trabalho e educação. **Educação Unisinos**, Rio Grande do Sul, v. 11, n. 1, p. 15-21,

jan/abr. 2007. Disponível em: <http://revistas.unisinios.br/index.php/educacao/article/view/5681>. Acesso em: 1 set. 2022.

LORDELO, João Paulo. **Constitucionalismo digital e devido processo legal**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

MALONE, Hugo; NUNES, Dierle. **Manual da Justiça Digital** - Compreendendo a Online Dispute Resolution e os Tribunais Online. São Paulo: Juspodivm, 2022.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A justiça no limiar do novo século. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 1, p. 83-93, jun. 1995.

NUNES, Dierle, PAOLINELLI, Camilla Mattos. Novos designs tecnológicos no sistema de resolução de conflitos: ODR, e-acesso à justiça e seus paradoxos no Brasil. *Revista de Processo*, vol. 314. **Revista dos Tribunais** [online], 2021. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/66093719/Dierle.RePro314-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1663885574&Signature=V-Co7Vbdn4scM249l4AUmq~8~MYxXePbsYglb8tVs2UpXtOD7o9SZCI9V-Kpv-4qgg4p1Fe0jBZIJ0jwPqtpG0U7wxb-Igk9Xk8jNVL9HebHwuNUBSEQY-npPD-VviIrNM3Maj2R7KqyYvjXsGijaDcXPW2of6f9xiZqZtE5Ab~fgeb-w64HA-loCbKfwwH0Q6XOjfdqUzikC0cTDgQk~tBQ34aC-gOgMEyL2j9PreCd-0f0pTSOyRxNi2rP8rn0gxAC5zxky4pNrm-xym3h1IVcMhKHgtkUCmdoRIYo-W-6sx8uHj0jPPCLBTOXC~E0tNNk4N2N1VHhmsZmNgpGCAPE96bw__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 21 set. 2022

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A resolução de conflitos on-line e o modelo multiportas do novo Código de Processo Civil: um caminho em construção para a dissuasão das disputas judiciais. *In: IWAKURA, Cristiane; BORGES, Fernanda Gomes e Souza.; BRANDIS, Juliano Oliveira (Ed.). **Processo e Tecnologia: Justiça Digital - Inteligência Artificial - Resolução Consensual de Conflitos - Gestão Estratégica e Governo Digital - Legal Design***. Londrina: Thoht, 2022. p. 299-311.

RODRIGUES, Marco Antonio; TAMER, Maurício. **Justiça digital: o acesso digital à justiça e as tecnologias da informação na resolução de conflitos**. São Paulo: Juspodivm, 2021.

ROSA, Camila da; SPALER, Mayara Guibor. Experiências privadas de ODR no Brasil. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, ano 3,

n. 3, dezembro de 2018. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/12/revista_esa_8_10.pdf. Acesso em: 21 set. 2022.

SANTOS, Agripino. **Tecnonatureza, transumanismo e pós-humanidade: o direito na hiperaceleração biotecnológica**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista crítica de ciências sociais**, n. 21, 1986.

SPENGLER, Fabiana Marion, DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. A mediação digital de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 72, pp. 219-257, jan-jun, 2018. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1923>. Acesso em: 22 set. 2022.

SURIANI, Fernanda Mattar Furtado. **Processo, tecnologia e acesso à justiça: construindo o sistema de justiça digital**. São Paulo: Juspodivm, 2022.

TAVARES, Lorena Tamanini Rocha. Consumidor.gov.br: uma plataforma online para resolução de conflitos de consumo baseada em colaboração, transparência e competitividade. In: ARBIX, Daniel; LOSS, Juliana (Ed.). **Resolução online de disputas: casos brasileiros**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2022. p. 111-134.

THE ECONOMIST. **The Inclusive Internet Index**, 2020. Disponível em: <https://bluesyemre.files.wordpress.com/2020/03/the-inclusive-internet-index-2020-executive-summary.pdf>. Acesso em: 23 set. 2022.

DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO, ACESSO À JUSTIÇA E HIPOSSUFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA NO PL 6.204/2019

ALANA GABRIELA ENGELMANN¹

GUSTAVO DA CUNHA THEWES²

1 INTRODUÇÃO

Para se consagrar o disposto no art. 4º do Código de Processo Civil³, resta claro que a mera declaração do direito posto não se faz suficiente, necessitando além de uma resolução de mérito, que o direito posto tenha meios de ser devidamente efetivado. Assim, a atividade satisfati-

- 1 Mestranda em Direito Público, sob a linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), orientada pelo prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro. Especialista em Novo Processo Civil Brasileiro pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Teoria Crítica do Processo: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder”, coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, vinculado ao Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos. Conselheira Subseccional de Sapiiranga da OAB/RS. Presidente da Comissão Especial de Direito Processual Civil da Subseção de Sapiiranga da OAB/RS. Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Brasileira “Elas no Processo” (ABEP). Advogada. E-mail: alanagengelmann@hotmail.com
- 2 Graduando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Teoria Crítica do Processo: perspectivas hodiernas do Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder”, coordenado pelo Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro, vinculado ao Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos. Bolsista de Iniciação Científica da Escola de Processo da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. E-mail: gustavothewes@gmail.com.
- 3 Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

va se mostra extremamente necessária para que se alcance um processo justo, efetivo e célere, respeitando as garantias constitucionais postas na Constituição Federal.

Por outro lado, o número exacerbado de demandas em tramitação junto ao Poder Judiciário sempre foi um obstáculo a ser enfrentado por todos os operadores do direito, que acabam enfrentando certa dificuldade de vislumbrar uma tramitação processual mais célere com o objetivo de se obter um processo judicial mais eficiente.

Assim, não se pode esquecer a importância que o Processo de Execução possui para o direito processual, uma vez que este se torna o responsável por possibilitar o alcance da atividade satisfativa dentro do direito posto, sendo que, por muitas vezes, o próprio Processo de Execução acaba sendo o entrave e o motivo de abarrotamento do Poder Judiciário. Uma questão factual é o número excessivo de Execuções Fiscais em tramitação junto ao Poder Judiciário, sendo que a maioria delas acabam ficando estacionadas junto aos escaninhos das sessões cartorárias, em virtude da sua impossibilidade de efetivação.

Diante do presente cenário, há anos se busca uma solução para os conflitos inerentes da impossibilidade de efetivação e de conclusão dos Processos de Execução, o que gerou vários debates acerca do tema. E pegando o exemplo estrangeiro, importado principalmente de Portugal, se optou por criar um Projeto de Lei com o objetivo de adotar o regime da Desjudicialização da Execução Civil, conforme já é devidamente adotado por alguns países a fora.

O presente Projeto de Lei, tombado sob o nº 6.204/2019, ainda se encontra em discussão, sendo que há vários debates que cercam a respeito da sua adoção. O que é fato é que a Desjudicialização da Execução Civil acaba por desburocratizar toda a Execução Civil, tornando-a então mais dinâmica e acessível, uma vez que será realizada por um agente de execução e não mais propriamente pelo magistrado.

Entretanto, vários são os debates advindos do presente Projeto de Lei. Enquanto há quem defenda que a Desjudicialização da Execução acaba efetivando o princípio do Acesso à Justiça, há quem diga que ela irá restringir o seu acesso. Considerando a assertiva acima, o presente trabalho busca trazer o questionamento se a Desjudicialização da Execução realmente acaba por efetivar o princípio do Acesso à Justiça e como

ficam amparados os hipossuficientes que não poderão mais demandar seus processos de execução perante o juízo estatal. O cenário se mostra mais preocupante, quando se diz respeito aos litigantes de direitos transindividuais, que muitas vezes demandam em massa e acabam por ser pessoas sem poucos recursos financeiros.

Diante disso, o objetivo da presente abordagem é demonstrar o que é o princípio do Acesso à Justiça, como se dá sua efetivação, bem como o que é o Projeto de Lei 6.204/2019, trazendo a ideia de uma Desjudicialização da Execução para o ordenamento jurídico brasileiro, bem como qual foi a previsão legal acerca da hipossuficiência trazida pelo presente projeto de lei, para então se analisar como restarão amparados os hipossuficientes que versam sobre direitos transindividuais.

Como metodologia de pesquisa, se utilizou o método dedutivo, através da análise documental e bibliográfica, realizando a análise conceitual de princípios como o do Acesso à Justiça, buscando, ainda, fazer uma análise do próprio Projeto de Lei que gerou a possibilidade de Desjudicialização da Execução Civil junto ao ordenamento jurídico brasileiro, para ao fim analisar como se deu a previsão da concessão da justiça gratuita, para efetivar o princípio do Acesso à Justiça aos hipossuficientes.

Toda a análise acima exposta se mostra de grande importância para se atingir o objetivo final do presente ensaio que é demonstrar como estarão amparados os hipossuficientes que versem sobre direitos transindividuais quando o assunto diz respeito a Desjudicialização da Execução Civil.

2 ACESSO À JUSTIÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Primeiramente, cabe salientar que o Estado, detentor da jurisdição, tem o dever de prover um processo justo, célere e efetivo, buscando uma tutela jurisdicional adequada. Por exercer o monopólio da jurisdição, o Estado deve prover os meios eficazes de acesso à Justiça, que estejam em consonância com a obtenção de uma tutela jurisdicional adequada, conforme abordado acima. Por isso, o acesso à Justiça não se limita somente ao órgão jurisdicional, sendo um princípio muito mais abrangente que isso.

Assim, cabe ressaltar o motivo amplo de acesso à Justiça que vem ocorrendo desde o final da Segunda Guerra Mundial, que integra o mo-

vimento de bem-estar social iniciado na Europa (WOLKART; BECKER, 2019). Os professores da Universidade de Stanford Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988) escreveram a famosa obra *Access to Justice: a world survey*, dividindo os principais movimentos de expansão do direito universal do acesso à Justiça em três ondas (WOLKART; BECKER, 2019).

A primeira onda é relacionada à concessão, por parte do Estado, de um profissional qualificado para representar os hipossuficientes em juízo. A presente onda é a que dá origem às defensorias públicas e à promulgação da Lei de Assistência Judiciária (Lei 1.060/1950) no Brasil.

Já a segunda onda é aquela que diz respeito ao desenvolvimento de tutelas aptas à proteção de direitos metaindividuais, como, por exemplo, a Lei das Ações Cíveis Públicas e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

Por fim, a terceira onda é aquela que diz respeito à criação dos órgãos jurisdicionais direcionados à lida de ações simples e de pequeno porte, à propagação dos métodos adequados de resolução de conflitos (ADR) e à prevenção de disputas por meio da criação de uma cultura de evitabilidade de litígios (MACDONALD, 2003). Como desdobramento desta última onda de acesso à Justiça, dá-se a criação da advocacia colaborativa e da justiça restaurativa. No Brasil, esse movimento é marcado pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/1995), pela Lei da Arbitragem (Lei 9.307/1996) e, mais recentemente, pela Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e pelo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

Ocorre que todas as formas de acesso à Justiça, aliadas com a concessão do benefício da gratuidade de justiça, sem a adequada documentação da hipossuficiência, bem como a gratuidade irrestrita para litigar perante os Juizados Especiais Cíveis, não apenas estimulam a litigância, mas acabam por gerar uma seleção adversa de demandas. São milhões de processos, muitos de má qualidade, que congestionam os corredores empoeirados da Justiça sem perspectiva de obtenção da tutela de direitos justa, efetiva e em prazo razoável, conforme a previsão do art. 3º do Código de Processo Civil. Isso resulta num cenário trágico de abarrotamento do Poder Judiciário, causado pelo esgotamento dos recursos públicos alocados ineficazmente para a solução de conflitos (WOLKART; BECKER, 2019).

A situação enfrentada pelo Poder Judiciário tem reflexos decorrentes do fato de que no País não há uma diferenciação entre acesso aos órgãos

do Poder Judiciário e acesso à Justiça. Este compreende, além do acesso aos órgãos do Poder Judiciário e a meios adequados de solução de conflitos, o amplo acesso da população à informação jurídica (GRECO, 2008).

O acesso à informação, que pode ser visto como resultante do acesso à Justiça, exige que o sistema jurídico seja de fácil navegação; a assimetria de informação jurídica é a antítese do ideal do acesso à Justiça (WOLKART; BECKER, 2019). O que se quer dizer é que, em sua concepção hodierna, o acesso à Justiça não pode ser tido como um mero sinônimo de “direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela efetiva, adequada e tempestiva” (MARINONI, 2000, p. 18).

O Estado, como o responsável pelo exercício da jurisdição, promove apenas o acesso formal à justiça, ou o acesso ao Poder Judiciário, deixando de lado o dever de proporcionar o amplo acesso à Justiça (WATANABE, 1988).

De acordo com os ensinamentos do professor Kazuo Watanabe, o acesso à Justiça deve ser analisado sob o prisma de que a sociedade, enquanto destinatária das normas jurídicas, é a consumidora final (WATANABE, 1988). Diante disso, todos os esforços devem se dirigir para o objetivo de assegurar a realização desse direito fundamental, tendo como norte que ele não se resume ao acanhado limite do acesso aos órgãos jurisdicionais e meios alternativos de resolução de disputas (WOLKART; BECKER, 2019).

O que se quer mostrar é que nem mesmo os métodos de solução de litígios, notadamente a arbitragem e a mediação, têm servido ao seu propósito, uma vez que a primeira permanece custosa e relegada a um público seletivo, principalmente por conta das limitações da arbitragem objetiva; já a segunda encontra óbice no fato de que há certa carência de profissionais qualificados para desempenhar a importante função do mediador.

A conjuntura atual impede que a máxima constitucional do acesso à Justiça seja alcançada. Brian Garth e Mauro Cappelletti identificaram três grandes obstáculos à sua concretização: custo, problemas organizacionais e falta de procedimentos adequados para lidar com disputas. Apesar do fato de que essa afirmativa tenha sido feita há muito tempo, ainda persistem esses mesmos óbices no tocante ao acesso à Justiça, como previsto no art. 3º do CPC.

E um dos maiores problemas enfrentados pelo Poder Judiciário no que diz respeito ao abarrotamento de demandas, diz respeito ao número de processos em fase de Execução que não encontram uma forma de efetivação e realização da tutela almejada.

Considerando que o princípio do Acesso à Justiça faz referência, também, ao resultado que se busca alcançar através da demanda judicial, resta claro que uma demanda em fase executiva, sem perspectiva nenhuma de concretização e efetivação da tutela constituída, fere na integra o referido princípio, devendo o Estado procurar soluções para que haja uma maior efetividade no processo de execução.

Assim surge o projeto de lei da Desjudicialização da Execução Civil, como uma alternativa para enfrentamento da crise instaurada junto ao Poder Judiciário com o número excessivo de demandas e como uma forma de concretização do princípio do Acesso à Justiça.

3 A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E SUA IMPORTÂNCIA PARA O ACESSO À JUSTIÇA

Primeiramente, conforme demonstrado acima, para a efetivação do princípio do Acesso à Justiça, uns dos fatores que devem ser observados diz respeito a Assistência Judiciária Gratuita, sendo que esta pode ser analisada através da observância da Lei 1.060/1950, que regula a assistência judiciária gratuita: tal lei prevê um sistema estruturado para que a parte vulnerável economicamente faça jus ao acesso à justiça, buscando tornar sem efeito os óbices pecuniários que poderiam comprometer sua atuação em juízo (TARTUCE, 2010).

Por outro lado, a Assistência Judiciária Gratuita não diz respeito somente a concessão do benefício da justiça gratuita, sendo muito mais amplo do que isso. Seu entendimento é de extrema relevância para se compreender como há a efetivação do princípio do Acesso à Justiça e de todas as ondas de acesso à justiça que foram descritas anteriormente.

A assistência judiciária nada mais é do que o patrocínio da causa por advogados (MARCACINI, 2009), sejam eles componentes do Estado, integrantes de uma entidade com ele conveniada, de entidades privadas ou mesmo particulares atuando *pro bono*.

Assim, de acordo com o conceito trazido por Anselmo Prieto Alvarez, a assistência judiciária é o auxílio que o Estado obrigatoriamente oferece a quem se encontra “em situação de miserabilidade, dispensando-o das despesas e providenciando-lhe defensor, em juízo” (ALVAREZ, 2000).

Ocorre que, após a realização de triagem socioeconômica pelo prestador da assistência jurídica, que constata a insuficiência de recursos, a pessoa recebe informações jurídicas e conta com os serviços de acompanhamento e manifestação nos autos por profissionais (TARTUCE, 2010), sendo contemplado com a liberação dos pagamentos que normalmente o onerariam caso precisasse pagar pela representação (TARTUCE; DELLORE, 2014).

E tudo isso se deu através da ampliação de acesso à justiça, com a previsão trazida pela Constituição Federal, a partir da promulgação da Constituição de 1988, que traz o seguinte texto no art. 5.º, LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (TARTUCE; DELLORE, 2014).

O dispositivo constitucional aumenta o espectro de ferramentas aos necessitados: a assistência jurídica integral e gratuita implica não só na possibilidade de atuação em juízo, mas também na concessão de consultas para a regularização jurídica do indivíduo e no fornecimento de informações (ALVAREZ, 2000) e documentos, dentre outras medidas que se possam revelar necessárias (TARTUCE, 2010).

Por outro lado, a justiça gratuita, por sua vez, pode ser compreendida como a isenção do recolhimento de custas e despesas, sendo que estas podem ser de ordem processual ou não, que se revelam necessário ao exercício de direitos e faculdades processuais inerentes ao exercício do devido processo legal (NALINI, 2000).

Em outras palavras, pode-se dizer que a assistência jurídica é a orientação jurídica ao hipossuficiente, em juízo ou fora dele, bem como é o serviço de postulação em juízo, enquanto a justiça gratuita é a isenção de custas e despesas, seja diante do serviço prestador de assistência jurídica, seja diante do advogado privado (TARTUCE; DELLORE, 2014).

Assim, após a compreensão da Assistência Judiciária Gratuita e da justiça gratuita, que são pilares essenciais para que se possa compreender o princípio do Acesso à Justiça, passa-se a análise da Desjudicialização da Execução Civil, para se observar como o ordenamento pátrio está adotando o referido sistema no seu Projeto de Lei.

4 DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Realizados esses primeiros apontamentos acerca do Acesso à Justiça, da Assistência Judiciária Gratuita e da justiça gratuita no ordenamento jurídico pátrio, importante analisarmos, ainda que sucintamente, os alicerces da proposta de desjudicialização da execução civil em âmbito nacional, representada pelo Projeto de Lei 6.204/2019⁴, de autoria da Senadora Soraya Tronicke, adiante denominado simplesmente PL.

Manifestamente inspirado nas reformas executivas portuguesas, ocorridas entre o fim dos anos de 1990 e meados dos anos 2010, o PL pretende delegar atividades executivas, jurisdicionais e não jurisdicionais⁵, aos denominados agentes de execução. Utiliza-se, para tanto, exclusivamente, da figura dos Tabeliães de Protesto, profissionais encarregados de desempenhar as funções delegadas aos agentes de execução, conforme artigo 3º do PL⁶.

Em relação ao aspecto objetivo da reforma, o PL prevê, já em seu artigo 1º⁷, a desjudicialização de obrigações de pagar quantia certa, líquida e exigível, fundadas em títulos executivos extrajudiciais e judiciais, a saber, sentenças condenatórias⁸. Por sua vez, o parágrafo único do referido artigo traz o aspecto subjetivo da reforma, excluindo da competência

4 O Projeto de Lei pode ser consultado na íntegra em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139971>. Acesso em: 14 ago. 2022.

5 Ao delegar aos agentes de execução a competência para presidir o processo de execução civil, o PL delega, indiscriminadamente, tanto os atos processuais executivos tipicamente jurisdicionais, como a adjudicação e a penhora, quanto as os atos processuais não jurisdicionais, considerados como atos de mero expediente, considerados meros desdobramentos da jurisdição (CILURZO, 2016).

6 Art. 3º. Ao tabelião de protesto compete, exclusivamente, além de suas atribuições regulamentares, o exercício das funções de agente de execução e assim será denominado para os fins desta lei.

7 Art. 1º. A execução extrajudicial civil para cobrança de títulos executivos judiciais e extrajudiciais será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

8 Importante ressaltar que o artigo 14 do PL, ao tratar da instauração do procedimento executivo fundado em sentença condenatória, silencia quanto a sua utilização para execução de títulos fundados em sentenças arbitrais e sentenças estrangeiras homologadas. Contudo, tendo em vista que o artigo 515 do Código de Processo Civil as trata, igualmente, como título executivo judicial, possível se presumir que sua intenção é desjudicializar o procedimento executivo em todos os casos, vez que equiparados pela legislação processual vigente. Sobre o ponto: FARIA, 2021.

dos agentes de execução as demandas que tenham como partes o incapaz, o condenado preso ou internado, as pessoas jurídicas de direito público, a massa falida e o insolvente civil.

No que tange à execução de títulos executivos judiciais, o artigo 14 do PL⁹ prevê que, não existindo o pagamento voluntário da sentença condenatória, ao credor é atribuída a responsabilidade de requerer a instauração do procedimento executivo perante o Agente de Execução competente¹⁰. Deverá apresentar, na ocasião, a certidão de trânsito em julgado, certidão de protesto do título¹¹, além da decisão que demonstre certeza, liquidez e exigibilidade do título. Conclui-se, portanto, que, permanecendo inalterado o projeto em apreço, exclui-se da competência do Agente de Execução a liquidação da sentença, a qual permanecerá a encargo do juízo sentenciante.

A competência executiva delegada ao Agente de Execução o garante vastos poderes para presidência e condução das demandas executivas, atribuindo-lhes desde deveres simples, como a consulta à base de dados mínima obrigatória, até atos tipicamente jurisdicionais, como avaliação e penhora de bens, além de atos de expropriação. Suas principais atribuições restam previstas nos 10 incisos do artigo 4º do PL¹², dentro os quais se inclui a consulta ao juízo competente para sanar dúvidas relevantes.

9 Art. 14. Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário da quantia definida em sentença condenatória e não apresentada impugnação, o credor requererá a instauração do procedimento executivo perante o tabelionato de protesto, apresentando certidão de trânsito em julgado e teor da decisão que demonstre a certeza, a liquidez e a exigibilidade, além da certidão de protesto do título.

10 As regras de competência e distribuição de execuções perante os agentes de execução restam previstas no artigo 7º do PL, segundo o qual, para execuções extrajudiciais, o tabelionato competente será o de domicílio do devedor e, para execuções de títulos judiciais, o tabelionato de protesto do foro do juízo sentenciante.

11 O requisito de prévio protesto de títulos executivos judiciais, como condição *sine qua non* para a instauração do procedimento executivo tem sido objeto de crítica pela doutrina. Tal exigência resultaria em custos iniciais majorados ao exequente, já prejudicado pelo descumprimento da condenação, além de se mostrar uma formalidade excessiva e que burocratiza o procedimento. Neste sentir: HILL, 2020.

12 Art. 4º. Incumbe ao agente de execução: **I** - examinar o requerimento e os requisitos do título executivo, bem como eventual ocorrência de prescrição e decadência; **II** - consultar a base de dados mínima obrigatória, nos termos do art. 29, para localização do devedor e de seu patrimônio; **III** - efetuar a citação do executado para pagamento do título, com os acréscimos legais; **IV** - efetuar a penhora e a avaliação

Fator importante a ser ressaltado no texto inicial do PL diz respeito, justamente, às previsões de intervenção do Poder Judiciário no procedimento executivo, responsável pela fiscalização e controle dos Agentes de Execução. Trata-se, por certo, de tentativa de resguardar o direito constitucional de inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário, assegurado pelo artigo 5º, XXXV, da Carta Magna.

Para tanto, o PL assegura o direito de recorrer à intervenção judicial em diversos momentos, seja pelo exequente, pelo executado, ou pelo próprio Agente de Execução. O artigo 18 do PL¹³ prevê a possibilidade ao executado de oposição via embargos, os quais deverão ser apresentados diretamente ao juízo competente, sem exigência de depósito, penhora ou caução. Apesar de o PL não prever, expressamente, o prazo para oposição de embargos, tendo em vista a previsão de aplicação subsidiária do CPC, entende-se que este seria de quinze dias, conforme artigo 915¹⁴.

Ainda em relação aos meios de acesso ao Poder Judiciário, o PL prevê, em seu artigo 19¹⁵, a possibilidade de oposição de incorreção da penhora, no prazo de quinze dias. A incorreção deverá ser apresentada por requerimento ao agente de execução e, enquanto não decidida, manterá suspenso o prazo para oposição de embargos à execução.

Por fim, possível, ainda, conforme prevê o artigo 21 do PL¹⁶, a provocação de manifestação judicial nos casos de decisão do Agente de

dos bens; V – realizar atos de expropriação; VI – realizar o pagamento ao exequente; VII – extinguir a execução; VIII – suspender a execução diante da ausência de bens suficientes para a satisfação do crédito; IX – consultar o juízo competente para sanar dúvida relevante; X – encaminhar ao juízo competente as dúvidas suscitadas pelas partes ou terceiros em casos de decisões não reconsideradas..

- 13 Art. 18. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos a serem apresentados ao juízo competente [...].
- 14 Art. 915. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contado, conforme o caso, na forma do art. 231.
- 15 Art. 19. A incorreção da penhora ou da avaliação poderá ser impugnada por requerimento ao agente de execução, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da ciência do ato, ficando suspenso o prazo para o oferecimento de embargos à execução até a intimação da decisão.
- 16 Art. 21. As decisões do agente de execução que forem suscetíveis de causar prejuízo às partes poderão ser impugnadas por suscitação de dúvida perante o próprio agente, no prazo de cinco (5) dias que, por sua vez, poderá reconsiderá-las no mesmo prazo. § 1º Caso não reconsidere a decisão, o agente de execução encaminhará a

Execução que seja passível de causar qualquer prejuízo às partes, a qual ocorrerá via suscitação de dúvida. A suscitação de dúvida deverá ser formulada perante o próprio agente de execução, o qual poderá reconsiderar sua decisão e, em não o fazendo, deverá encaminhá-la ao juízo competente, abrindo-se o prazo de cinco dias para manifestação da parte contrária. A decisão que julgar a suscitação de dúvida será irrecorrível.

Percebe-se, portanto, que apesar de o Projeto de Lei objetivar a desjudicialização do procedimento executivo, não o desvincula por completo do Poder Judiciário. Pelo contrário, o artigo 27 do PL¹⁷ prevê expressamente o dever de auxílio e fiscalização pelos Tribunais e pelo Conselho Nacional de Justiça, das atividades desempenhadas pelos agentes de execução.

Constata-se, portanto, em relação ao procedimento, que este tem início por ação do credor, ao qual incumbe realizar prévio protesto do título executivo, bem como, mantendo-se o devedor em mora, dar início ao procedimento executivo perante o tabelião de protesto competente. Recebido o requerimento, constatando-se o preenchimento dos requisitos legais e presentes os documentos indispensáveis à instauração do procedimento, o agente de execução providenciará a citação do executado para, no prazo de cinco dias, efetuar o pagamento do valor devido, acrescido de juros, correção monetária e honorários advocatícios de 10%, além de emolumentos iniciais despendidos pelo exequente.

Em caso de pagamento voluntário pelo devedor, os honorários advocatícios serão reduzidos pela metade. Não realizado o pagamento, mantendo-se inerte o devedor, o agente de execução realizará a penhora e avaliação dos bens do executado, tantos quanto forem os necessários ao pagamento integral do débito exequendo, sendo que eventual importância remanescente será restituída ao executado.¹⁸

suscitação de dúvida formulada pelo interessado para o juízo competente e dará ciência à parte contrária para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentar manifestação diretamente ao juízo. § 2º. A decisão que julgar a suscitação a que se refere este artigo será irrecorrível.

17 Art. 27. O Conselho nacional de Justiça e os tribunais fiscalizarão e auxiliarão os tabelionatos de protesto para efetivo cumprimento do disposto nessa lei.

18 Art. 16. Pago ao exequente o principal, os juros, a correção monetária, os honorários advocatícios e os emolumentos, a importância que eventualmente sobejar será restituída ao executado.

Ainda, é facultado ao executado, no prazo previsto para pagamento, depositar o montante relativo a 30% do valor da dívida, pagando o valor restante em até seis parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês.¹⁹

Constata-se, portanto, a partir destas breves reflexões, que o Projeto de Lei 6.204/2019 busca delegar competência executivas para agentes externos ao Poder Judiciário, em uma evidente hipótese de desjudicialização. Importa-nos, no ponto, observar que, em caso de aprovação do referido projeto, não é possível admitir qualquer retrocesso em matéria de acesso à justiça.

5 APONTAMENTOS SOBRE A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E A CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA NO PL. 6.204/2019

Após toda a análise introdutória acerca do Acesso à Justiça e da Desjudicialização da Execução Civil, se mostra pertinente uma breve análise da questão envolvendo os hipossuficientes e da concessão do benefício da justiça gratuita para, ao final, analisar se estes foram amparados pelo Projeto de Lei e como podem proceder em certas lacunas da lei.

Primeiramente, o PL 6.204/2019, no seu art. 5º²⁰, trouxe a possibilidade de concessão do benefício da justiça gratuita para os hipossuficientes, através da comprovação de tal condição financeira, sendo que

19 Art. 10. Observados os requisitos legais, o agente de execução citará o devedor para pagamento do valor do título, acrescido de juros, correção monetária, honorários advocatícios de 10% (dez por cento) e emolumentos iniciais [...]§ 5º No prazo estabelecido no § 1º, o devedor poderá, depositando 30% (trinta por cento) do valor da dívida, acrescido do valor integral dos emolumentos, juros, correção monetária e honorários advocatícios, pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de um por cento ao mês..

20 Art. 5º. O beneficiário de gratuidade da justiça, quando da apresentação do título, requererá ao agente de execução que o pagamento dos emolumentos seja realizado somente após o recebimento do crédito executado.

§ 1º Se for judicial o título executivo apresentado para execução no tabelionato de protesto, o exequente terá assegurado o benefício a que se refere o caput deste artigo desde que comprove ter obtido a gratuidade da justiça no curso do processo de conhecimento.

§ 2º Sendo extrajudicial o título executivo, ou não tendo obtido o benefício de gratuidade da justiça no processo judicial, o exequente deverá comprovar que preenche os requisitos legais.

o referido pedido de concessão será devidamente analisado e concedido pelo Agente de Execução.

O Projeto de Lei conseguiu abancar uma quantidade significativa de situações envolvendo os hipossuficientes, uma vez que previu a possibilidade de pagamento dos emolumentos ao final, quando do recebimento do crédito pelo credor, bem como foi categórico ao afirmar que o beneficiário da justiça gratuita, teria seu direito estendido do processo de conhecimento, para a fase executiva, caso fosse situação de título executivo judicial e a justiça gratuita houvesse sido deferida no processo de conhecimento, sendo que, por fim, no caso de se tratar de título executivo extrajudicial, caso a parte fosse beneficiária da justiça gratuita, esta pode ser requerida e deferida pelo próprio agente de execução.

Caso haja alguma dúvida ou discordância no entendimento do agente de execução, poderá este consultar o juízo competente acerca da concessão da gratuidade, que então resolverá o incidente, tudo conforme prevê o art. 20 do PL 6.204/2019.

Por outro lado, ao tratar dos hipossuficientes, o PL falha ao sequer fazer menção à assistência da Defensoria Pública e dos escritórios de prática jurídica, sendo que ele se mostrou somente preocupado em regular a concessão de assistência judiciária gratuita, em consonância com o previsto no art. 98, CPC, que prevê que tal benefício deve abranger não apenas os atos praticados em juízo, como fora dele (FARIA, 2021).

Conforme já abordado acima, resta claro que os ônus financeiros do processo, abarcando tanto despesas processuais quanto emolumentos extrajudiciais, não podem ser um obstáculo ao acesso à justiça, como há muito já ressaltou, com propriedade, Leonardo Greco (2005).

Nesse sentido, em uma análise mais detalhada do previsto no art. 5º do PL 6.204/2019, o PL prevê que o exequente, ou credor, desde que cumpridos os requisitos à concessão do benefício, apresente seu pedido diretamente ao agente de execução, requerendo, em verdade, que o pagamento das custas e dos emolumentos se dê com o desfecho positivo da cobrança, ou seja, quando houver o recebimento daquilo que lhe é devido (FARIA, 2021).

Por outro lado, não há qualquer referência junto ao PL se esse direito pode ser concedido apenas parcialmente, ou seja, para a prática

§ 3º Discordando o agente de execução do pedido, consultará o juízo competente, que resolverá o incidente, nos termos do art. 20.

de determinados atos ou mesmo em momento posterior ao do requerimento inicial, como já o faz o CPC para os processos judiciais, conforme é trazido em seu texto, no art. 98, § 5º.

Por outro lado, tanto pela previsão expressa do art. 15, CPC, que estende a observância do CPC aos processos administrativos²¹, tanto pela previsão do art. 2º, §§ 1º e 2º, da LINDB, que determina a incidência subsidiária da norma geral quando a especial for lacunosa e não houver, entre ambas, incompatibilidade, se torna inevitável o pensamento que se deve ajustar que todos os dispositivos previstos no CPC para a regulação da justiça gratuita devem ser aplicados ao rito da execução extrajudicial, salvo, obviamente, em caso de regulamentação expressa pelo PL (FARIA, 2021).

De acordo com a própria previsão legal trazida junto ao PL, a orientação trazida pelo caput de seu art. 1º, prevê exatamente a aplicação subsidiária do CPC às execuções extrajudiciais por ele regidas, sendo que, do presente modo, parece ser possível que haja um “parcelamento” ou uma “redução proporcional” das despesas cartorárias, por aplicação analógica do § 5º, art. 98, CPC, todas as demais regras que não sejam incompatíveis com o PL, no que se refere à justiça gratuita, devem ser aplicadas à execução desjudicializada.

Sendo assim, parece possível a concessão da assistência jurídica às pessoas naturais ou jurídicas, brasileiras ou estrangeiras, desde que,

21 A despeito de se tratar de particular em exercício por delegação, de função pública, considera-se que os atos dos notários e registradores têm natureza administrativa, podendo, portanto, falar-se na aplicação do art. 15, CPC (LGL\2015\1656). Nesse sentido, verifica-se, a um, o fato de que o art. 204, Lei 6.015/73 (LGL\1973\14), expressamente preveja que a decisão da dúvida, procedimento característico do direito notarial, tem natureza administrativa; a dois, a constatação de que o tabelião, no exercício de suas funções, pode ser considerado autoridade, para fins de impenhorção de mandado de segurança (vide, nesse sentido: TJMG, 1ª C. Cível, Apelação Cível 1.0461.12.006196-9/001, Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 11.02.2014, pub. 19.02.2014); a três, porque, consoante já decidiu o STF, nos autos do RE 842.846/SC, “[...] por exercerem um feixe de competências estatais, os titulares de serventias extrajudiciais qualificam-se como agentes públicos [...]” (STF, RE 842.846/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 27.02.2019, DJe 13.08.2019); e, a quatro, o fato de que o notário, para fins penais, responde como funcionário público equiparado (art. 327, Código Penal; vide, por exemplo, nesse sentido: STJ, 3ª T, RHC 44.492/SC, STJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. p/acórdão Min. Moura Ribeiro, j. 21.08.2014, DJ 19.11.2014), podendo-se, portanto, por todo o exposto, concluir-se por se tratar, os procedimentos extrajudiciais juntos às serventias cartorárias, de expedientes de cunho administrativo.

obviamente, comprove-se, nos termos da lei, a hipossuficiência econômico-financeira (art. 98, caput, CPC).

Ainda em relação ao PL, conforme já abordado acima, percebe-se que nos §§ 1º e 2º do art. 5º, a definição de um momento para o requerimento do benefício, será: se a cobrança for de título judicial, cabe ao exequente demonstrar que já fazia jus à gratuidade durante o processo judicial para conseguir mantê-la durante o procedimento extrajudicial. Se, todavia, a cobrança for embasada em título extrajudicial, caberá ao credor, quando da apresentação de seu requerimento, solicitar a concessão da gratuidade, a qual será apreciada pelo agente de execução.

Por fim, analisando o § 3º do art. 5º, PL, pode-se perceber que este prevê uma hipótese de consulta do agente de execução ao juízo competente, quando aquele se mostrar em dúvida a respeito da concessão da gratuidade ao beneficiário, na forma do art. 20, do PL, o que demonstra um certo entendimento de que o agente de execução apenas tem competência para conceder o benefício da assistência gratuita, na medida em que, caso ele entenda pela rejeição, deverá submeter a matéria ao juiz estatal.

Ocorre que, se tratando de um procedimento administrativo, resta claro que trata-se de um procedimento diferente do previsto no § 8º, art. 98, CPC, na medida em que, de acordo com o CPC, se houver dúvida acerca do preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, o notário ou registrador, somente “[...] após praticar o ato, pode requerer, ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrais, a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento (...)”²². Há, nesse particular, sensível diferença, que pode acarretar grandes consequências até mesmo ao acesso à justiça.

O que se pode trazer através do rito descrito no CPC, é que o ônus do tempo, no caso de eventual demora na resolução, pelo juiz, da dúvida acerca do preenchimento, ou não, dos requisitos para a concessão das benesses da assistência judiciária gratuita, fica a cargo do notário ou

22 § 8º Na hipótese do § 1º, inciso IX, havendo dúvida fundada quanto ao preenchimento atual dos pressupostos para a concessão de gratuidade, o notário ou registrador, após praticar o ato, pode requerer, ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrais, a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento de que trata o § 6º deste artigo, caso em que o beneficiário será citado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se sobre esse requerimento.

do registrador, uma vez que o ato de interesse da parte já foi praticado; entretanto, o que o PL propõem é que o ônus do tempo recairá sobre os ombros da parte, já que, ao que parece, até que haja decisão judicial a esse respeito, nenhum ato por parte do tabelião será praticado. Diante da análise em relação ao procedimento de consulta, ao menos no texto do Projeto de Lei, não parece haver espaço para se recorrer da decisão que julga a consulta ao juízo competente (art. 20, § 2º, PL), contrariamente ao sistema adotado pelo CPC (FARIA, 2021).

Conforme se analisa do art. 1.015, V, CPC, a decisão que rejeita o pedido de gratuidade de justiça é recorrível mediante agravo de instrumento, sendo essa, aliás, uma das poucas hipóteses explicitadas pelo legislador. Ocorre que, se o indeferimento do pedido de gratuidade advier da solução da consulta prevista no art. 20, PL, não seria possível a interposição do presente recurso, uma vez que violaria a isonomia, mostrando que, se de fato isso se consolidar, eventual rigor quanto à concessão do benefício poderá acabar por ser pernicioso para o hipossuficiente, que terá que abdicar de seu título executivo para ir a juízo por meio de uma ação de cobrança ou mesmo uma ação monitória (art. 785, CPC), na qual o indeferimento da assistência judiciária gratuita desafiaria a interposição de recursos (FARIA, 2021).

Assim, é possível perceber que essa preocupação pode acabar se tornando ineficaz, uma vez que é muito provável que normas locais venham a permitir que os futuros agentes de execução optem por facilitar o acesso dos credores, adiando o pagamento dos custos cartorários do exequente para quando do recebimento da obrigação inadimplida, assim como já ocorre atualmente, aliás, com as despesas para se protestar um título²³

6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, percebe-se que há enfrentamentos que devem ser observados para que se tenha a efetivação do princípio do Acesso à Justiça, quando se diz respeito aos hipossuficientes que buscam uma tutela de direitos transindividuais, com o atual cenário que se encontra o Projeto de Lei da Desjudicialização da Execução Civil.

23 Vide, nesse sentido, o Provimento 86, de 29 de agosto de 2019, do CNJ.

Conforme demonstrado acima, o processo de execução acaba se tornando a fase processual que se busca para satisfação da tutela almejada, sendo que muitos processos que versam sobre direitos transindividuais necessitam da fase executiva para obtenção da tutela pretendida.

A primeira constatação que se percebe é o fato do Projeto de Lei não trazer uma previsão expressa acerca da designação de defensor para os hipossuficientes que não possuem condições financeiras de contratar um profissional habilitado para representá-los, sendo que sequer fez menção à assistência da Defensoria Pública e dos escritórios de prática jurídica, sendo que ele se mostrou somente preocupado em regular a concessão de assistência judiciária gratuita, em consonância com o previsto no art. 98, CPC, que prevê que tal benefício deve abranger não apenas os atos praticados em juízo, como fora dele.

A importância do referido ponto se encontra no fato de que grande parte dos litigantes que buscam a efetivação de uma tutela advinda de direitos transindividuais são hipossuficientes e não possuem condições financeiras de arcar com os custos provenientes da contratação de um profissional para representá-los, o que acaba gerando um óbice para a efetivação do princípio do Acesso à Justiça quando não há a previsão expressa de concessão da assistência de um defensor público no referido caso.

Por outro lado, o ponto acima explorado pode ser facilmente resolvido se aplicado o disposto no art. 15, CPC, que estende a observância do CPC aos processos administrativos, tanto pela previsão do art. 2º, §§ 1º e 2º, da LINDB, que determina a incidência subsidiária da norma geral quando a especial for lacunosa e não houver, entre ambas, incompatibilidade, se torna inevitável o pensamento que se deve ajustar que todos os dispositivos previstos no CPC para a regulação da justiça gratuita devem ser aplicados ao rito da execução extrajudicial, salvo, obviamente, em caso de regulamentação expressa pelo PL. como não há previsão expressa sobre a designação de defensor no caso de hipossuficientes, resta claro que deve ser aplicado a previsão do CPC, que determina a designação de defensor público nos referidos casos.

Outro problema enfrentado quando se trata dos hipossuficientes, diz respeito ao indeferimento da concessão do benefício da justiça gratuita, uma vez que, se houver dúvida acerca do preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita

pelo Agente da Execução, deverá submeter a matéria ao juiz estatal, mostrando assim que ele possui competência apenas para conceder o benefício da assistência gratuita.

Assim, o que o PL propõe é que o ônus do tempo recairá sobre os ombros da parte, já que, ao que parece, até que haja decisão judicial a esse respeito, nenhum ato por parte do tabelião será praticado. Diante da análise em relação ao procedimento de consulta, ao menos no texto do Projeto de Lei, não parece haver espaço para se recorrer da decisão que julga a consulta ao juízo competente (art. 20, § 2º, PL), contrariamente ao sistema adotado pelo CPC.

Conforme se analisa do art. 1.015, V, CPC, a decisão que rejeita o pedido de gratuidade de justiça é recorrível mediante agravo de instrumento, sendo essa, aliás, uma das poucas hipóteses explicitadas pelo legislador. Ocorre que, se o indeferimento do pedido de gratuidade advier da solução da consulta prevista no art. 20, PL, não seria possível a interposição do presente recurso, uma vez que violaria a isonomia, mostrando que, se de fato isso se consolidar, eventual rigor quanto à concessão do benefício poderá acabar por ser pernicioso para o hipossuficiente, que terá que abdicar de seu título executivo para ir a juízo por meio de uma ação de cobrança ou mesmo uma ação monitória (art. 785, CPC), na qual o indeferimento da assistência judiciária gratuita desafiaria a interposição de recursos (FARIA, 2021) o que demonstra que tal situação será um obstáculo para a concretização do Acesso à Justiça pelos hipossuficientes.

Por outro lado, todas as questões acima apresentadas não possuem o condão de esgotar os debates acerca do presente tema, mas sim demonstrar como há várias questões que devem ser analisadas antes da aprovação do PL 6.204/2019, para não se incorrer em erro e obstaculizar o Acesso à Justiça pelos hipossuficientes, principalmente aqueles que possuem a efetivação e satisfação de uma tutela que versa sobre direitos transindividuais.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Anselmo Prieto. **Uma moderna concepção de assistência jurídica gratuita**. Disponível em: www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista53/moderna.htm. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei 13.105/2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 6204/2019**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139971>. Acesso em: 14 jul. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CILURZO, Luiz Fernando. A desjudicialização na execução por quantia. Orientador: Ricardo de Barros Leonel. 2016. 246 f. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016. p. 163. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29082016-122503/publico/LuizFernandoCilurzoADesjudicializacaoNaExecucaoIntegral.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2022.

FARIA, Márcio Carvalho. Primeiras Impressões sobre o Projeto de Lei 6.204/2019: Críticas e Sugestões acerca da Tentativa de se Desjudicializar a Execução Civil Brasileira (Parte três). **Revista de Processo**. v. 315, p. 395-417, maio 2021.

FARIA, Márcio Carvalho. Primeiras impressões sobre o Projeto de Lei 6.204/2019: críticas e sugestões acerca da tentativa de se desjudicializar a execução civil brasileira (parte quatro). **Revista de Processo**. v. 316, p. 389-414. Jun. 2021.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: Introdução ao direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I.

GRECO, Leonardo. O acesso ao direito e à justiça. *In*: **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização da Execução Civil: reflexões sobre o projeto de lei nº 6.204/2019. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 14, v. 21, set./dez. 2020.

MACDONALD, Roderick A. Access to justice in 2003: scope, scale, ambitions. **Law Society of Ontario**. Disponível em: http://www.lsuc.on.ca/media/convju-ne03_access.pdf. Acesso em: 24 dez. 2021.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TARTUCE, Fernanda. Assistência judiciária gratuita: suficiência da afirmação de pobreza-acórdão comentado. **Revista do Direito Brasileiro**, São Paulo, v. 46, 2010.

TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz. Gratuidade da Justiça no Novo CPC. **Revista de Processo**. v. 236, p. 305-323, out. 2014.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WOLKART, Erik Navarro; BECKER, Daniel. Da Discórdia analógica para a Concórdia digital. *In*: FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel; RAVAGNANI, Giovanni. **O Advogado do Amanhã**: Estudos em homenagem ao professor Richard Susskind. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DECISÕES JUDICIAIS EM PROCESSO ESTRUTURAL: DA LEGITIMIDADE À EFETIVIDADE

DIEGO DE ÁVILLA RODRIGUES¹

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe um amplo rol de direitos fundamentais, contemplando desde liberdades individuais até direitos sociais. Desde a sua promulgação há um crescente ajuizamento de demandas postulando a concretização de tais direitos.

Ocorre que a concretização dos direitos fundamentais, especialmente daqueles denominados direitos sociais, não se faz sem um agir positivo do Estado, o que requer vontade política e disponibilidade orçamentária.

Diversas questões emergem quando considerado o amplo ajuizamento de tais demandas, especialmente com relação à legitimidade do poder judiciário para determinar implantação de políticas públicas para um ou diversos indivíduos, bem como acerca da forma adequada para essa prestação jurisdicional.

O processo estrutural, originado das *structural injunctions* do direito americano, começa a ser estudado e aplicado em solo nacional, assim como em outros países, como uma alternativa para a resolução de problemas sociais complexos.

1 Acadêmico do Mestrado em Direito Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado Rio Grande do Sul, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (Faculdade IDC) e em Direito Público pela Faculdade IMED, Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis; Membro do Grupo de Pesquisa “Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade: Interesses Públicos *versus* Interesses Privados”, coordenado pelo Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier junto à Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado Rio Grande do Sul; Servidor Público do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul; E-mail: dieavilla@gmail.com.

Nesse norte, se faz necessário um estudo acerca da tratamento judicial de tais direitos dentro do constitucionalismo moderno. E o presente trabalho objetiva, através da análise doutrinária, utilizando-se de método dedutivo, definir se há legitimidade na atuação judicial para definição de políticas públicas, especialmente em processos estruturais, bem como qual a melhor forma de decisão, a fim de garantir a efetivação do decidido, em busca da solução do problema real posto a julgamento.

Na primeira parte será realizada uma breve exposição acerca da necessidade de uma forma alternativa de judicialização desses conflitos, diverso do individualizado, e do surgimento do processo estrutural como forma de garantia dos direitos fundamentais.

Após, será feito um estudo acerca da legitimidade e dos limites das decisões judiciais nos processos estruturais, a fim de verificar se constituem uma violação da separação de poderes ou constituem uma forma de exercício de jurisdição constitucional.

Ao final, abordar-se-á as diversas formas de decisão que podem ser proferidas em litígios estruturais, buscando definir, com base em exemplos práticos trazidos pela doutrina, a melhor forma de tratamento desses conflitos.

2 O PROCESSO ESTRUTURAL COMO FORMA DE GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço no que se refere à proteção dos Direitos Fundamentais. Elaborada em um período pós ditadura militar, preocupou-se em garantir direitos mínimos aos cidadãos, não apenas no que se refere ao resguardo de suas liberdades e integridade física e mental, mas, também, criando deveres a serem observados pelo Estado, que passou a ter o papel de garantir condições mínimas de vida digna a todos os cidadãos (PIOVESAN, 2006, p. 111-112).

Nesse contexto, a Constituição incluiu, no rol de direitos fundamentais, tanto direitos negativos, que impedem ou limitam o agir estatal (como são exemplos os incisos II e III do artigo 5º da CF/88), quanto direitos positivos, que exigem uma ação do Estado para sua concretização, caso dos direitos sociais.

Nesse passo, a Constituição de 1988, além de estabelecer no artigo 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, ainda apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade. (PIOVESAN, 2006, p. 113)

Há de se salientar que, nos termos do §1º do artigo 5º da Constituição Federal, os direitos sociais, por integrar o rol de direitos fundamentais, possuem aplicabilidade imediata, inexistindo necessidade de legislação posterior, a fim de que possam ser exigidos do ente estatal.

Desta forma, a previsão da carta magna, mais do que determinar que o ente estatal não prejudique os direitos sociais, impõe um dever positivo ao Estado, tornando a sociedade credora deste direito (ALVES, 2013, p. 106-107).

Porém, como afirma José Joaquim Gomes Canotilho (2008, p. 25-26), a observância aos direitos sociais é cara, principalmente considerando-se que a efetivação de tais garantias deve ser realizada pelo poder público de forma gratuita ou tendencialmente gratuita.

Nesse sentido, esclarece Cláudia Elisandra de Freitas Carpenedo (2007, p. 62):

Com efeito, o Estado, para atender aos quase que sem número de preceitos de justiça social elencados da Carta de 1988, depende da disponibilização de recursos públicos. A garantia do direito à moradia (a construção de casas populares), à educação (a disponibilização de toda a estrutura escolar necessária para o ensino gratuito), à saúde (criação e manutenção do Sistema Único de Saúde), enfim, todas as tarefas afetas à concretização dos direitos sociais prestacionais estão diretamente vinculadas ao dispêndio de valores por parte do destinatário da norma (no caso, o Estado, em todas as suas esferas).

Entretanto, ainda que a realização de políticas públicas e a alocação de recursos do orçamento a elas relativo sejam atribuições, primariamente, dos poderes executivo e legislativo, tem se verificado, diante da ineficiência da administração pública, ou mesmo da escassez de recursos,

que não permite a atenção a todos, o ajuizamento de ações individuais ou coletivas, a fim de que o Judiciário supra a omissão estatal, garantindo os direitos fundamentais (ALVES, 2013, p. 107).

Este ajuizamento de ações, inobstante objetivar a concretização do direito constitucional ao cidadão que demanda, pode ocasionar maiores distorções, na medida em que acaba por beneficiar aqueles que buscam o judiciário, em prejuízo daqueles que permanecem aguardando a implementação de uma política pública pelo poder executivo². Ou, ainda, em virtude da falta de conhecimento técnico dos operadores do direito, especialmente quanto ao orçamento público, pode gerar verdadeiro desperdício de recursos, comprometendo parcela do orçamento do ente federado, que teria outra destinação³.

Nesse sentido, diante da necessidade de buscar um método alternativo para a solução desses conflitos, com uma forma de processo que possa, justamente, analisar o problema em sua complexidade, sob o prisma de toda a coletividade atingida, com espaço para participação de diversos setores da sociedade e do governo, a fim de que se busque uma melhor solução, não somente a um ou outro indivíduo, mas que garanta a adequada estruturação do direito fundamental, permitindo o seu pleno exercício pela sociedade, o Brasil começa a estudar e aplicar o processo estrutural⁴.

2 Um exemplo desta distorção pode ser encontrado na obra de Edilson Vitorelli (2018, p. 8-9), na qual o autor relata situação envolvendo vagas em creches no estado de São Paulo, na qual a Defensoria Pública, em que pese legitimada para ajuizamento de ação coletiva, propôs aproximadamente 61 mil ações individuais por ano, de 2014 a maio de 2017, numa média de cerca de 20 mil ações ao ano. Ainda que a solução do caso individual possa trazer uma ilusão de solução do problema, na prática, as demandas têm prejudicado àquelas mães que aguardam a concretização da política pública, como, no exemplo dado pelo autor, da genitora que decidiu procurar a Defensoria Pública, após ver seu filho cair da quinta para a vigésima sétima posição na fila de espera por vaga em creche, em virtude dos deferimentos judiciais.

3 Essa situação foi verificada, por exemplo em Auditoria Operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União e submetida ao plenário em 2017 (Acórdão 1787/2017 – TCU – Plenário, Processo: 009.253/2015-7, Sessão: 16/8/2017), na qual foram verificadas diversas distorções com concessão judicial de medicamentos não constantes em lista ou não aprovados pela ANVISA, com comprometimento significativo e crescente do Orçamento Público, em benefício, muitas vezes, de poucas pessoas, nem sempre das camadas mais necessitadas da população.

4 Como exemplo de aplicação do processo estrutural no Brasil, pode-se citar a decisão proferida no Recurso Especial nº 1.733.412 – SP, que reformou decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, para determinar o retorno dos autos à origem

O processo estrutural tem sua origem ligada à Suprema Corte americana, especialmente ao período em que esteve sob a presidência do *Chief Justice* Earl Warren, no qual ficou conhecida como *Civil Rights Court*, por decidir, ao longo de cerca de duas décadas, diversas questões que caminham até hoje na história daquela sociedade. Entre esses julgamentos está o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, que é comumente apontado como origem das *structural reforms*, que hoje, no Brasil, são o cerne do debate e da pesquisa sobre processos estruturais (ARENHART, OSNA E JOBIM, 2021, p. 18).

No caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte americana, em uma primeira decisão, 347 US 483 (1954), declarou inconstitucionais as leis estaduais e locais que permitiam ou impunham a existência de escolas separadas para crianças negras e brancas (PUGA, 2021, p. 93). A decisão, assim, deu fim ao sistema *separate but equals*, que permitia a segregação entre negros e brancos (JOBIM; ROCHA, 2021, p. 862), e que vinha sendo reafirmada por aquele tribunal sucessivas vezes, sendo paradigmático o caso *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896), no qual havia sido reconhecido que a segregação racial (que no caso concreto envolvia a separação de negros e brancos em diferentes vagões de trem), por si só, não era discriminatória.

Entretanto, logicamente, não bastava apenas uma decisão da Suprema Corte para colocar fim ao sistema de segregação nas escolas públicas. Ao contrário, havia a necessidade de adoção de diversas medidas para tornar real o decidido pela corte, como a adoção de novos procedimentos para matrícula de alunos, novos critérios para construção, reforma de escolas e contratação de professores, revisão do sistema de transporte escolar, modificações curriculares, entre outras. É nesse sentido que a Suprema Corte foi chamada a se manifestar em mais uma oportunidade, na decisão que ficou conhecida como *Brown v. Board of Education of Topeka II*, 349 US 294 (1955), na qual delegou aos juízes federais a tarefa de reconstruir e intervir no sistema educacional, causando um rompimento com o tradicional sistema processual norte americano, para suprir as necessidades reais que se apresentavam (FISS, 1979, p. 02 e 03).

em demanda que buscava a realização de reforma e melhorias em hospital público, reconhecendo o feito como estrutural.

Desta forma, as decisões judiciais proferidas no caso referido, não apenas declararam a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas, mas passaram a avaliar e determinar meios de intervenção nas estruturas e burocracias públicas de forma a fazer cessar o referido sistema de segregação racial.

O processo estrutural, portanto, propõe um rompimento com a doutrina tradicional de processo civil, fundada nas partes (autor e réu) e em seus interesses colidentes (*lide*), para um processo com foco em alterar a realidade social para o presente, tanto quanto seja possível, e para o futuro, ainda que de forma gradual, a fim de fazer cessar violações sistemáticas a direitos fundamentais.

Nesse sentido, para compreender o processo estrutural, é necessário primeiro entender que se destina à solução de um litígio estrutural, ou seja, uma situação fática real e reiterada, que viola direitos fundamentais não apenas de uma pessoa, mas de uma coletividade, determinada ou não. Essa situação é permitida ou promovida por estruturas públicas ou privadas e, a não ser que ocorra uma alteração nessas estruturas, a violação aos direitos constitucionais prosseguirá, atingindo de modo cada vez mais determinante um número maior pessoas.

Nas palavras de Edilson Vitorelli (2018, p. 6):

Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro.

Desta forma, no processo estrutural, nem sempre será possível determinar todas as “vítimas” da inconstitucionalidade e, justamente por esse motivo, deve ser garantida ampla participação dentro do procedimento judicial. Ainda, as pessoas podem ser impactadas de diferentes formas pela estrutura que promove a situação inconstitucional, com maior ou menor intensidade, e, também por isso, discordar quanto às formas de solução da *lide*, que poderá, igualmente, atingir a diversas outras pessoas de diferentes formas.

Portanto, o problema estrutural é complexo, porquanto a busca de uma solução implica em uma intervenção que pode ter os mais diversos reflexos em diferentes setores da sociedade, e multipolar, pois inviável a simples divisão entre autor(es) e réu(s), já que, mesmo entre as vítimas, pode haver divergência quanto à solução mais adequada, existindo, ainda, a necessidade de considerar interesses de diversos outros grupos e pessoas, atingidas pelo problema estrutural ou pelas soluções propostas.

Assim, há necessidade de uma modificação de procedimentos e da visão do processo como um todo, o que envolve desde a representação processual das partes, possibilidade de intervenção de terceiros, realização de audiências públicas, métodos de coerção para cumprimento das medidas determinadas, realização de acordos e fiscalização de seu cumprimento⁵.

Entretanto, há a necessidade de um debate preliminar acerca da legitimidade e da limitação das decisões judiciais em processo estruturais, especialmente por não ser, ao menos em um primeiro momento, competência do Poder Judiciário a elaboração e promoção de políticas públicas, tampouco a criação de legislação. Igualmente, em se concluindo pela legitimidade desse agir judicial, deve ser debatida a forma de intervenção do julgador, a fim de que a transformação buscada possa, efetivamente, se concretizar no mundo real.

3 A LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO JUDICIAL EM PROCESSOS ESTRUTURAIIS

A fim de determinar se há ou não legitimidade na atuação judicial em processos estruturais, primeiramente, deve-se questionar acerca da exigibilidade dos direitos que a forma processual busca preservar.

Conforme mencionado previamente, o objeto do processo estrutural é um litígio (ou problema) estrutural complexo e multipolar, que atinge direitos fundamentais de grupo(s) de indivíduos ou de toda a coletividade. Nesse norte, importante salientar que os processos estruturais, ainda que possam ser utilizados para a concretização de direitos sociais,

5 Analisar pormenorizadamente cada uma dessas fases processuais nos Processos Estruturais não é o intuito deste estudo. Entretanto, a nova obra de ARENHART, OSNA E JOBIM (2021) traz diversos esclarecimentos importantes sobre cada um desses temas.

não se limitam a eles, podendo objetivar também a preservação de direitos fundamentais individuais⁶ e a proteção de bens públicos, como, por exemplo, do meio ambiente⁷.

Em que pese não se discuta a possibilidade de intervenção do judiciário para garantia dos direitos e liberdades individuais, bem como para a preservação de bens públicos, há debate quanto à sua legitimidade para efetivar a concretização de direitos sociais, bem como à forma de sua atuação, especialmente no tocante à possibilidade de determinar a implementação de políticas públicas, mesmo que para garantia dos primeiros.

Especificamente no que se refere aos direitos sociais, não é necessário ser um *expert* em economia para compreender que, atualmente, em países como o Brasil, sua realização plena a todos os cidadãos é inviável diante das gigantescas distorções existentes nas condições da população, da miserabilidade das camadas mais pobres e da necessidade de significativos investimentos estatais para a alteração desse triste quadro.

Ainda assim, não há como desconhecer, como já dito anteriormente, que a própria Constituição Federal estabelece, no §1º do artigo 5º, a aplicação imediata dos direitos fundamentais, sem excluir os direitos sociais, o que tem levado o poder judiciário, reiteradas vezes, a garanti-los por meio de demandas individuais.

É nesse sentido que Sérgio Cruz Arenhart (2021, p. 1047) reconhece a insuficiência das atuais formas de resolução de conflitos no processo civil, tanto para demandas individuais quanto para demandas coletivas, por não fornecerem um ferramental adequado à correta avaliação das políticas públicas, para, na sequência (ARENHART, 2021, p. 1054) ressaltar que o debate deve centrar-se não na possibilidade dessa intervenção, mas na forma como tais questões devem ser levadas e tratadas pelo judiciário.

6 Como exemplo, confira-se o artigo de Jordão Violin (2021, p. 637-686), que aborda a reforma do sistema prisional no Arkansas, especialmente para dar fim às condições de encarceramento, no sentido de garantir, entre outros direitos, a integridade física dos presos.

7 A título exemplificativo, vale conferir a célebre obra de Sérgio Cruz Arenhart (2021, p. 1047-1070), em que o autor relaciona os processos estruturais à Ação Civil Pública do Carvão, que buscava a impor às rés (mineradoras de carvão e União) a realização e a concretização de um projeto de recuperação ambiental da região degradada pelo exercício da atividade de mineração.

Objetivando, justamente, analisar as formas de garantia dos direitos sociais pelo judiciário, David Landau (2012, p. 189-247) desenvolveu um estudo de caso comparando as experiências no tratamento de tais direitos na Colômbia, em contraste, ainda, com outros países, tais como Brasil, Argentina e África do Sul, separando as decisões em quatro categorias: ações individuais, ordens negativas, aplicação de forma fraca e aplicação estrutural⁸.

Na primeira categoria, considerou, logicamente, aqueles casos em que o cidadão, de forma individualizada, busca a concretização de um direito social frente ao judiciário, salientando que as cortes parecem familiarizadas com esse tipo de tratamento, pois, por objetivar a garantia do direito ao autor, se assemelham mais com a atividade judicial do que administrativa ou política, o que gera pouca resistência ou questionamento quanto à legitimidade da decisão, bem como, individualmente consideradas, as medidas parecem não gerar grande impacto orçamentário, ainda que a realidade possa ser diversa, quando considerado o número elevado de tais decisões. Para o autor, esta forma de tratamento dos direitos sociais, em que pese objetive a garantia dos direitos às camadas mais necessitadas da população e tenha poucos custos para a corte, pois aparenta preservar a independência dos poderes, possui pouco resultado prático, no sentido de alterar a realidade. Ademais, além de não promover alteração social significativa, tais decisões acabam por beneficiar, justamente, as camadas intermediárias e altas da população, inclusive porque possuem maior consciência de seus direitos. (LANDAU, 2012, p. 199-201).

Como ordens negativas, o autor considerou as decisões dos tribunais que fulminavam legislações que objetivavam interferir em direitos sociais de forma indevida, salientando que sua utilização não provoca alteração social, mas, antes, objetiva justamente manter a realidade atual, destinando-se mais à preservação de direitos de primeira geração e à proteção de liberdade individuais. Salienta, nesse sentido, que essa forma de defesa não atinge as camadas mais baixas, que muitas vezes nada possuem para buscar garantir, mas geralmente se referem a benefícios já adquiridos pelas classes média e alta. Ainda, sinala que as cortes, em busca de apoio institucional, tendem a tomar decisões mais populistas,

8 Na língua original: *individualized enforcement, negative injunctions, weak-form enforcement e structural enforcement* (LANDAU, 2012, p. 201).

especialmente direcionadas à classe média, para manutenção de seu apoio (LANDAU, 2012, p. 199-201).

Ao definir a “aplicação de forma fraca” dos direitos sociais, o autor se utiliza do exemplo do caso *Grootboom*, na África do Sul, no qual a corte reconheceu que o governo havia violado a constituição, ao não desenvolver uma política pública para promover moradia às camadas mais pobres e necessitadas, mas determinou, apenas, que os poderes públicos deveriam desenvolver e promover um programa de moradias, destinando uma quantidade razoável do orçamento dos programas para as necessidades imediatas da população, sem garantir de forma imediata o direito ao demandante (LANDAU, 2012, p. 196-197). Para o autor, esta forma de tratamento dos direitos sociais, em que pese objetive a garantia dos direitos às camadas mais necessitadas da população e tenha poucos custos para a corte, pois aparenta preservar a independência dos poderes, possui pouco resultado prático, no sentido de alterar a realidade. (LANDAU, 2012, p. 201).

Por fim, considera “aplicação estrutural” as decisões que, reconhecendo a violação dos direitos sociais, emanam ordens amplas e específicas, objetivando uma verdadeira reforma institucional, por um longo período de tempo. Para o autor, decisões dessa modalidade possuem, como pontos positivos, a possibilidade de dirigirem-se às camadas mais necessitadas e de, efetivamente, promover uma alteração na realidade social. Entretanto, geram um elevado custo para os tribunais, especialmente pela ampla contestação quanto à sua legitimidade. (LANDAU, 2012, p. 201).

Desta forma, se os direitos sociais possuem aplicabilidade imediata, como reconhece a Constituição Federal, não há motivos para a sua defesa unicamente pela via individual, como costumeiramente tem sido realizada no Brasil, sob pena de, em nome de uma legitimidade ilusória, pois há determinação, ainda que casuística, de implementação de política pública, deixar desassistidos justamente os mais necessitados.

Como já destacado, que uma atividade judicial voltada à implementação de direitos fundamentais, especialmente quando há determinação de políticas públicas, é rechaçada por diversos operadores do Direito, que alegam, especialmente, a separação entre os poderes, defendendo que o Judiciário deveria se limitar a resolver a causa, sem exceder os seus limites.

Contra esse argumento, contudo, vale citar o seguinte trecho de Fiss (2021, p. 1005):

Decisões judiciais como essas são, às vezes, acusadas de serem antidemocráticas. Tal crítica se baseia numa visão muito míope de Democracia, reduzindo-a a uma forma de majoritarismo. A democracia, em minha opinião, não faz do sentimento popular o padrão para medir o funcionamento de cada instituição de governo. Em vez disso, a Democracia é um padrão aplicado para julgar o sistema de governo tomado como um todo. Diferentes instituições de governo têm funções diferentes, algumas com conexões mais atenuadas do que outras em relação ao sentimento popular. Espera-se que algumas instituições governamentais, como o governador ou a legislatura estadual, respondam às preferências ocorrentes de seus cidadãos; Outros, como o Judiciário, são encarregados da responsabilidade de interpretação da lei como ela é e da proteção da Constituição.

Naturalmente que não se defende uma atuação política do julgador. Ao decidir, o juiz deve sempre permanecer atrelado ao direito e aos argumentos legais e de princípio jurídico, focado especialmente nos valores constitucionais, de forma a evitar que sua postura ativa, objetivando dar fim à violação de direitos objeto da lide, para o presente e para o futuro, possa ser interpretada como ativismo judicial infundado, ou seja, baseado unicamente em suas preferências pessoais e em sua visão de mundo.

Nesse ponto, é importante tentar estabelecer até que ponto a atuação judicial nos processos estruturais seria, portanto, legítima e a partir de quando configuraria um ativismo judicial indevido⁹.

Para tanto, vale destacar trecho de Ronald Dworkin, que é contrário ao ativismo judicial, por entendê-lo como utilização de convicções pessoais pelo julgador em detrimento do texto constitucional e legal (DWORKIN, 1999, p. 451-452), no qual, utilizando-se de sua analogia do juiz Hércules, que seria capaz de encontrar a resposta correta em todos os casos, reconhece que, caso posto sob sua análise o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, Hércules não apenas decidiria pelo fim da segregação racial nas escolas, mas, igualmente, imporia a realização de medidas que buscassem fazer cessar a violação constitucional:

9 Sobre as origens do termo “ativismo judicial”, sua conotação atual e a judicialização da política no Brasil confira-se o artigo de Francisco José Borges da Motta e Clarissa Tassinari (2018, p. 481-499).

[...] Qualquer interpretação plausível dos direitos das pessoas segundo a Constituição deve ser complexa o suficiente para tratar tanto do remédio quanto da substância. Assim, a decisão de Hércules sobre o remédio é também uma decisão de direito, uma decisão sobre os direitos secundários que as pessoas têm quanto ao método e à maneira de fazer valer seus direitos substantivos primários. Hércules deve decidir, como uma questão liminar geral, se a melhor interpretação das práticas remediadoras dos tribunais em geral e da Suprema Corte em particular exige que os direitos das pessoas ao remédio sejam sensíveis às conseqüências. Ele decidirá que sim: o objetivo da decisão judicial constitucional não é meramente nomear os direitos, mas assegurá-los, e fazer isso no interesse daqueles que têm tais direitos.

[...]

Assim, ele deve perguntar-se qual procedimento acarretará a melhor proteção para as crianças negras que buscam uma educação integrada, e pode bem descobrir que a exigência de que a integração seja efetuada da noite para o dia não resultará em proteção alguma. Contudo, embora sua decisão deva ser sensível às conseqüências, deve também discriminar entre as conseqüências, e ele então tratará os problemas técnicos da integração de modo diferente do problema da ameaça de uma reação adversa, pois a deferência para com esta última recompensaria atos e atitudes que a Constituição proscreve e deplora. A decisão de Hércules, então, mesmo sobre o remédio, não é de caráter simplesmente ou diretamente voltado para os resultados, como o seria uma decisão política banal. Ele pretende desenvolver uma teoria geral do cumprimento da lei que se ajuste ao poder que a Constituição lhe atribui e o justifique, e isso significa uma teoria que não contradiz, por meio do procedimento processual, aquilo que o documento exige em substância. Poderia chegar à seguinte teoria, ou a algo muito parecido: as estratégias de decreto da Corte devem visar ao cumprimento mais imediato e eficaz dos direitos constitucionais substantivos coerente com os interesses daqueles que os reivindicam, mas não deve, por outro lado, acatar ou tentar acomodar os interesses das pessoas que tencionam subverter tais direitos. (DWORKIN, 1999, p. 465-466).

Portanto, o juiz deve deixar claro que a solução não parte de suas convicções políticas, mas que decorrem da orientação do Direito e da Constituição acerca dos temas judicializados, legitimando a sua interven-

ção no grau e na qualidade da justificação de sua decisão (ARENHART, OSNA E JOBIM, 2021, p. 211).

Nesse ponto, talvez não seja fora de propósito trazer a diferenciação de Dworkin acerca de argumentos de política e de argumentos de princípio:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. [...] Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. (DWORKIN, 2002, p. 129).

Assim, o juiz, que não é imune a erros, ao contrário do juiz Hércules de Dworkin, para decidir, deverá ouvir todas as partes e interessados, *experts* no tema, analisar o contexto social e econômico do país, a fim de emitir ordens que permitam a concretização do direito buscado, ou a cessação de sua violação, ao mesmo tempo evitando a determinação de política impraticável ou que venha a prejudicar a terceiros. O juiz deverá considerar o problema objeto da ação e os reflexos de sua decisão, para o caso e para as demais pessoas atingidas, sendo necessária a devida motivação de sua decisão, mediante fundamentação transparente, fundada em leis, princípios jurídicos e, especialmente, na Constituição Federal.

4 AS DECISÕES ESTRUTURAIS E SUA EFETIVIDADE

Um dos problemas a ser estudado em processos estruturais é, sem dúvida, como dar efetividade às decisões judiciais, especialmente porque, como já mencionado, quanto maior o grau de intervenção, maior tende a ser a resistência à sua implementação e a argumentação no sentido de que o Poder Judiciário estaria usurpando a competência do Executivo e do Legislativo.

Nesse sentido, como visto anteriormente, Landau (2012, p. 201) relacionou algumas formas de judicialização dos conflitos sociais com as consequências obtidas na prática e a população por elas beneficiada, defendendo a ideia de que decisões estruturais, mais específicas, tendem a ter melhores resultados práticos, no tocante à alteração das estruturas sociais, especialmente quando comparadas às decisões de “aplicação de

forma fraca”, doravante tratadas como “decisões fracas”, que, segundo o autor, embora possam mirar as populações mais pobres, não causam qualquer mudança.

O texto de Landau, contudo, não ficou sem resposta. Mark Tushnet (2021, p. 57-66), em artigo destinado especificamente a responder ao primeiro, afirma que as diferenças entre as consequências reais das “decisões fracas” e das decisões estruturais podem não ser tão diferentes.

Primeiramente, Tushnet (2021, p. 60-61) ressalta que, diferentemente das ações individuais, aonde um cidadão postula a concessão de um medicamento, por exemplo, os benefícios aos direitos sociais e econômicos tendem a levar tempo para ser implementados. Após, afirma a necessidade de critérios para avaliação dos reflexos das decisões, salientando que, no caso *Grootboom*, em que pese a autora não tenha obtido o direito à moradia, a decisão produziu uma aceleração na política de atenção às pessoas sem teto, perguntando-se porquê tal aceleração não seria “suficiente”.

Após, o autor ainda destaca que, na sua opinião, a experiência americana indica que as decisões estruturais mais fortes e específicas são precedidas por “decisões fracas”, elencando algumas razões para tanto:

The specificity that transforms weak-form remedies into structural injunctions occurs for two reasons. Political resistance leads to judicial frustration as the courts observe what they regard as foot-dragging. Judicial frustration leads to increasing specificity, again to make monitoring compliance easier. In addition, courts observe how their decrees are being implemented and learn about particular strategies that work as well as those that work less well. As experience accumulates, more detailed decrees become possible.¹⁰ (TUSHNET, 2021, p. 63).

Uma terceira abordagem, trazida por César Rodríguez Garavito (2017, p. 124-129), inclusive analisando alguns dos mesmos casos trazidos

10 As especificidades que transformam as “decisões fracas” em “decisões estruturais” ocorrem por dois motivos. A resistência política leva à frustração judicial da medida o que os tribunais observam e consideram uma forma de retardamento. A frustração judicial leva ao aumento da especificidade, novamente para facilitar o monitoramento do cumprimento. Além disso, os tribunais observam como seus decretos estão sendo implementados e aprendem sobre estratégias específicas, tanto daquelas que funcionam bem quanto daquelas que não funcionam tão bem. Conforme a experiência se acumula, decretos mais detalhados se tornam possíveis. (Tradução livre).

pelos autores mencionados anteriormente, aponta para a necessidade de soluções dialógicas, inclusive com participação de organismos não governamentais e de diversos representantes da sociedade, além de um acompanhamento forte da corte após a decisão, para a sua efetiva implementação.

Garavito (2017, p. 124-129) analisa três decisões da Corte Constitucional Colombiana para desenvolver suas conclusões, são elas as sentenças: T-025/2004, que trata da situação de parcela da população colombiana obrigada à deixar os locais aonde vivem em virtude da violência, T-760/2008, que versa sobre o sistema de saúde colombiano, e T-153/1998, que trata sobre o problema da superpopulação carcerária naquele país.

Nos três casos, o autor reconhece a existência de direitos fortes a serem defendidos, salientando que, no primeiro, a Corte Constitucional proferiu ordens moderadas (aqui em discordância, ao menos aparente, do posicionamento de Landau), a que se seguiu um cumprimento forte, com participação de organismos políticos, governamentais ou não, inclusive internacionais, fixação de indexadores e, quando necessárias, ordens mais específicas da corte, o que tem gerado um impacto forte na realidade daquele país. (GARAVITO, p. 2017, p. 124-129).

Já no caso do sistema de saúde, em que pese ressaltando uma mudança recente na visão da corte, o autor afirma que as ordens foram moderadas, seguidas por um cumprimento débil, mas que, mesmo assim, por haver espaço à busca por soluções dialógicas, obteve impacto moderado na realidade. (GARAVITO, p. 2017, p. 124-129).

Por fim, no caso da superpopulação carcerária, descreve que a combinação de ordens fortes, sem espaço para diálogo com as instituições políticas, somadas à controvérsia do tema e a um acompanhamento débil por conta da corte culminou com um impacto fraco na realidade carcerária do país. (GARAVITO, p. 2017, p. 124-129).

Desta forma, no tocante à solução de litígios estruturais, parece evidente que o juiz deve privilegiar as soluções dialógicas, obtidas mediante acordos e, especialmente, consensuais entre as partes integrantes da lide e os *experts* nos temas submetidos a julgamento.

Porém, em caso de persistência dos impasses, não pode o julgador se omitir de proferir decisão. Nestas situações deverá estar consciente de suas próprias limitações, completamente inteirado do tema e das soluções possíveis de implantação, sob pena de se tornar apenas uma voz

bem intencionada, proferindo decisão sem qualquer eficácia concreta. (ARENHART, OSNA E JOBIM, 2021, p. 201-202).

Ainda, não basta proferir determinada decisão e aguardar que se torne realidade, há a necessidade de acompanhamento próximo das medidas determinadas ou acordadas, com a possibilidade de novas audiências, inclusive públicas, decisões e acordos, modificando os parâmetros ou prazos anteriores, a fim de acompanhar a realidade e efetivar a implementação das mudanças sociais buscadas.

Nesse sentido, parece ser a conclusão de Garavito (2017, p. 124):

En resumen, al combinar los derechos, las medidas judiciales y los mecanismos de seguimiento del activismo dialógico, los jueces pueden compensar algunos de los defectos institucionales y políticos que hacen ineficaces las intervenciones de los tribunales en problemas complejos de distribución de recursos, y aumentar el impacto de sus fallos.¹¹

Como salienta Vitorelli (2021, p. 379), não há como garantir a eficácia da transformação social por meio da via processual, especialmente quando ausente apoio de autoridades políticas e da população. Por outro lado, com o auxílio de atores externos, como organismos internacionais e associações, bem como com participação popular e boa vontade das autoridades, há a possibilidade de alteração da realidade pela via processual.

Desta forma, a adequada compreensão e utilização do processo estrutural pode contribuir para a busca de uma solução dos problemas causados pelo tratamento individual hoje dado pelo judiciário pátrio aos direitos fundamentais sociais, contribuindo para uma cultura que incentive o diálogo e o tratamento coletivo dos litígios, com uma maior racionalização na busca de uma solução desses conflitos (SARLET, 2021, p. 635).

O juiz de direito não é como Hércules, para utilizar a analogia de Dworkin, e está sujeito a erros de avaliação e a não ver implementadas as suas decisões, ao menos da forma como esperava. No entanto, isso não quer dizer que deva se omitir quando verificada reiterada vio-

11 Em resumo, ao combinar direitos, medidas judiciais e mecanismos de monitoramento do ativismo dialógico, os juízes podem compensar algumas das falhas institucionais e políticas que tornam as intervenções judiciais ineficazes em problemas complexos de distribuição de recursos, e aumentar o impacto de suas decisões. (Tradução livre)

lação a direito fundamental. Ao contrário, deverá utilizar ferramenta adequado, objetivar suas ações, ouvir o máximo de interessados possível, escutar técnicos, apurar a efetividade das medidas e privilegiar os acordos e as soluções dialógicas, acompanhando a implementação do decidido na prática, sem medo de revisar seus posicionamentos, inclusive buscando auxílio em agentes externos, sempre que a realidade demonstrar a necessidade de alteração de meios, metas ou prazos, para a concretização da mudança almejada.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo buscou verificar se os processos estruturais, como uma forma alternativa para o tratamento judicial dos conflitos envolvendo direitos fundamentais, constituem uma forma viável para a concretização de tais direitos ou se as decisões judiciais nesses processos carecem de legitimidade. Ainda, objetivou, com base em exemplos de aplicação prática trazidos pela doutrina, definir a melhor forma de decisão nos autos desses processos.

A Constituição Federal de 1988, ao mesmo em que define os direitos fundamentais, garante a eles efetividade imediata. Porém, a promoção de tais direitos a todos os cidadãos ao mesmo tempo é inviável, especialmente em países como o Brasil.

O tratamento individualizado dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, pouco contribui para uma mudança social efetiva, podendo, ainda, agravar as distorções que busca corrigir. Mediante a ilusão de estar fazendo justiça no caso concreto, as decisões em demandas individuais acabam privilegiando aqueles que buscam o Judiciário e causando impactos severos no orçamento público, desconsiderados quando da decisão.

Desta forma, os processos estruturais constituem uma alternativa viável para análise mais ampla dos conflitos sociais, especialmente mediante participação de múltiplas partes afetadas e da garantia de um procedimento que objetive ouvir, também, atores externos.

As decisões judiciais em processo estruturais, mesmo quando determinam a implementação de políticas públicas, definindo-as, não carecem de legitimidade, porquanto derivam do dever de garantia dos

direitos constitucionais, que também incumbe ao judiciário, assim como aos demais poderes da federação. No entanto, ao decidir, o juiz deve ficar atrelado ao Direito, deixando de lado suas convicções pessoais, sob pena de caracterizar ativismo indevido.

Porém, a decisão judicial, mais forte e específica ou mais fraca e geral, não é garantia de implementação dos direitos fundamentais. O julgador, ao deparar-se com um caso estrutural, deve privilegiar as soluções dialógicas, permitindo e incentivando a realização de acordos e o consenso. Ainda, deve acompanhar de forma bem próxima o cumprimento do decidido, sem receio de readequar as soluções anteriores, mediante novos acordos ou decisões, inclusive determinando medidas diversas das primeiras, mais ou menos firmes, a fim de garantir que o direito constitucional seja alcançado aos mais necessitados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Lucélia de Sena. A judicialização do direito fundamental à saúde e a necessidade da adoção de critérios preestabelecidos. **Juris Plenum: Doutrina, Jurisprudência, Legislação**, Caxias do Sul, v.9, n.52, p. 105-116, jul. 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Os processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo e JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.733.412 – SP**. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de São Paulo. Relator: Ministro OG Fernandes. Julgado em 17 set. 2019. DJe 20 set. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1787/2017 – Plenário**, Processo: 009.253/2015-7, Sessão: 16 ago. 2017. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em 05 jul. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição social”). **Revista do Tribunal Regional Federal**: Quarta Região, Porto Alegre, v.19, n.67, p. 17-38, jan. 2008.

CARPENEDO, Cláudia Elisandra de Freitas. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: a aplicação da proporcionalidade como critério objetivo para a sua concretização. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. Porto Alegre, v.31, n.65, p. 59-86, jan./jun. 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FISS, Owen. Foreword: The Forms Of Justice. **Harvard Law Review**. v. 93, nov. 1979. Base de dados Hein Online.

FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021.

GARAVITO, César Rodriguez. Mas allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales. *In*: LANGFORD, Malcolm et al. (Org.). **La lucha por los derechos sociales**. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento. Bogotá: Dejusticia, 2017. p. 98-135.

JOBIM, Marco Félix e ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: Origem em Brown v. Board of Education. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. **Harvard International Law Journal**. vol. 53, n. 1, 2012. Base de dados Hein Online.

MOTTA, Francisco José Borges; TASSINARI, Clarissa. Ativismo Judicial e Decisões por Princípio: uma proposta de fixação dos limites da atuação do Poder Judiciário. **Revista de Processo**. v. 283, p. 481-499, set. 2018

PIOVESAN, Flávia Cristina. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 4, p. 111-128, 2006.

PUGA, Mariela. La Litis Estructural en el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial – Notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021.

TUSHNET, Mark. A Response to David Landau. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021.

VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional do Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021.

VITORELLI, Edilson. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos conceituais. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. São Paulo, v. 7, p. 147 – 177, jan./jun. 2018. Base de dados RT online.

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2021.

SISTEMA DE PRECEDENTES E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

THOMÁS HENRIQUE WELTER LEDESMA¹

1 INTRODUÇÃO

A garantia fundamental do acesso à justiça, expressamente prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, visa a permitir que todas as pessoas se socorram do Poder Judiciário para tutelarem seus direitos. Devido ao seu “status” de direito fundamental, somado a outros mandamentos constitucionais interpretativos que ordenam que seja dada a máxima amplitude possível às garantias fundamentais, houve, a partir da edição da Carta Magna de 1988, uma “abertura de portas” do Poder Judiciário.

Visando a corrigir o amplo acesso ao Poder Judiciário, muito em razão da garantia fundamental do acesso à justiça, o legislador passou a elencar instrumentos materiais e processuais para efetivá-lo, também sob outros enfoques, como o da celeridade processual, adotando, por exemplo, o sistema de precedentes.

Conforme será exposto, o sistema de precedentes auxilia em uma maior efetivação da garantia fundamental do acesso à justiça; porém, pretende-se verificar se é possível que esse mecanismo processual seja adotado em maior escala pela Fazenda Pública, que é figura entre as maiores litigantes do país.

1 Doutorando em Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela FMP. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Processo e Constituição, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias. E-mail: thomasledesma@gmail.com.

O método adotado é o hipotético-dedutivo, sendo a pesquisa dividida em três partes: inicialmente expõe as fases evolutivas do acesso à justiça, passando, num segundo momento, analisa como o sistema de precedentes atua de forma a auxiliar na busca da maior amplitude do direito fundamental. Na terceira parte, verifica-se a possível utilização do sistema de precedentes pela Fazenda Pública, e suas consequências para o Acesso à Justiça.

2 AS ONDAS DO ACESSO À JUSTIÇA E INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO

A possibilidade de busca no Brasil, por qualquer cidadão, de uma tutela jurisdicional é garantida pelos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça, elencados pelo legislador constituinte como garantias fundamentais, nos termos do art. 5º da Constituição Federal.

A intenção do legislador era permitir um amplo acesso ao Poder Judiciário, pelos jurisdicionados, como instrumento de emancipação e combate às desigualdades sociais, primando pela maior eficácia do princípio do acesso à justiça, considerando que, justamente em razão de sua natureza jurídica (principiológica), poderá, dentro das possibilidades fácticas e jurídicas, ser satisfeito em grau variado (ALEXY, 2017, p. 90).

A partir da busca de uma maior amplitude da garantia fundamental do acesso à justiça, houve uma abertura de portas, pelo Poder Judiciário, a partir de alguns mecanismos de extrema importância para democracias contemporâneas e efetivação de demais direitos fundamentais, tais como: gratuidade da justiça (Lei nº 1.060/50 e art. 98 do Código de Processo Civil); implementação de Defensorias Públicas nos âmbitos estadual e federal, em todo território nacional; e criação do microssistema dos juizados especiais, por exemplo.

O protagonismo do Poder Judiciário na solução dos conflitos públicos e privados acarretou efeito reverso: diante de tantas possibilidades existentes para provocação da tutela jurisdicional, verificou-se uma enorme busca pela população, causando um “abarroamento” das instâncias judiciais.

O direito fundamental do acesso à justiça não se resume à ideia simplista de garantir ao cidadão a provocação do judiciário para solução de

sua demanda, mas também que esta ocorra de forma célere e eficaz. Ademais, a decisão deverá ser justa, pois existem casos em que o cidadão não tem condições econômicas de acessar o Judiciário, podendo, por vezes, deixar de receber uma decisão justa (THAMAY, 2020, p. 40). Com o aumento do número de processos em trâmite no poder judiciário, iniciou-se a chamada crise de efetividade do processo. Para Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera “[...], o aumento exponencial de demandas está atrelado à crescente constitucionalização de direitos fundamentais e à respectiva percepção da sociedade de que, atualmente, podem ser reclamados [...]” (2017. p. 6).

Visando à maior efetivação do acesso à justiça, o legislador passou a implementar no ordenamento jurídico pátrio novos mecanismos processuais e, também, outros instrumentos de solução de controvérsias, a fim de estimular métodos alternativos. Tais práticas estão parcialmente em harmonia com as chamadas “três ondas do acesso à justiça”²: assistência judiciária, que facilita e possibilita que o hipossuficiente econômico tenha acesso à justiça; tutela de interesses difusos (THAMAY, 2020, p. 41); e adoção de técnicas, procedimentos judiciais relacionados aos custos e tempo de duração do processo (adoção de propostas alternativas à solução de conflitos).

Na primeira onda (ou ponto sensível) do acesso à justiça, caberia ao Estado vedar privações aos jurisdicionados. Portanto, qualquer óbice econômico ou cultural deveria ser superado, visando a garantir a efetivação do direito fundamental em tela. No Brasil, conforme já citado, tem-se como exemplo da primeira onda, a edição da Lei de Assistência Judiciária aos Necessitados (Lei nº 1.060/1950); a instituição das Defensorias Públicas; e, também, a gratuidade da Justiça prevista no art. 98 no CPC/15.

Quanto à segunda onda, relacionada à tutela de interesses e direitos coletivos *latu senso*, foram editadas, por exemplo, a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/194), a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), sendo essas duas últimas

2 Diego Esteves e Franklin Roger defendem a existência de mais duas ondas renovatórias do acesso à justiça, além daquelas já expostas. Para os autores, a quarta onda estaria relacionada à dimensão política do direito, devendo o acesso ser garantido também aos advogados das partes, pois são eles quem, de fato, efetivam o referido princípio. Sobre a quinta onda renovatória, refere-se à internacionalização da proteção dos direitos humanos. ESTEVES, SILVA. 2017. p. 20-40).

consideradas o “núcleo duro” do microsistema processual coletivo³ (NEVES, 2016, p. 43), que é composto por um conjunto esparso de leis que, em comum, tutelam direitos transindividuais.

O processo coletivo auxilia na efetivação do direito fundamental do acesso à justiça, pois pode “[...] garantir a importância política de determinadas causas, relacionadas, dentre outras, com direitos civis, minorias e meio ambiente [...]” (MENDES, 2014, p. 37), bem como poderá dar representação adequada àqueles hipossuficientes, a partir do rol de legitimados no microsistema processual coletivo e, também, diminuir, de forma considerável, o número de ações ajuizadas.

A terceira onda refere-se à adoção de procedimentos judiciais relacionados à duração e efetividade da prestação jurisdicional, bem como pela adoção de técnicas e métodos alternativos de solução de conflitos. Para este item, pode-se citar a possibilidade de edição de súmulas vinculantes, pelo Supremo Tribunal Federal e também a edição do Código de Processo Civil de 2015, que rompeu com o modelo individualista que norteava o Código de Processo Civil de 1973, implementando o sistema de precedentes judiciais, extensão da autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais e, também, estabelecendo aos operadores do direito que estimulem métodos alternativos de solução de conflitos, conforme pode ser verificado em seu art. 4º: “[...] 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 [...]” (BRASIL, 2015). Pode ainda ser citado o art. 5º do mesmo diploma legal, que garante às partes “[...] o direito de obter, em prazo razoável, a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa [...]” (BRASIL, 2015).

Conforme exposto no parágrafo anterior, para efetivação do acesso à justiça, o legislador busca, naquilo que se denomina “terceira onda do acesso à justiça”, implementar mecanismos e técnicas processuais e extraprocessuais visando a dar celeridade às decisões judiciais, seja pela adoção de mecanismos intraprocessuais, seja pela implementação de mecanismos alternativos de solução de conflitos. É possível afirmar que um

3 Sobre microsistema processual coletivo, esclarece Ricardo de Barros Leonel que “[...] a totalidade destas normas acaba realmente formando um conjunto normativo que interage e se complementa, fornecendo a mais completa regulamentação para o trato jurisdicional das questões de índole coletiva [...]” (LEONEL, 2017, p. 124).

instrumento de relevante importância para a pacificação jurisprudencial, e, conseqüentemente, a estabilidade, celeridade, evitando contradições entre as decisões e visando a garantir a segurança jurídica (SARTI, 2019, p. 21), foi a previsão da edição de Súmulas Vinculantes, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), introduzidas no ordenamento jurídico pela edição da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Por ser de observância obrigatória, a súmula vinculante possui a mesma natureza jurídica da norma legal, ficando a ela equiparada (TAVARES, 2007, p. 263). Para Lia Sarti (2019, p. 22), “[...] o enunciado contido na súmula vinculante deve ser obrigatoriamente seguida em todo o País, bem como pela Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas, municipal, estadual e federal [...]”.

Além da Súmula Vinculante, da leitura do art. 4º do Código de Processo Civil, observa-se que a adoção daquilo que a doutrina denomina “justiça multiportas”, deixando o método judicial de ser o principal ator na solução das controvérsias e, elencando também como possíveis instrumentos a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem. O método adequado para solução do conflito será aquele que melhor se adequa à natureza do problema, não havendo mais indução ou protagonismo legislativo por um outro. Todos se encontram em um mesmo patamar.

Tal medida é de extrema importância, pois visa a desestimular o costume da judicialização. No Brasil, há uma forte tendência de estimular o conflito, havendo também uma “cultura da sentença”, já que, mesmo a conciliação sendo estimulada pelos operadores do direito (juízes, advogados, defensores públicos e promotores), as partes resistem, por vezes até de forma injustificada (ONODERA, 2017. p. 11). O Código de Processo Civil de 1973 não possuía nenhuma previsão nesse sentido, adotando como modelo principal – para solução do conflito – a tutela judicial. Em razão de o dispositivo ser recente (foi editado em 2015), há necessidade de tempo para que seja afastado o costume da judicialização e para que as partes passem a adotar outros métodos. Importante destacar apenas que, mesmo antes da edição do Código de Processo Civil de 2015, a Lei 9.099/95 e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) já enfatizavam a adoção de técnicas conciliatórias, com grande estímulo por parte do juiz nesta última.

É possível ainda citar como medida que visa a dar efetividade ao processo “[...] a possibilidade da extensão da coisa julgada às questões pre-

judiciais. Assim, uma parcela mais abrangente da decisão fica acobertada pela autoridade da coisa julgada, de modo a gerar sua posterior indiscutibilidade [...]” (WAMBIER, 2016, p. 45). De forma distinta, o Código de Processo Civil de 1973 estabelecia que as questões prejudiciais não faziam coisa julgada, exceto se as partes manejassem ação declaratória incidental (THAMAY, 2020, p. 398), enquanto no “novo” código, caso preenchidos os requisitos do §1º do art. 503, “[...] a decisão que julgar totalmente ou parcialmente o mérito tem força de lei para as questões prejudiciais, decididas expressamente e incidentalmente no processo [...]” (BRASIL, 2015).

Uma quarta técnica adotada, visando a atender a terceira onda de acesso à justiça, foi a adoção do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, aproximando o modelo da *civil law*, tradicionalmente adotado no Brasil, ao da *common law*⁴. O tema, por ser objeto principal do presente trabalho, será abordado a seguir.

2.1 O sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015

Conforme já exposto, com a edição do Código de Processo Civil, em 2015, rompeu-se com o modelo individualista de processo, buscando o legislador uma maior segurança jurídica, celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro ser adepto do modelo da *common law*, percebeu-se que a lei não se apresentava mais como instrumento apto para solucionar certos casos, portanto passou-se a dar mais atenção aos pronunciamentos judiciais, atribuindo-lhes força vinculante (SARTI, 2019, p. 26).

Sobre os precedentes, Hans Kelsen esclarece que “[...] a decisão judicial também pode criar uma norma geral. A decisão pode ter força de obrigatoriedade não apenas para o caso concreto, mas também para outros casos similares que os tribunais tenham eventualmente de decidir [...]” (2005, p. 216). A partir da leitura do art. 926 do Código de Processo Civil, é possível observar e afirmar a adoção do sistema de precedentes: “[...]os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra

4 Para Aurélio Viana e Dierle Nunes as tentativas de rigorosa diferenciação entre esses sistemas parecem mais plausíveis pelo seu mote histórico, mas não mais se justificam, inclusive em razão de ambos os modelos conferirem à atividade jurisdicional a missão de dizer o direito (2018, p. 149-157).

e coerente [...]” (BRASIL, 2015). Para Teresa Arruda Alvim Wambier, tal modelo “[...] tende a diminuir a carga de recursos que seriam destinados a este tribunal, que passa a ser mais respeitado e a cumprir adequadamente com o dever de gerar segurança jurídica [...]”. (In: WAMBIER; WAMBIER, 2016, p. 484). Adotado, o precedente passa a ser considerado “[...] parâmetro necessário para aferição da igualdade de todos perante a ordem jurídica, para conformação do espaço de liberdade de cada um e para densificação da segurança jurídica [...]” (MITIDIERO, 2018. p. 94)

Portanto, editado um precedente por determinado Tribunal, todos os juízes a ele vinculados deverão, obrigatoriamente, observá-lo, sob pena de ter sua decisão cassada, a partir do ajuizamento da reclamação. Logo, pode ser considerado um instrumento de extrema importância para auxiliar na diminuição dos processos em trâmite nos órgãos judiciais brasileiros e, automaticamente, dar maior eficácia à garantia fundamental do acesso à justiça. Inclusive, há que se mencionar que um dos efeitos dos precedentes é a possibilidade de os magistrados, independentemente da citação do réu, julgarem liminarmente o pedido que contrariar precedentes, nos termos dos incisos II e III do art. 332 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Os efeitos da teoria dos precedentes, notadamente no que se refere à efetivação da garantia fundamental do acesso à justiça, serão observados pelos atores judiciais (juízes, advogados, integrantes do Ministério Público e da Defensoria Pública, partes, entre outros) de maneira gradativa, pois, na medida em que os tribunais forem estabilizando suas decisões, a partir da fixação de precedentes, haverá maior celeridade na resolução dos litígios. Ter-se-á um “efeito dominó”, pois, quanto maior o número de decisões classificadas como vinculantes, todas as questões a elas relacionadas, em tese, serão dotadas de maior eficácia e velocidade.

A teoria dos precedentes, porém, pode ser utilizada de forma mais ampla e, caso tal fato ocorra, conseqüentemente haverá maior incidência do direito fundamental do acesso à justiça. Um exemplo que está correlacionado a esta afirmação se refere à utilização de tal teoria pela Fazenda Pública.

Sobre a atuação da Fazenda Pública na esfera judicial, importante mencionar o que bem observa Marcelo Veiga Franco (2016, p. 407):

É alarmante constatar que a Fazenda Pública pratica uma atuação processual exageradamente litigiosa, sendo uma das principais responsáveis pela judicialização desnecessária de conflitos de interesses, o que contribui significativamente para o agravamento da crise da Justiça mediante o aumento do número de processos judiciais levados aos órgãos judiciários. Em outras palavras, o próprio Estado (Fazenda Pública), como o maior *repeat player* do sistema judiciário brasileiro, é um dos principais dificultadores para a concretização de um alto nível de qualidade na prestação jurisdicional e também estatal (Estado-juiz).

A Fazenda Pública (em sentido amplo), em número de processos, pode ser considerada a maior litigante do país. Por exemplo: a partir de estudos realizados pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), constatou-se que, em 2009, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 60% das demandas tiveram entidades públicas como parte; no mesmo ano, no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 45% das demandas envolviam entes públicos. Em 2010, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 48% das demandas envolviam o governo estadual, enquanto 19% tinham como parte as prefeituras paulistas, totalizando 67% dos autos que possuíam como autor ou réu tais entes políticos. Conforme levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a partir da realização do projeto “Justiça em números”, constatou-se que, apenas na Justiça Estadual de 1ª e 2ª instância, tramitam pelo menos 13 (treze) milhões de processos que envolvem a Fazenda Pública. (FRANCO, 2016, p. 408-409).

A grande presença da Fazenda Pública em um dos polos da relação processual não se dá apenas em razão das matérias que lhe são afetas, tais como cobrança de impostos e taxas, responsabilidade civil do Estado, litígios envolvendo verbas dos servidores públicos, prestação de serviço público, entre outras. Em que pese tais assuntos serem de extrema relevância para a sociedade, ocorre que diversos outros fatores contribuem para que a Fazenda Pública seja o maior litigante do país.

Inicialmente, podem ser citados como fatores que influenciam no aumento da litigância: imenso número de execuções fiscais ajuizadas, muitas destas, de baixo valor ou até mesmo prescritas, hipótese em que o ajuizamento acaba se tornando mais oneroso para a Fazenda Pública e sobrecarregando o Poder Judiciário (ONODERA, 2017, p. 9); ausência da concessão de direitos de servidores públicos no âmbito administrativo, o

que poderia evitar ajuizamento desnecessário de demandas; má gestão pública, que, por vezes, acarreta em uma ineficaz prestação do serviço público, exigindo que os jurisdicionados provoquem o Poder Judiciário para terem suas demandas atendidas (ex: fornecimento de remédios, vagas em escolas públicas ou creches, vagas em hospitais).

É sabido que o art. 37 da Constituição Federal elenca os princípios que nortearão a atuação administrativa, e entre eles tem-se o da legalidade, que, de forma aparente, possui uma carga axiológica maior do que os demais, mesmo não havendo hierarquia entre normas constitucionais. Por outras palavras: o administrador público e os servidores, por vezes (e até mesmo por questão de segurança, visando a evitar eventual responsabilização), dão maior ênfase ao princípio da legalidade em detrimento dos demais (impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência)⁵.

Conforme já mencionado, o princípio da legalidade administrativa tem como fundamento o art. 37, caput, da Constituição Federal. Entretanto, de acordo com Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, “[...] foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, porém, como princípio normativo da Administração Pública, em data anterior, ou seja, com a Lei 4.717/1965 – Lei de Ação Popular – [...]” (2002, p. 88). Segundo o autor, o referido mandamento de otimização decorre diretamente do Estado de Direito, sendo fundamental para a formação do regime jurídico-administrativo, impondo aos administradores que atuem em conformidade com o ordenamento jurídico, dentro das possibilidades permitidas pela lei, evitando, assim, perseguições, desmandos e favoritismos (BERTONCINI, 2002, p. 90).

O princípio da legalidade estabelece limites à atuação da administração pública e dos agentes públicos, permitindo que apenas atuem nas hipóteses em que houver lei que permita o exercício ou prática daquela conduta ou ato. Ausente a previsão legal, não pode o agente público praticar o ato, sob pena de ferir o princípio da legalidade. Sob esse

5 Além dos princípios contidos no art. 37 da Constituição Federal, existem diversos outros princípios que norteiam a atuação da Administração Pública, com previsão nas Constituições Estaduais, normas infraconstitucionais e até mesmo princípios implícitos. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini cita alguns exemplos de princípios previstos nos textos constitucionais estaduais, que visam a tutelar a atuação da Administração Pública: prevalência do interesse público, economicidade, planejamento, razoabilidade, segurança, participação popular, transparência, tarifa justa, entre outros. (BERTONCINI, 2002, p. 132).

enfoque, o referido princípio – ainda que extremamente benéfico para a Administração Pública, considerando que é uma salvaguarda aos demais princípios, pois evita desmandos, perseguições, violações à impessoalidade, à moralidade e até mesmo a eficiência –, quando observado sob o enfoque processual, acaba por “engessar” a atuação de seus procuradores, assessores jurídicos e advogados, considerando que, por vezes, em observância à legalidade, praticam atos processuais que contrariam a garantia fundamental do acesso à justiça.

Uma situação frequente na atuação dos procuradores, assessores e advogados públicos – em decorrência do princípio da legalidade – é a necessidade de interposição de recursos ou prática de atos meramente protelatórios, não apenas visando a retardar a prolação de sentença ou acórdão, mas também, ante a ausência de previsão legal ou autorização administrativa que lhes permita que concorde com o teor das manifestações judiciais e até mesmo da parte contrária. Ou seja, mesmo que a outra parte que integra a lide possua razão em seus argumentos e esteja em conformidade com as normas jurídicas, o representante judicial da Fazenda Pública não pode, individualmente, concordar com as alegações apresentadas ou até mesmo propor acordo, em razão de não possuir legitimidade para “dispor do interesse público”, mesmo que a negociação ou transação seja extremamente benéfica para o ente público. Poderá o representante judicial, inclusive, ser responsabilizado disciplinarmente pela realização de tal ato.

A impossibilidade de realização de transação e até mesmo a prática de recursos e atos protelatórios, que não trarão qualquer possibilidade de modificação das decisões já proferidas, sob o argumento de respeito ao princípio da legalidade, acaba por gerar um acúmulo de demandas que se estendem por anos, conseqüentemente, violando a garantia fundamental do acesso à justiça.

Deve ser observada, ainda, a má gestão administrativa. Por vezes, a Administração Pública não possui recursos suficientes para arcar com os custos de uma condenação processual. Nesta hipótese, a utilização de instrumentos protelatórios se torna uma opção viável, considerando que o objetivo é “empurrar” a dívida para o próximo gestor. Para mais, há casos em que não há interesse político na solução do litígio, justamente em razão do ônus financeiro que poderá causar, podendo influenciar na eficácia de

políticas públicas ou práticas eleitoreiras que dão maior visibilidade e retorno eleitoral para o gestor, se comparadas ao pagamento de um débito.

No entanto, em razão da maior carga axiológica dada ao princípio da legalidade, os agentes públicos, por vezes, deixam de observar outro mandamento de otimização constitucional expressamente previsto no art. 37 da Constituição Federal: o da eficiência, que “[...] pressupõe racionalização de recursos, ou seja, deve-se qualificar ao rendimento dos meios. E, assim sendo, é obrigação do Estado comprometer-se legalmente com metas e resultados eficientes [...]” (HEINEN, 2021, p. 253). Ou seja, a Administração Pública deverá pautar-se em opções que visem otimizar a prestação do serviço público.

Deve a Administração Pública buscar mecanismos que permitam maior eficácia na prestação do serviço público e no atendimento do interesse público. Portanto, é possível observar um movimento tímido das fazendas públicas no sentido de solucionar, de forma mais célere, os litígios em que estão envolvidas.

Um primeiro exemplo a ser citado é o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), responsável por analisar, na esfera administrativa, os pedidos de concessão de benefícios da Seguridade Social. O prévio requerimento administrativo, realizado junto ao INSS, é condição para análise da demanda na esfera judicial.

Apesar de o número de indeferimentos de pedidos pelo INSS estar aumentando de forma considerável, o Poder Judiciário é responsável pela concessão de apenas 11% dos benefícios previdenciários. Porém, deve-se observar que as questões envolvendo direito previdenciário totalizam quase metade do número de demandas em trâmite nas cinco regiões da Justiça Federal (VAZ, 2021). É inegável, todavia, que a existência do INSS para analisar os benefícios administrativamente contribui de maneira positiva para a efetivação da garantia fundamental do acesso à justiça.

Um segundo exemplo que conjuga os princípios da legalidade e da eficiência é a edição da Portaria Normativa da Procuradoria-Geral da União (PGU)/ Advocacia Geral da União (AGU), nº 01 de 2021, que em seu art. 55 permite ao Advogado Geral da União que atua na causa, arquivar – independentemente de prescrição, desde que maneira fundamentada e que não se vislumbre possibilidade de alteração econômica

do devedor – as ações e execuções de até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) (BRASIL, 2021).

A edição da Portaria acima mencionada está em harmonia com a garantia fundamental do acesso à justiça, bem como observa os princípios da legalidade e da eficiência, uma vez que permite que o Advogado Geral da União archive a ação/execução, desde que de maneira fundamentada, quando verificar que não houver possibilidade de êxito. O referido instrumento normativo impede a prática de atos desnecessários e desprovidos de eficácia, que, caso não houvesse a previsão normativa, teriam de ser praticados, sob pena de responsabilidade funcional do servidor.

Tanto a Portaria Normativa nº 01/2021 PGU/AGU quanto a análise administrativa tornam o acesso à justiça mais efetivo, pois contribuem para a diminuição de ações que seriam propostas perante o Poder Judiciário. São dois exemplos bem-sucedidos, que observam os ditames do art. 37, caput, da Constituição Federal. Porém, em razão do atual cenário judicial existente no Brasil (com abarrotamento de processos e comprometimento na celeridade dos julgamentos), a Administração Pública deverá adotar outros mecanismos para contribuir com a diminuição dos processos judiciais, entre os quais pode ser citada a adoção efetiva do sistema de precedentes, previsto no Código de Processo Civil de 2015.

2.2 O sistema de precedentes e a administração pública

A adoção pelo legislador do sistema de precedentes tem como objetivo manter as decisões dos tribunais estáveis, íntegras e coerentes e, conseqüentemente, dar maior celeridade às decisões judiciais, bem como evitar eventual contradição entre juízes vinculados ao órgão, o qual proferiu o acórdão. Inegavelmente, trata-se de uma medida que efetiva a garantia fundamental do acesso à justiça, em decorrência de sua natureza jurídica, considerando que se trata de uma norma-princípio, possuindo grau de otimização, a depender dos elementos fáticos e jurídicos presentes no caso concreto. Portanto, havendo maior celeridade na tomada de decisões pelo Poder Judiciário, há uma tendência em maior amplitude da referida norma.

Justamente em razão da natureza principiológica do acesso à justiça é que se pode afirmar sobre a possibilidade de sua ampliação, notadamente em razão da adoção do sistema de precedentes pela Administração

Pública e seus órgãos. Conforme exposto anteriormente, a Fazenda Pública é a maior litigante do país, figurando, tanto no polo ativo quanto no polo passivo em diversas ações que tramitam nas mais variadas esferas judiciais.

A adoção, pela Fazenda Pública, poderá ocorrer tanto na esfera judicial quanto em âmbito extrajudicial. Fixado um precedente pelo Poder Judiciário, na hipótese em que já houver ação judicial em trâmite, poderia o Procurador representante do órgão estatal – quando verificado que assiste razão à outra parte e desde que seja de forma fundamentada – celebrar transação ou negociação, podendo, inclusive, mitigar os danos sofridos pela Administração Pública. Ademais, fixado o precedente, torna-se possível, também, de forma preventiva, a resolução da demanda no âmbito administrativo, ou seja, internamente pela própria Administração, sem que haja necessidade de provocação do Estado-Juiz.

Poder-se-ia alegar que a celebração de transação ou deferimento administrativo do pedido, pela Administração Pública violaria o interesse público. Contra eventual argumento, é possível constatar que, inicialmente, caso o representante judicial do ente público celebre acordo ou transação que cause prejuízo àquele que representa, poderá sofrer sanções disciplinares, bem como, por vezes, fundamentada no sistema de precedentes, a celebração de acordo ou transação poderá evitar prejuízos à própria Administração, considerando que poderá haver, inclusive, redução dos valores pagos. Por fim, qualquer agente ou órgão público deverá, sim, pautar sua atuação buscando proteger os interesses do ente público a que está vinculado. Porém, o interesse do ente público é secundário, devendo prevalecer sempre o interesse público primário, que pertence a toda coletividade (MELLO, 2014, p. 65-67), indistintamente. É inegável que é de interesse da sociedade uma atuação desburocratizada dos entes públicos, pautada na eficiência, prevista no art. 37, caput, da Constituição Federal, bem como a celeridade judicial – medida que tende a efetivar a garantia fundamental do acesso à justiça, que, justamente em razão da sua categoria (direito fundamental), possui relevante valor social, portanto, difuso.

Inegável, porém, para que a conciliação e negociação sejam realizadas durante ou até mesmo em momento prévio ao ajuizamento da ação, além da fixação do precedente, considerando que a decisão deverá ser fundamentada, haja também autorização administrativa para realiza-

ção daquela prática nas hipóteses em que o caso concreto seja idêntico àquele que é objeto do precedente. Tal medida é necessária justamente para evitar qualquer responsabilização do representante judicial da Fazenda Pública que celebrar o ato.

Por fim, relevante destacar ainda a opinião de OLIVEIRA (2019, p. 41-42), que, de forma distinta da ideia aqui apresentada, defende a importação do sistema de precedentes judiciais para o âmbito interno da Administração Pública. Assim, o próprio ente público seria responsável pela criação de seus próprios precedentes, desde que observados alguns requisitos: identidade objetiva; identidade subjetiva; legalidade do precedente e inexistência de justificativa relevante e motivada para alteração do precedente.

Portanto, além da utilização dos precedentes judiciais pela Fazenda Pública na esfera judicial e extrajudicial, OLIVEIRA (2019, p. 41-42) defende que a própria Administração Pública, adotando e utilizando o modelo do sistema de precedentes do Código de Processo Civil, no âmbito administrativo, criando suas próprias decisões vinculantes, para serem aplicados tanto no âmbito externo quanto no âmbito interno.

É notório que a aplicação de precedentes judiciais pela Administração Pública – seja para realizar transação, negociação, concordar com os argumentos apresentados pela parte contrária e, até mesmo, deferir pedidos administrativos – auxiliaria na efetivação da garantia fundamental do acesso à justiça. Porém, há necessidade também da mudança do “costume administrativo”, rompendo com a ideia do modelo de gestão burocrática, dando maior ênfase ao princípio da eficiência, um dos vetores constitucionais da Administração Pública, nos termos do art. 37, caput, da Constituição Federal.

3 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar como a garantia fundamental do acesso à justiça se desenvolveu – a partir de suas ondas, bem como o sistema de precedentes, mecanismo criado pelo legislador para dar estabilidade, integridade e coerência às decisões dos órgãos judiciais – e como poderá auxiliar na efetivação dessa garantia fundamental.

Foi demonstrado que o sistema de precedentes, ao unificar o entendimento sobre determinados casos e tornar sua observação obriga-

tória, possui um efeito gradativo e, na medida em que as decisões dos tribunais forem sendo fixadas como precedentes, haverá maior celeridade no julgamento das demandas, notadamente diante das possibilidades elencadas pelo legislador, por exemplo, improcedência liminar do pedido em decorrência dos fatos e fundamentos jurídicos, contrariar entendimento fixado em precedente vinculante.

Conclui-se, portanto, que há uma forte relação entre o sistema de precedentes e a efetivação da garantia fundamental do acesso à justiça, que poderá, inclusive, ser dotado de maior amplitude caso a Administração Pública passe a adotar o modelo de vinculação de decisões como parâmetro para atuação de seus representantes judiciais, incentivando a celebração de transação e negociação, bem como evitando ajuizamento de demandas, fazendo análise administrativa da matéria, sempre à luz do precedente fixado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 05 abr. 2022.

BRASIL. Portaria Normativa PGU/AGU nº 1, de 1º de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-normativa-pgu/agu-n-1-de-1-de-fevereiro-de-2021-301857026>. Acesso em 02 maio 2022.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios do Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

ESTEVES, Diego. SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FRANCO, Marcelo Veiga. Câmaras de Mediação e Conciliação na Fazenda Pública: o artigo 174 do Novo Código de Processo Civil como contribuição para o acesso à justiça “desjudicializado”. in: ARAÚJO, José Henrique Mouta.

CUNHA, Leonardo Carneiro. RODRIGUES, Marco Antônio. (Coord). **Repercussões do Novo CPC: Fazenda Pública**. v. 3. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HEINEN, Juliano. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas e meios alternativos de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. **Manual de Processo Coletivo**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Precedentes Administrativos e a Lei 9.784/1999. In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. MARÇAL, Thaís. **Temas Relevantes de Processo Administrativo: 20 anos da Lei 9.784/1999**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 19-47.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. **Gerenciamento do processo e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006. 2. ed. São Paulo: Método, 2017.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraivajur, 2020.

SARTI, Lia. **A Relativização dos Efeitos Expansivos da Decisão do Incidente de Assunção de Competência em Ações Coletivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VAZ. Paulo Afonso Brum. A judicialização dos benefícios previdenciários por incapacidade: da negativa administrativa à retratação judicial. **Tribunal Regional da 4ª Região – TRF4**. Publicado em 14 jun. 2021. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2174 Acesso em: 02 maio 2022.

VIANA, Aurélio. NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Diretrizes fundamentais do novo CPC. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). **Temas Essenciais do novo CPC**: análise das principais alterações do sistema processual brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 41-46.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). **Temas Essenciais do novo CPC**: análise das principais alterações do sistema processual brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 483-490.

LAS OPINIONES CONSULTIVAS: UN MECANISMO PARA LA MATERIALIZACIÓN DEL DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL¹

DIANA MARCELA PEÑA-CUELLAR²

ASTRID DANIELA VIDAL-LASSO³

LAURA DANIELA GUARACA-ESPINOSA⁴

1 INTRODUCCIÓN

La justicia dialógica ha constituido una forma preventiva de estrechar relaciones jurisprudenciales que permiten el intercambio de ideas

-
- 1 Artículo realizado dentro de las actividades del Grupo de Investigación FIBIDE de la Universidad de la Amazonia, Colombia.
 - 2 Doctoranda en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Justicia y Tutela de los Derechos Fundamentales con Énfasis en Derecho Procesal, Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible, Especialista en Propiedad Industrial, Derecho de Autor y Nuevas Tecnologías de la misma casa de estudios y Abogada de la Universidad de la Amazonia. Directora de Investigaciones de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Docente de la Universidad de la Amazonia, Co- directora del Grupo de Investigación FIBIDE de la Universidad de la Amazonia. E-mail: d.pena@udla.edu.co - ORCID: 0000-0002-2161-9430
 - 3 Doctoranda en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Justicia y Tutela de los Derechos Fundamentales con Énfasis en Derecho Procesal, Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible, Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la misma casa de estudios, Abogada de la Universidad de la Amazonia. Docente de la Universidad de la Amazonia, Co- directora del Grupo de Investigación FIBIDE de la Universidad de la Amazonia. E-mail: a.vidal@udla.edu.co - ORCID: 0000-0002-9257-2190
 - 4 Estudiante del Programa de Derecho de la Universidad de la Amazonia y miembro del Grupo de Investigación FIBIDE de la misma casa de estudios. Florencia, Colombia. Correo electrónico: l.guaraca@udla.edu.co.

y propuestas. La justicia dialógica de cara a la protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha caracterizado por ser de manera reglada para toda clase de interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, razón por la cual el presente artículo tiene por objeto analizar el carácter vinculante de las opiniones consultivas de la Corte IDH por medio del control de convencionalidad y su contribución a un dialogo interjudiccional.

Para dar cumplimiento al objeto planteado, se abordó en primer lugar las opiniones consultivas y su carácter vinculante al ser parte del *corpus iuris interamericano*, por lo que su aplicación debe darse por medio del control de convencionalidad. Posteriormente, se estudió el dialogo jurisdiccional a partir de las distintas nociones que la doctrina ha efectuado, sosteniéndose que las opiniones consultivas contribuyen a su materialización y a prevenir y salvaguardar los derechos humanos.

Para el desarrollo de los objetivos se adelantó una metodología de orden descriptivo y con enfoque cualitativo basada en el estudio de textos jurídicos y en el apoyo a variados discernimientos jurisprudenciales.

2 LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LAS OPINIONES CONSULTIVAS

La Corte Interamericana de Derechos Humano (Corte IDH) conforma uno de los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos y su ámbito de acción se encuentra en el sistema interamericano de derechos humanos.

En 1979, con la entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), se da paso a la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobándose su Estatuto con la Resolución N° 448 por la Asamblea General de la OEA celebrada en La Paz, Bolivia en octubre de 1979.

El objetivo de la Corte IDH, “es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (art. 1, Resolución N° 448 de 1979). En tal sentido, cumple con dos funciones, i) jurisdiccional y ii) consultiva (OEA, 1969, p. 18).

Respecto de su función jurisdiccional en términos de Fix Zamudio se considera como una función contenciosa y se aplica para resolver

controversias que se generen respecto de la aplicación de la Convención Americana. En virtud de dicha competencia contenciosa, a la Corte IDH, le corresponde resolver todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH, por lo que el procedimiento que sigue para resolver los casos contenciosos comprende un requisito de procedibilidad, puesto que sólo conocerá de casos siempre y cuando se haya agotado el trámite frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, teniendo en cuenta “sólo los Estados Parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte” (OEA, 1969, p. 17).

Una vez la Corte IDH profiere sentencia estas adquieren el carácter de cosa juzgada internacional y por ende son inimpugnables (art. 67) y de obligatorio cumplimiento para los Estados (numeral 1, art 68).

“En el ámbito interamericano la sentencia de la Corte IDH produce “autoridad de cosa juzgada internacional”. Esto implica que una vez que la sentencia interamericana es notificada a las partes, produce una eficacia vinculante y directa hacia las mismas” (Ferrer mac-gregor, 2013, p. 632).

Así las cosas, la sentencia interamericana en principio conlleva a que sus efectos sean *inter partes*; sin embargo, En el caso *Gelman vs Uruguay* (2013), la resolución de supervisión de cumplimiento introduce un precedente acerca de la cosa juzgada marcando así el carácter vinculante no solo en su parte resolutive, sino también, en la motivación de esta.

102.La Sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquella es vinculante en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*. Así, puesto que la parte resolutive o dispositiva de la Sentencia refiere expresa y directamente a su parte considerativa, ésta es claramente parte integral de la misma y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento. La obligación del Estado de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte es parte intrínseca de su obligación de cumplir de buena fe con la Convención Americana y vincula a todos sus poderes y órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, por lo cual no puede invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de la Sentencia. En razón de estar en presencia de cosa juzgada internacional, y precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para

aplicar el Derecho Internacional, sería contradictorio utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir la Sentencia en su integridad (CORTE IDH, 2013, p. 30-31).

En este sentido, Juan Carlos Hitters plantea que el contenido de los fallos de la Corte IDH no solo tiene efectos *inter partes* sino que a su vez contiene *efectos erga omnes* no sólo son atrapantes en el caso concreto (vinculación directa interpartes), sino que también producen efectos vinculantes para todos los Estados signatarios de la CADH, en lo que respecta a la interpretación que dicho Tribunal efectúa de las normas convencionales (vinculación indirecta erga omnes) (HITTERS, 2013, p. 16).

En el mismo modo se encuentra el planteamiento del Juez Sergio García Ramírez (2011, p. 17) quien en su artículo *El control judicial interno de convencionalidad*, menciona:

Eficacia erga omnes y no sólo inter partes, sólo me estoy refiriendo, como es obvio, a la interpretación de normas, la fijación del sentido de las disposiciones convencionales, el entendimiento general del precepto para todos los fines aplicativos que éste pueda tener, no así a los extremos específicos del caso en el que se hizo la interpretación: hechos y condenas puntuales, que sólo conciernen al Estado y a la víctima que comparecieron en el juicio, y con respecto a los cuales es indudable la fuerza inter partes de la sentencia emitida por el tribunal .

Así las cosas, es claro que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos presentan efectos vinculantes *de carácter inter partes y erga omnes*.

Ahora, en cuanto a la segunda función de la Corte IDH, es decir, la función consultiva esta se entiende como un dictamen u opinión sobre preceptos cuya interpretación se solicita”; ésta función se encuentra contemplada en el artículo 64 de la Convención, el cual en su numeral 1 establece que están legitimados para solicitar opiniones a la Corte IDH respecto de la interpretación de la Convención, tanto los Estados miembros, como los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, lo que significa que “que todo Estado miembro de la OEA

tiene capacidad de solicitarla, aun si no ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte” (PELAYO MOLLER, 2015, p. 16).

Siguiendo a Faúndez Ledesma (2004, p. 951) “las solicitudes de opinión consultiva formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, *inter alia*, las disposiciones cuya interpretación se pide, y las consideraciones que originan la consulta”.

Cuando la consulta verse sobre la compatibilidad de leyes internas, debe señalar *inter alia*, las disposiciones de derecho interno y las normas internacionales de protección de derechos humanos que son objeto de la consulta evocando el cuestionamiento de forma precisa sobre las cuales se pretende obtener el pronunciamiento de la Corte IDH. Además, con la solicitud se debe anexar copia de las disposiciones internas a que se refiera la consulta. (FAÚNDEZ LEDESMA, 2004, p. 957)

La Corte IDH (1982), en su primera opinión consultiva, planteó que:

[la] función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención. Dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en ese ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA.

Es de mencionar que las interpretaciones realizadas por la Corte IDH en esta función consultiva, no pueden menoscabar o restringir derechos y debe ceñirse a los postulados de buena fe en aras de asegurar la concordancia de una norma con el objeto y fin del tratado (CORTE IDH, 2002).

En el mismo sentido, Marín *et al* (2019, p. 8). considera que:

Las opiniones consultivas de la Corte IDH constituyen, entonces, una interpretación autorizada del alcance de las obligaciones internacionales directamente relacionadas con la protección de los derechos humanos, las cuales han sido asumidas por los Estados miembros del SIDH a través de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos.

Por su parte, el Expresidente de la Corte IDH, Pedro Nikken (2019, p. 8) ha planteado que:

La interpretación de la Convención Americana (...) cuando resulta de una opinión consultiva de la Corte, no es una interpretación cualquiera” (P. 13), pues, “de esta manera, se configura para los Estados una fuente “que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos.

De conformidad con lo visto en líneas atrás, las opiniones consultivas tienen el propósito de garantizar el respeto de los derechos humanos y consecuentemente el cumplimiento de la CADH, por ello se constituyen como una guía para resolver asuntos a nivel interno de los Estados. Por consiguiente, su competencia consultiva se extiende a cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos. Dicha tesis fue invocada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva 1/82 del 24 de septiembre de 1982, véase:

que la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.

Pese a lo anterior, la función consultiva no resulta pacífica pues desde su origen se ha puesto en controversia los efectos en cuanto a su obligatoriedad y aplicación en los Estados, ya que no contempla la misma rigurosidad ni sanciones del proceso contencioso.

43. La función consultiva que confiere a la Corte el artículo 64 de la Convención es única en el derecho internacional contemporáneo. Como la Corte ya lo ha expresado en anterior oportunidad, ni la Corte Internacional de Justicia ni la Corte Europea de Derechos Humanos han sido investidas con la amplia función consultiva que la Convención ha otorgado a la Corte Interamericana (Otros tratados, supra 32, párrs. nos. 15 y 16). Cabe aquí, simplemente, poner énfasis en el hecho de que la Convención, al permitir a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA solicitar opiniones consultivas, crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia

de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso. Sería, por lo tanto, contradictorio con el objeto y fin de la Convención y con las disposiciones pertinentes de ésta, adoptar una interpretación que sometería el artículo 64 a los requisitos exigidos por el artículo 62 en cuanto a competencia, restándole así la utilidad que se le quiso dar, por el solo hecho de que pueda existir una controversia sobre la disposición implicada en la consulta (CORTE IDH, 1983).

Dicho carácter no sancionatorio y no igualitario al efecto de las sentencias fue abordado inicialmente por la Corte IDH en la opinión consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982 cuando en el párr. 51 expresó que “No debe, en efecto, olvidarse que las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención”.

Al paso de la evolución de las interpretaciones efectuadas por la Corte IDH respecto de la CADH en materia consultiva determinó que, si bien esta no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento (CORTE IDH, 1997).

En tal sentido, la Corte IDH reitera con claridad que la opinión consultiva no tiene el mismo efecto que una sentencia, pero esto no significa que se desconozcan los efectos jurídicos que se desatan para el Estado consultante y para los demás integrantes del sistema del OEA, pues el fin el último es salvaguardar el respeto de los derechos humanos.

En 2017, el Tribunal Interamericano expidió la Opinión Consultiva OC-23/17, y allí, recordó a los Estados sobre la obligatoriedad de sus opiniones consultivas en relación con la obligación de todos los órganos estatales de realizar el correspondiente control de convencionalidad, véase:

Es por tal razón que estima necesaria que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad para la protección de todos los derechos humanos, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el

propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.

El profesor Víctor Rodríguez Rescía (2013) plantea que “el acudir a su competencia consultiva constituye un medio para prevenir conflictos entre los miembros y órganos del sistema interamericano y perfeccionar los instrumentos por medio de los cuales se cumplen sus acuerdos”, siendo esta la teleología de las opiniones consultivas de la Corte. Por consiguiente, la ausencia del carácter jurisdiccional de las opiniones consultivas no implica que pierdan relevancia dentro de los pronunciamientos de la Corte, pues, constituyen una interpretación preventiva de la Convención que evita la incursión en futuras violaciones a la Carta Interamericana y, por ende, imponer una carga a las víctimas para acudir al Sistema Interamericano buscando la protección de sus derechos Humanos.

De tal forma, puede decirse que a lo largo de los años la posición de la Corte IDH ha sido progresista y ha ido mutando en cuanto a los efectos de la obligatoriedad la opinión consultiva, pues si bien en una postura inicial sostuvo que no podía equiparse sus efectos a los de una sentencia, actualmente con la creación de la herramienta del control de convencionalidad en su ámbito *ex officio* insta a los Estados al cumplimiento de lo interpretado en la opinión consultiva en virtud del respeto de los derechos humanos.

2.1 El control de convencionalidad

El control de convencionalidad es una herramienta que propende por el cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual empezó a divisarse a inicios del siglo XXI con el voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del caso Mack Chang vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003 sin embargo no fue hasta el año 2006 cuando la Corte IDH determinó que:

Los Estados en cabeza del poder judicial, debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpreta-

ción que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En este sentido, Cubides *et al* (2016, p. 43) han preceptuado respecto a esta herramienta, que:

Este mecanismo de genealogía internacional consiste en la confrontación normativa que se hace de la norma convencional con la norma interna, para establecer si la norma interna es adecuada frente a la norma convencional o si la norma interna cuenta con una mejor garantía que el estándar fijado en la convencional.

El Control de convencionalidad, en términos de Cubides *et al* (2016) es una herramienta que tiene como finalidad garantizar la prevalencia y el cumplimiento de lo pactado en la Convención Americana; cuyo fin inmediato o mediato es la garantía de los derechos y las libertades contenidos en la Convención, de manera indistinta si el objeto sujeto de éste control es una Opinión consultiva o una sentencia. Para efectos de soslayar la esterilidad de éste cuerpo normativo, este control debe ser ejercido por los jueces y órganos vinculados a la administración pública, tal como lo preceptuó el tribunal regional en el caso Cabrera García y Montiel Florez VS Mexico al enunciar que:

Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (CORTE IDH, 2014, p. 225).

En tal sentido los jueces nacionales en virtud del control de convencionalidad deben velar por el cumplimiento de toda interpretación de la Convención, siendo éstas los fallos o las opiniones consultivas profe-

ridas por la Corte IDH en el marco de las obligaciones contraídas con la ratificación de éste instrumento⁵.

En virtud de lo planteado en líneas precedentes respecto al carácter vinculante de toda interpretación de la CADH, debe extenderse tal tratamiento a las opiniones consultivas y esto se garantiza a partir del control de convencionalidad. Por lo cual, resulta oportuno reflexionar con relación a la manera como en Colombia se ha abordado estas figuras.

2.2 Control de convencionalidad y el carácter vinculante de las opiniones consultivas en Colombia

La Convención de Viena de los tratados Internacionales, contempla el procedimiento de aceptación y consentimiento para las obligaciones contenidas en un Acuerdo Internacional. De igual manera refiere que los tratados internacionales deben ser cumplidos de buena fe *-pacta sunt servanda-*.

Para el caso colombiano, el constituyente primario determinó en el artículo 93 la prevalencia de la aplicación en el ordenamiento interno de los tratados internacionales que reconocen derechos humanos; aunado a ello, se indicó que “los tratados sobre derechos humanos sirven para determinar la existencia de un Derecho Constitucional (art. 94), así no esté expresamente previsto en la Constitución Política” (MONROY CABRA, 2008).

En virtud de dicho artículo 93, La Corte Constitucional desarrolla la teoría del bloque de constitucionalidad concibiéndola como una figura por medio del cual se realiza el control de constitucionalidad permitiendo con ello la incorporación de normas y tratados internacionales, que según corresponda, se integra al ordenamiento jurídico con rango constitucional, tal como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos y demás *corpus iuris* interamericano.

5 Sobre la obligación de los jueces nacionales de velar por el cumplimiento de las disposiciones e interpretaciones de la Convención, el Doctor Humberto Nogueira Alcalá ha planteado que “El juez nacional es quien debe aplicar el control de convencionalidad por regla general en primer lugar al conocer de un caso contencioso o de jurisdicción voluntaria, como tarea ordinaria en su función jurisdiccional, debiendo en dicho conocimiento y resolución integrar y aplicar el *corpus iuris* interamericano y los estándares mínimos de derechos con preferencia respecto de disposiciones de derecho interno que se encuentren por debajo del mismo”.

De tal forma que, la aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos es de obligatoria ejecución y la expedición y vigencia de las normas de derecho interno no pueden contrariar la CADH, ni la jurisprudencia de los órganos internacionales sobre los cuales haya ratificado su jurisdicción el Estado Colombiano.

La Corte Constitucional a través de los años ha sentado posturas acerca de la aplicación del artículo 93 constitucional. Inicialmente lo hizo partiendo de la llamada regla hermenéutica de favorabilidad. Por lo que en sentencia C-251-97 dispuso:

No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, invocando como pretexto que tratados de derechos humanos internacionales ratificados por Colombia no los reconocen o los reconoce en menor grado. Esta regla interpretativa ha sido denominada por la doctrina como la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos.

En sentencia C-010-00, continuó con un carácter progresista y arguyó:

En virtud del artículo 93 de la C.P. los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales. (C.C., sentencia C-010/00, 2000)

De lo anterior, el criterio de favorabilidad es un camino interpretativo para la aplicación de los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos a nivel interno.

La postura de la Corte Constitucional sobre el criterio de favorabilidad sigue la tendencia que posiciona a los Derechos Humanos como *prima ratio* del ordenamiento jurídico y especialmente del quehacer judi-

cial, acotando el bloque de constitucionalidad sobre las bases axiológicas en el rol determinante que se exige para motivar las decisiones, como lo ha sostenido reiteradamente esa corporación desde la Sentencia C-574 de 1992, la cual dispuso:

Los valores y principios incluidos en el texto constitucional cumplen la función de asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material de la Constitución. Aquí se refleja la voluntad constituyente de hacer obligatorio el respeto de principios considerados como universales e inherentes a la persona, cuya obligatoriedad va más allá de las contingencias propias del ordenamiento jurídico nacional.

En ese estricto sentido, la Corte Constitucional ha reconocido el intérprete autorizado de los instrumentos internacionales, que, para el caso de la CADH, es la Corte interamericana:

La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

Pese a lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-558 de 2003, realiza una distinción en los pronunciamientos que hace la Corte IDH y los efectos que genera para el Estado colombiano, concluyendo que los órganos judiciales internacionales, se manifiestan a través de “sentencias”, las cuales tienen efecto vinculante y hacen tránsito a cosa juzgada y “opiniones consultivas”, las cuales están desprovistas de tales efectos”, dicha posición fue reiterada mediante la sentencia T-364 de 2014.

En un sentido similar mediante sentencia de radicado del 26 de julio de 2019, del Consejo de Estado, el máximo órgano de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se pronunció reiterando la posición de la Corte constitucional en 2003, al plantear que las directivas de la Unión Europea y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana “no tienen el carácter de vinculantes, sino que únicamente sirven como criterios orientadores”.

En conclusión, la jurisprudencia colombiana plantea acérrimamente que, las opiniones consultivas no tienen un carácter vinculante, sino que constituye un criterio orientador del Derecho.

No obstante, se sostiene en término de esta investigación que una vez se profiere la opinión consultiva, este debe ser acogida por el Estado en razón al control de convencionalidad, lo cual establece las bases de un diálogo interjurisdiccional vertical, pues en términos del profesor Humberto Nogueira Alcalá “Asumiendo el corpus iuris interamericano y los métodos interpretativos de los derechos se pueden establecer las bases de un diálogo” (NOGUEIRA ALCALÁ, 2012, p. 84), tal como se argumenta a reglón seguido.

3 TEORÍA DEL DIÁLOGO JUDICIAL

Siguiendo a Aguilar Cavallo (2017, p. 36), el principio dialógico es entendido como una plática entre dos o más jueces u órganos jurisdiccionales, que alternativamente manifiestan sus ideas, en busca de avenencia y así mismo “como una discusión, una concertación, una búsqueda de consensos, lo cual es especialmente relevante y potente en el terreno de los derechos humanos”.

Bazán (2012), relaciona que el principio dialógico desde el ámbito de los derechos humanos cumple con la finalidad de coadyuvar al mejoramiento de la administración de justicia en aras de optimizar el modelo tuitivo de los derechos fundamentales sobre la base de un adecuado funcionamiento de las piezas que lo componen.

Es así como, desde la doctrina se han presentado diversas posturas con relación al diálogo, por su parte, Slaughter (1994), plantea una tipología de comunicación transjudicial y efectúa una clasificación catalogada como horizontal, vertical y mixto. La primera, considera que tiene lugar entre órganos jurisdiccionales del mismo estatus, ya sean

nacionales o supranacionales, postula que los tribunales que no son de cierre también pueden entablar al menos una comunicación tácita entre sí, y además sostiene que un diálogo cruzado a través de la citación y el reconocimiento de sentencias extranjeras constituye una forma de comunicación transjudicial horizontal; la segunda, tiene lugar entre tribunales nacionales y supranacionales, cuya forma de tal comunicación ha surgido en el marco de un tratado que establece un tribunal supranacional con una jurisdicción especializada que se superpone a la jurisdicción de los tribunales nacionales. Por último, la tercera forma mixta de comunicación se suscita cuando pueden combinarse de varias maneras, por un lado, los tribunales supranacionales pueden servir como conducto para la comunicación horizontal, en otro sentido supone la presencia de principios jurídicos comunes en ordenamientos jurídicos nacionales que pueden ser destilados y difundidos por un tribunal supranacional. Finalmente, Slaughter (2010) define como tipos de comunicación transjudicial el diálogo directo, el monólogo y el diálogo intermedio.

De otro lado, Según Santolaya (2010), el término “diálogo” debe ser entendido en un sentido amplio, porque hay muchas formas de dialogo, y no todas son igualitarias. Afirma el autor, que la forma de dialogo unidireccional, es un dialogo que se produce en condiciones de desigualdad, ya que nace desde el reconocimiento de la existencia de un tribunal internacional, sea este el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que irradia su jurisprudencia sobre un conjunto de tribunales, supremos o constitucionales, nacionales.

Así mismo, según Vergottini (Como se cita en Bazán, 2017), el diálogo puede ser vertical u horizontal; el diálogo es vertical, cuando se genera entre un tribunal internacional y los tribunales nacionales que integran dicho sistema; y es horizontal, cuando intervienen los tribunales que pertenecen a distintos Estados que se encuentran en una relación de homologa.

Al respecto, en el año 2012 el profesor Nogueira Alcalá establece que el diálogo horizontal se relaciona así:

Aquí los jueces desarrollan diálogos judiciales sobre la base de una apertura espontánea al mundo de la justicia en la globalidad internacional. Los jueces conversan cualquiera sea su sistema de conexión internacional o nacional y su competencia, en muchos casos no existe ninguna relación jurídica.

Así las cosas, entendiendo esta clase de diálogo como una comunicación libre y espontánea, puede manifestarse en casos donde no existe ninguna obligación de realizarlo, como por ejemplo la vinculación de jurisprudencia de un tribunal homólogo a partir de un análisis comparativo, caso donde se presentaría un diálogo horizontal intercontinental.

Por su parte, respecto del diálogo vertical el profesor Nogueira Alcalá (2012) planteó que:

No obstante, la tesis de doctrinantes como Vergottini o Nogueira fue reevaluada en el año 2017 por Burgorgue – Larsen (2012) quien plantea que el diálogo no debe entenderse como una comunicación de ideas y propuestas de carácter forzoso o potestativo sino que debe verse desde su integralidad de diálogo voluntario que se enriquece de las interacciones de varios actores judiciales.

Por lo anterior, desde la óptica del Sistema Europeo Burgorgue – Larsen determina dos clases de diálogos definidos así:

- El diálogo *espontáneo*, no deriva de una obligación internacional como tal, es la manifestación de la existencia de una multitud muy variada de “obligaciones invisibles” donde juez está “aprisionado” por lazos múltiples que no puede ignorar al razonar su fallo y al momento de adoptarlo definitivamente.
- El diálogo *regulado* al derivado de una serie de reglas procesales o de unas obligaciones internacionales que disminuyen la libertad del juez nacional incitándolo a dialogar con el juez supranacional (diálogo que sería siempre *vertical*), el cual, supone un *diálogo integrado*, el cual es organizado de tal manera que lleve a la vigencia y la efectividad de la integración europea. Asimismo, puede generarse un *diálogo convencional*, es decir, el que sin tomar un canal procesal equivalente al mecanismo prejudicial *se manifiesta entrel TEDH y los tribunales nacionales*, que tienen que actuar como “jueces convencionales de derecho común”.

Para efectos del presente artículo, se acogerá la noción de diálogo vertical, ya que se comparte la postura de dichos autores en la forma de establecerse el diálogo y en lo concerniente al sistema interamericano se reflejaría en la relación jurídica entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tribunales Nacionales, lo anterior en gracia al con-

trol de convencionalidad el cual es una herramienta que propende por el cumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En tal sentido, centrando este principio dialógico en el sistema interamericano, el profesor Bazán (2017), menciona que:

Existe la obligación de las autoridades internas (y fundamentalmente de todos los jueces y órganos judiciales) de efectuar lo que sólo a los efectos de graficar la cuestión podríamos denominar un control de convencionalidad *preventivo* teniendo en consideración las interpretaciones de la Corte IDH (Bazán V. , 2017).

Ello, con la finalidad de que no sólo los órganos de cierre de la justicia constitucional (y demás autoridades involucradas) acaten los patrones exegéticos labrados por el Tribunal Interamericano, sino que a su vez éste tenga en cuenta las observaciones y sugerencias que puedan partir de aquéllos, en aras del fortalecimiento progresivo del sistema tutelar de derechos fundamentales en nuestra área regional.

Si bien, en palabras de Bazán el carácter preventivo del principio dialógico es relevante, por sí solo no es suficiente para obtener el cumplimiento de la finalidad de éste principio dentro del Sistema, ya que debe garantizarse la existencia de condiciones deseables del modelo como lo es la voluntariedad de los Estados en querer establecer dicho diálogo (CANO BLANDÓN, 2021).

Colorario de lo expuesto se tendría que uno de los grandes desafíos de la justicia dialógica en el sistema interamericano es que el producto de dicha comunicación no quede en vano, sino que se logre una fuerza vinculante a partir de dichas interpretaciones, pues, de ésta manera se obtiene una justicia que propenda por los procesos preventivos y consultivos y no al sometimiento de procesos sancionatorios.

3.1 Las opiniones consultivas: un mecanismo para la materialización del diálogo jurisdiccional

Para fortalecer el modelo tuitivo de los derechos humanos es necesario tener en cuenta que existen doctrinantes que plantean que es imperativa la creación de un “derecho público común mínimo interameri-

cano que asegure y garantice derechos reales y efectivos para las personas que habitan dicho espacio” (NOGUEIRA ALCALÁ, 2012).

Lo anterior, entendiendo a los derechos fundamentales como prerrogativas que deben ser protegidas por un derecho común, el cual se estructura a partir del principio de cooperación judicial que podría presentarse entre los tribunales nacionales y el interamericano.

El juez nacional se enfrenta en la resolución de los casos a la aplicación de normas que en su tarea de administrar justicia se encuentra ante dificultades de incompatibilidad entre el sistema jurídico interno y el convencional porque

Ante el fracaso de la interpretación conforme, de la aplicación armónica y del principio *pro persona*, el juez se enfrenta a la necesidad de inaplicar su Constitución o desconocer un estándar interamericano en relación con la protección de un derecho humano (ROA, s.f.).

A manera de símil, se trae a colación la relación existente entre Colombia y el Sistema Andino respecto de la interpretación prejudicial como requisito para el abordaje de casos donde se relacione el régimen común sobre la propiedad intelectual⁶, pues Galán Melo (2014, p. 20) considera que:

Es una herramienta de notable utilidad práctica, ya que garantiza la validez y la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico de la comunidad y evita una posible ruptura del sistema normativo comunitario que debe ser aplicado por los jueces nacionales de los diferentes Estados parte del proceso de integración de la subregión andina.

La interpretación prejudicial del sistema andino es a la opinión consultiva de la Corte interamericana un homólogo a nivel internacional, sin embargo en un nivel interno, el tratamiento que Colombia otorga a las mismas es disímil, pues, mientras se pretende una uniformidad del derecho común a partir del carácter vinculante de la interpretación del Sistema Andino, la jurisdicción interna considera que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana están desprovistas de ésta caracterís-

6 La cual es requisito *sine quanon* para abordar en el derecho interno casos relacionados al Régimen Común sobre la Propiedad Industrial.

tica, desconociendo la necesidad de buscar ampliar la protección de los derechos humanos en el sistema jurídico.

Para este tipo de situaciones, la opinión consultiva debe jugar un rol preponderante puesto que, a través del diálogo entre los jueces nacionales y la Corte IDH se puede prevenir, garantizar y materializar la salvaguarda de los derechos humanos ya que el Tribunal Interamericano emitirá un pronunciamiento de interpretación y compatibilidad entre el derecho interno y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

4 CONCLUSIONES

La Corte IDH, se pronuncia a través de sentencias y opciones consultivas, ambos contienen las interpretaciones que el tribunal postula de la CADH, es decir que constituyen el *corpus iuris interamericano*. Ahora, en atención a la doctrina del Control de Convencionalidad se sostiene que las opiniones consultivas son vinculantes para todos los países partes de la CADH y que han aceptado la competencia de la Corte IDH, por lo que pese a que en Colombia se les da el estatus de mero criterios orientadores de Derechos, éstos en realidad constituyen un estándar más, que debe ser acogido y respetado por los Estados.

Es así como, reconocer la necesidad de la comunicación para la perdurabilidad del Sistema Interamericano, conlleva a establecer un diálogo judicial de carácter vertical en aras de aplicar el control difuso de convencionalidad a través de las opiniones consultivas entre los jueces nacionales y el tribunal Interamericano, ya que esto permite establecer un camino de eficacia para los derechos humanos.

REFERÊNCIAS

AGUILAR CAVALLO, G. Justicia constitucional, rol del juez y el dialogo jurisdiccional: caso chile, **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, 2017.

BAZÁN, Víctor. **El control de convencionalidad: Incognitas, desafíos y perspectivas**. 2012.

BAZÁN, Víctor. Estado constitucional y convencional y protección de Derechos Humanos: Control convencional y dialogo jurisdiccional. **Revista Temas Socio Jurídicos**, 2017.

CANO BLANDÓN, Luisa Fernanda. Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia. **Revista del Estado**, 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cabrera García y Montiel Florez VS Mexico, sentencia de 26 de noviembre de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), 2010, Párrafo 225.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala: Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, Párrafo 26, http://chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf.

COLOMBIA. Corte Constitucional, sentencia C-010-00, 2000. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-010-00.htm>. Acesso em: 13 nov. 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional, sentencia C-251-97, 1997. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/C-251-97.htm>. Acesso em: 13 nov. 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 1992, 1992. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1992/C-574-92.htm>. Acesso em: 13 nov. 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-364 de 2014, 2014. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-364-18.htm#:~:text=T%2D364%2D18%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Esta%20Corporaci%C3%B3n%20ha%20precisado%20que,acepci%C3%B3n%20en%20el%20derecho%20civil>. Acesso em: 13 nov. 2022.

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-558 de 2003, 2003. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-558-03.htm>. Acesso em: 13 nov. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC 01/82 del 24 de septiembre de 1982.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión consultiva OC-3/83, 8 de septiembre de 1983.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC 17/2002, 28 de agosto de 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997 sobre informes de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, 14 de noviembre de 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-23/17, 15 de noviembre de 2017.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de radicado 11001-03-15-000-2019-02182-00 del 26 de julio de 2019, 2019.

CUBIDES *et al.* El control de convencionalidad. Fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **Colección Ius Público**, Bogotá.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional**: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay), Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Vol 11, 2013.

GALAN MELO, Gabriel Santiago. **Interpretación prejudicial y restricción a la potestad jurisdiccional de los estados miembros de la CAN**. FORO: Revista derecho, 2014.

HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad. (el efecto 'erga omnes' de las sentencias de la corte interamericana. **Estudios Constitucionales**. Argentina.

MARÍN SALAZAR, Daniela *et. al.* **La fuerza vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del Derecho y la Justicia constitucional en Ecuador.** FORO: Revista de derecho, 2019.

MONROY CABRA, Marco. **El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional.** ACDI, Bogotá, 2008.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Dialogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en el periodo 2006-2011. **Estudios Constitucionales**, 2012.

PELAYO MOLLER. Introducción al sistema interamericano de derechos humanos. **Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH)**, 2013.

RESOLUCIÓN de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del Caso Gelman Vs Uruguay, 2013

RODRÍGUEZ RESCÍA, Víctor. Sistema interamericano de protección de derechos humanos, **Derecho y Realidad**, 2013

SANTOLAYA, Pablo. **La apertura de las Constituciones a su interpretación conforme a los tratados internacionales.** 2010.

SECRETARÍA General de la OEA, Convención Americana de derechos humanos, Serie sobre Tratados OEA N° 36, artículos 6, 62 y 63, noviembre de 1969

SLAUGHTER, Anne. **A typology of transjudicial Communication.** U.

PODER LOCAL E PARTICIPAÇÃO POPULAR

GABRIELA BOLZAN SOUZA¹

JANAÍNA RIGO SANTIN²

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, visando concretizar o que se entende por Estado Democrático de Direito, trouxe alguns fundamentos e objetivos para a República Federativa do Brasil, que estão calcados em fatores como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, uma sociedade livre, justa e solidária. Estes objetivos e fundamentos buscam construir uma sociedade justa, bem como garantir o desenvolvimento da nação e erradicar a pobreza.

O Estado Democrático de Direito não nasce somente da união de dois conceitos – Estado Democrático e Direito. Faz menção a algo muito maior – a participação popular democrática nas decisões, bem como se remete ao poder que emana do povo, que faz o exercício deste poder através de seus representantes, eleitos através do voto.

Sabe-se que o Brasil, historicamente, é marcado pelo desenvolvimento assimétrico das cidades, principalmente em razão do êxodo rural. Isto ocasionou a expansão das regiões periféricas, o que colocou em risco valores como a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à moradia, já que esta população que migrou para os grandes centros me-

1 Estudante Faculdade de Direito da UPF. Bolsista BIC/FAPERGS. E-mail: 173208@upf.br.

2 Pós-doutorado em Direito (Universidade de Lisboa), bolsista CAPES, doutora em Direito (UFPR), mestre em Direito (UFSC). Professora Titular da Faculdade de Direito da UPF. Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em História da UPF. Docente Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da UCS. Professora Colaboradora dos programas de Mestrado da Universidade Agostinho Neto, em Luanda, Angola. E-mail: janainars@upf.br.

tropolitanos em busca de melhores condições de vida encontrou grande dificuldade em arcar com os custos da compra ou locação de imóveis regulares, nos “espaços formais” das cidades. Isso obrigou que esse enorme contingente de pessoas acabasse ocupando espaços “informais” das cidades brasileiras, ou seja, áreas de favelas, formadas em sua maioria por ocupações irregulares ou periféricas, muitas delas em áreas de preservação ou de risco, como encostas de morro, beira de córregos ou de rios, assim como em prédios abandonados nos centros das cidades, transformados em cortiços com condições de habitabilidade muito precárias.

Nesse sentido, necessária é a participação popular e democrática, em especial das pessoas que não possuem acesso aos direitos fundamentais mais básicos, para possibilitar sua participação nas decisões junto ao poder local, especialmente no que diz respeito à elaboração de planos diretores, mais justos e equânimes, a fim de reduzir as desigualdades entre “cidade formal e informal”. Conforme se observará, muitas são as situações de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizadas nos Tribunais de Justiça estaduais brasileiros, visando a nulidade dos planos diretores e suas posteriores alterações em virtude da ausência de participação democrática.

A participação do povo nas decisões, além de estar disposta na Constituição Federal, como ver-se-á adiante, também é garantia da Lei ordinária federal que veio a regulamentar a política de desenvolvimento urbano, qual seja, o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001).

Nesse viés, através do método hipotético-dedutivo, utilizando-se de livros, pesquisas jurisprudenciais e artigos científicos, serão dedicados estudos à Constituição Federal de 1988 e seu viés democrático, bem como será analisada a participação popular para garantia dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Esta última análise será realizada por meio de pesquisa jurisprudencial nos Tribunais de Justiça do sul país, de modo a demonstrar a frequência em que há declaração de inconstitucionalidades por meio do Poder Judiciário nas alterações dos planos diretores das cidades brasileiras, quando elas se derem mediante ausência de participação popular democrática.

Esta pesquisa, portanto, é de fundamental importância, pois embora a regulamentação infraconstitucional dos arts. 182 e 183 tenha se dado em 2001, até os dias atuais verificam-se situações em que os direitos

fundamentais (de participação popular, de moradia, entre outros), são maculados. Por isso, a finalidade desta pesquisa será analisar a Constituição Federal, o Estatuto da Cidade, e a realidade jurisprudencial dos entendimentos dos Tribunais de Justiça do sul do país, bem como será discutido como solucionar os problemas relativos à falta de participação popular no âmbito do poder local.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A POLÍTICA URBANA

A Constituição Federal de 1988 trouxe um viés democrático como nunca dantes visto no constitucionalismo brasileiro, assentando instrumentos concretos para efetivar um Estado Democrático de Direito, que é regido por fundamentos, como: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, entre outros. Tais fundamentos estão interligados com os objetivos desta República, quais sejam: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a promoção do bem de todos.

Para que se possa adentrar mais profundamente na temática da política urbanística e da participação democrática, antes é necessário entender do que se trata este formato de Estado disposto no caput do art. 1º da Constituição Federal: o Estado Democrático de Direito.

Segundo José Afonso da Silva, o Estado Democrático de Direito não pressupõe apenas a união dos conceitos de Estado Democrático e de Direito. Na realidade, é um conceito diferente. A democracia que o Estado Democrático de Direito visa concretizar deve ser baseada numa sociedade livre, justa e solidária (objetivos que foram estabelecidos no art. 3º da Carta Magna). O poder deve emanar do povo, assim como dispõe o parágrafo único do art. 1º da CF/88, e esse poder deve ser exercido diretamente ou por representantes eleitos (2005, p. 121). O autor também salienta que a democracia deve ser participativa, no sentido de possibilitar ao povo participar dos processos decisórios. Deve, também, ser pluralista, para respeitar as diversidades de culturas e etnias (2005, p. 121).

Outros autores corroboram com o pensamento de José Afonso da Silva, articulando que deste importante parágrafo da Constituição de 1988 pode-se depreender a opção do constituinte por uma democracia representativa permeada com mecanismos de participação direta, os

quais se encontram dispostos no corpo constitucional. Trata-se de uma democracia semidireta ou, como dispõe Santin (2017), participativa.

O constituinte, ainda, nos arts. 182 e 183, inovou ao trazer um capítulo para regular a política urbana brasileira, dispondo que a política de desenvolvimento urbano deverá ser executada pelo Poder Público Municipal, o qual teria como objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das cidades, com sustentabilidade e garantia do bem-estar dos seus habitantes, envolvendo as presentes e futuras gerações. Entretanto, o artigo 182 da Constituição Federal dependia, para sua plena efetividade, da edição de uma lei federal. Isso apenas aconteceu em 2001, com a Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), a qual regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

Da mesma forma, levando em consideração a competência concorrente dos Municípios para promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, prevista no art. 23, IV, CF, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), como lei federal, cumpriu o importante papel de estabelecer normas gerais para ordenação das funções sociais das cidades e da propriedade urbana. E destinou aos municípios, conforme a realidade local, concretizar estas disposições a partir do Plano Diretor Municipal.

No artigo 2º do Estatuto da Cidade tem-se as diretrizes gerais desta nova política urbana, como o direito a cidades sustentáveis; a promoção da gestão democrática municipal; a cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade; a oferta de equipamentos urbanos e comunitários; o ordenamento e o controle do uso do solo, de forma a evitar o uso danoso; dentre tantas outras.

No entanto, não se pode esquecer que o espaço urbano brasileiro reflete todo um histórico de desigualdade na distribuição de riquezas, que não é facilmente superado apenas com a edição de uma nova lei. Este histórico problemático e, em consequência, os direitos fundamentais atingidos a grupos sociais mais necessitados, durante a expansão das cidades, será o objeto temático do tópico abaixo.

3 DESENVOLVIMENTO DAS CIDADES E DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA

O direito à cidade, segundo assinala Lefebvre (2001, p. 134), manifesta-se como um direito que engloba vários outros, a exemplo do direito à liberdade, do direito à individualização na socialização, do direito ao habitat e ao habitar. Ou seja, o direito à cidade seria o direito dos cidadãos de usufruir do espaço urbano, de maneira a respeitar as condições de humanismo e de democracia.

Ocorre que, conforme se observa, principalmente, em países subdesenvolvidos, o crescimento econômico e o crescimento das cidades, em conotações quantitativas, nem sempre pressupõe uma evolução econômico-social no que diz respeito à participação beneficiária de toda a população. Isto quer dizer que, nem sempre, o desenvolvimento social equânime estará presente quando do crescimento das cidades – há casos em que o desenvolvimento acaba agravando a segregação social e a distribuição desigual de renda (ÁVILA et al, 2001, p. 23).

Constata-se que no Brasil o processo de crescimento das cidades se deu de maneira muito semelhante, especialmente em razão de situações como o êxodo rural, o patrimonialismo, o personalismo e o clientelismo.³

O êxodo rural se deu em meados das décadas de 1970 e 1980, quando as cidades receberam um enorme contingente de pessoas vindas do campo. Essa migração de pessoas se deu principalmente em razão da mecanização das atividades agrícolas, que exigiram maior qualificação dos trabalhadores e, aos poucos, acabaram levando à substituição da força de trabalho braçal para a mecânica/tecnológica (ESTADÃO, 2022). Assim, no período de 1970-1980 calcula-se que migraram para o meio urbano o equivalente a 30% da população rural existente em 1970, o que totalizou cerca de 12,5 milhões de pessoas (ALVES, SOUZA, MARRA, 2011, p. 81).

Dados demonstram bem esta realidade, quando comparados em várias décadas. Em 1920, 84% da população brasileira habitava o campo e apenas 16% moravam nas cidades. Já nos anos 2000, observou-se uma realidade totalmente diferente: o censo realizado pelo IBGE apontou que

3 Para maior aprofundamento desta temática ver: (SANTIN; SANTOS, 2021, p. 1-22); (SANTIN; NASCIMENTO, p. 1157-1178, 2019); (SANTIN; CARDOSO, p. 1-17, 2016).

81,2% dos brasileiros moravam nas cidades, e apenas 18,8% residiam no campo. Uma pesquisa mais recente, do ano de 2015, desenvolvida pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), demonstrou que 84,72% dos brasileiros vivem em áreas urbanas, sendo que apenas 15,28% vivem em áreas rurais.

Esta migração desenfreada do campo para as cidades acabou por afetar os espaços urbanos, que passaram por um processo caótico de especulação imobiliária e crescimento desenfreado. Toda esta situação corroborou para a criação de áreas de moradia irregulares, e muitas vezes desprovidas de saneamento básico, como as favelas. Estima-se que nas favelas brasileiras vivem mais de 17 milhões de pessoas (ESTADÃO, 2022).

Diante disso, nota-se que com a redução dos postos de trabalho no meio agrícola, em decorrência da mecanização e da transformação deste ambiente, houve um desenvolvimento desproporcional dos solos urbanos o que, até hoje, reflete mazelas sociais e intensas violações à direitos fundamentais (OLIVEIRA; LOPES; SOUSA, 2018, p. 323). Isto acabou por afastar, muitas vezes, a população de condições dignas de moradia e até mesmo de uma participação democrática junto ao poder local, direitos estes garantidos constitucionalmente, mas que até hoje diversas vezes não são efetivados na prática.

Outras situações, como por exemplo o clientelismo, também atrapalharam a participação democrática da população. O clientelismo esteve presente no Brasil desde os tempos coloniais e consiste na troca de favores entre os detentores de poderes políticos e os eleitores. Outra característica do clientelismo é o personalismo, que nada mais é do que as relações políticas terem natureza extremamente pessoal, o que compromete o interesse público. Além destas, outras situações marcaram a história brasileira e o desenvolvimento do Poder Local, como é o caso do patrimonialismo e o coronelismo (SANTIN, 2007, p. 325-326).

Conduzindo a análise histórica do desenvolvimento das cidades para um viés de discussão acerca dos direitos fundamentais afetados, observa-se, desde logo, intensas violações aos direitos previstos no art. 5º da CF/88. Um dos direitos mais afetados em virtude do desenvolvimento assimétrico das cidades é, exatamente, o direito à moradia, direito constitucional previsto no art. 6º da Carta Magna: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer,

a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O direito à moradia previsto no art. 6º é complementado em outros dispositivos pelo Constituinte, a exemplo do art. 23, IX, o qual estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para promover programas de construção de moradias, bem como melhoras nas condições habitacionais e de saneamento básico. Além destes dispositivos, é claro, há os arts. 182 e 183 que são o objeto de estudo do presente artigo, que visam regular a política urbana brasileira, e dos quais pode-se deprender o direito às cidades.

O crescimento desenfreado das cidades levou a outros problemas, como por exemplo a violência em decorrência da marginalização, a falta de mobilidade urbana, a ausência de serviços públicos eficientes e capazes de atender as necessidades dos brasileiros. São Paulo, por exemplo, é uma das maiores metrópoles do mundo, e conta com cerca de 18 milhões de habitantes (PORTELA; VESENTINI, 2004, p. 6). Para Portela e Vesentini, ainda, isto acabou acentuando a exclusão social, fazendo com que crianças que deveriam estar brincando e estudando, estejam vivendo, até hoje, da mendicância.

A falta de oportunidades e as desigualdades nos centros urbanos criam entraves à participação democrática da população junto ao Poder Local e desarmam as pessoas deste importante instrumento, que visa fiscalizar o poder público e, principalmente, concretizar o interesse público e a democracia.

Nesse sentido, a educação, como direito de todos, está positivada ao art. 205 da Constituição de 1988, veja-se: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Nos dizeres de Gadotti (2014, p. 1-3), não basta criar mecanismos de participação popular e controle social sem que estejam presentes as condições para participação – isto porque para que seja possível a participação, esta deve ser precedida de entendimento. Ademais, segundo ele, a participação e a gestão democrática devem representar não só a descentralização do poder, mas também uma estratégia de superação do autoritarismo, do patrimonialismo, do individualismo e das desigualdades sociais. E para

a pessoa participar politicamente, será necessária uma educação participativa, voltada ao desenvolvimento da autonomia e do pertencimento. Se assim não o for, o indivíduo poderá ser vítima fácil de discursos populistas e carismáticos. E, de outra feita, a participação popular é um pressuposto da cidadania, sendo inerente à noção de democracia, dependendo, para sua implantação real, do fornecimento da informação necessária aos cidadãos, de modo que estes possam defender seus direitos e participar da conquista de mais direitos (GADOTTI, 2014, p. 9).

Nesse viés, a participação popular pressupõe uma forma de viver a democracia, abarcando a sociedade em seu conjunto (mulheres, homens, jovens, adolescentes, comunidade LGBTQIAP+). Porém, para que esta participação popular e democrática se concretize, necessária é a educação para a participação política, que muito foi afetada com o crescimento desproporcional das cidades, em razão da marginalização e desigualdades sociais aumentadas.

Portanto, conclui-se que, embora os arts. 182 e 183 da CF, bem como o Estatuto da Cidade, visem promover a política de desenvolvimento urbano de maneira a possibilitar a participação democrática, há muitos entraves na sociedade brasileira, ocasionados especialmente por questões históricas, e que acabam atingindo os direitos fundamentais dos cidadãos, como é o caso do exercício da participação popular e democrática, o direito à moradia, o direito à educação, sendo necessárias mudanças pelo poder público neste sentido, as quais serão apresentadas em seguida.

4 A AUSÊNCIA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR DEMOCRÁTICA NA ELABORAÇÃO DE PLANOS DIRETORES MUNICIPAIS BRASILEIROS

Para tornar o estudo acerca da Constituição Federal, do Estatuto da Cidade e da participação democrática junto ao Poder Local mais realístico, passa-se à análise de entendimentos jurisprudenciais que julgaram inconstitucionais as modificações nos planos diretores de determinados municípios brasileiros (mais notadamente de três estados brasileiros: Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná), bem como a frequência com que isto ocorre. Da mesma forma, buscará realizar a correlação com os

direitos fundamentais dos cidadãos e os meios jurídico-institucionais de solucionar o problema.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), várias foram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) opostas em face de alterações nos planos diretores municipais ante a ausência de participação popular. A primeira que será posta em análise é a ADI Nº 70084936855, julgada em 10 de dezembro de 2021, proveniente do Município de Eldorado do Sul, em que foi demonstrado que não houve a necessária participação popular no exame do plano diretor aprovado. Este julgado considerou que a ausência de participação popular causou uma violação não só à Constituição Federal, mas também à Constituição Estadual. (RIO GRANDE DO SUL, 2021)

Entre os dispositivos violados no caso concreto, foram mencionados o art. 29, inciso XII e art. 182, parágrafo 1º da Constituição Federal, que preceituam o seguinte:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal;

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Com relação à Constituição Estadual e os dispositivos dela violados, foi colocado em debate a violação ao art. 177, parágrafo 5º da referida legislação. Porém, ao conhecer do texto legal que rege o Estado do Rio Grande do Sul, pode-se perceber que há outros dispositivos que preveem a participação popular democrática, que se remetem à Constituição Federal, e visam corroborar para o desenvolvimento regional, veja-se:

Art. 167. A definição das diretrizes globais, regionais e setoriais da política de desenvolvimento caberá a órgão específico, com representação paritária do Governo do Estado e da sociedade civil, através dos trabalhadores rurais e urbanos, servidores públicos e empresários, dentre outros, todos eleitos em suas entidades representativas.

Art. 168. O sistema de planejamento será integrado pelo órgão previsto no artigo anterior e disporá de mecanismos que assegurem ao cidadão o acesso às informações sobre qualidade de vida, meio ambiente, condições de serviços e atividades econômicas e sociais, bem como a participação popular no processo decisório.

Art. 177. Os planos diretores, obrigatórios para as cidades com população de mais de vinte mil habitantes e para todos os Municípios integrantes da região metropolitana e das aglomerações urbanas, além de contemplar os aspectos de interesse local, de respeitar a vocação ecológica, o meio ambiente e o patrimônio cultural, serão compatibilizados com as diretrizes do planejamento do desenvolvimento regional. [...]

§ 5.º Os Municípios assegurarão a participação das entidades comunitárias legalmente constituídas na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território, bem como na elaboração e implementação dos planos, programas e projetos que lhe sejam concernentes.

Percebe-se, portanto, que a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, nos dispositivos acima mencionados, complementa o art. 29, XII, da Constituição Federal de 1988, uma vez que prevê a participação popular, em âmbito regional, seja para elaborar os planos diretores, seja para definir diretrizes gerais de ocupação do território.

Por sua vez, o artigo 168 da Constituição Estadual sul riograndense supramencionado revela a importância de o cidadão ter acesso à informação, de modo que possa participar dos processos decisórios com conhecimento de causa, o que em muito se relaciona com o tópico acima, em que foi debatida a necessidade de entender e de ter acesso ao estudo para que, de fato, seja possível uma participação democrática popular.

Outro caso oriundo do Estado do Rio Grande do Sul foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70084338243, julgada em 12 de março de 2021, em que foi reconhecida a inobservância do devido processo legislativo na edição de alterações ao plano diretor municipal de São Ga-

briel. Logo, violou o art. 177, § 5º da Constituição Estadual, que impõe a participação popular na definição do plano diretor, julgando-se inconstitucionais as alterações. (RIO GRANDE DO SUL, 2021)

O mesmo ocorreu na ADI Nº 70078396025, oriunda do Município de Santana do Livramento, julgada em 26 de novembro de 2018, em que foi alterado o plano diretor da cidade, criando uma Zona Especial de Interesse Social, sem a devida participação popular, violando, portanto, o art. 177, § 5º da Constituição Estadual. (RIO GRANDE DO SUL, 2018)

No entanto, não são todos os casos em que alterações nos planos diretores das cidades causam inconstitucionalidades. É o caso do Agravo de Instrumento Nº 70082731977, proveniente de um mandado de segurança, em que os desembargadores entenderam que a alteração no plano diretor se deu de maneira coerente, uma vez que atendeu ao pressuposto do art. 40, § 4º, I do Estatuto da Cidade, que dispõe que a participação democrática popular pode se dar através de audiências públicas, por exemplo. No caso, como havia sido realizada audiência pública, cumprido estava o requisito da participação popular para a alteração do plano diretor. (RIO GRANDE DO SUL, 2019)

Outro exemplo que corrobora com a presente discussão é o Agravo de Instrumento Nº 70082968058, proveniente de Ação Civil Pública, julgado em 18 de dezembro de 2019, em que foi considerado que não houve, efetivamente, modificação no plano diretor, sendo dispensável a participação popular em relação à lei de caráter meramente autorizativo. Logo, percebe-se que nem sempre as alterações nos planos diretores municipais sem a devida participação democrática causam, de pronto, sua nulidade pelo Tribunal de Justiça do Estado. Mas há de se convir que são casos minoritários. (RIO GRANDE DO SUL, 2019)

Com relação ao Estado de Santa Catarina, o mesmo cenário é constatado, ou seja: com frequência são realizadas alterações nos planos diretores municipais ou na legislação municipal e, como não há a devida participação democrática da população, tais alterações são consideradas inconstitucionais pelo seu Tribunal de Justiça estadual, tanto por violação à Constituição Estadual, quanto por violação à normas federais, como a própria Constituição Federal e o Estatuto da Cidade.

É o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5025931-76.2020.8.24.0000, julgada em 16 de março de 2022, pelo Tribunal de

Justiça de Santa Catarina, com relação às leis do Município de Imbituba, (SANTA CATARINA, 2022) veja-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS DO MUNICÍPIO DE IMBITUBA VERSANDO SOBRE PLANEJAMENTO E DESENVOLVIMENTO DO TERRITÓRIO MUNICIPAL. PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DAS LEIS. PRELIMINAR DE QUE SE TRATA DE EXIGÊNCIA PREVISTA NO PLANO INFRACONSTITUCIONAL CONFORME PRECEDENTE ANTIGO DESTE TRIBUNAL. EXIGÊNCIA, CONTUDO, COM ASSENTO CONSTITUCIONAL NOS TERMOS DE PRECEDENTES MAIS MODERNOS. PRELIMINAR DE IRREGULARIDADE DO PEDIDO EM RAZÃO DA NÃO IMPUGNAÇÃO DE DISPOSITIVOS DO PLANO DIRETOR QUE DEFINEM A FORMA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR POR MEIO DA MANIFESTAÇÃO DE CONSELHO MUNICIPAL. PREVISÕES INFRACONSTITUCIONAIS, TODAVIA, QUE NÃO AFASTAM A SUPOSTA AFRONTA DIRETA À CONSTITUIÇÃO TAMPOUCO IMPEDEM O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO. PRELIMINARES AFASTADAS. REVOGAÇÃO DE PARTE DAS LEIS ATACADAS. PERDA PARCIAL DO OBJETO. RECONHECIMENTO. MÉRITO. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO DE FORMAÇÃO DAS LEIS ATACADAS POR MEIO DE DEBATES, AUDIÊNCIA E CONSULTAS PÚBLICAS. EXIGÊNCIA CONTIDA NO ARTIGO 111, XII, E NO ARTIGO 141, III, DA CESC/1989 CONFORME INTERPRETAÇÃO DESTE TRIBUNAL. SUPOSTA MANIFESTAÇÃO DE CONSELHO MUNICIPAL QUE NÃO SUPRIRIA A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL. PEDIDO PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARA QUE TENHAM INÍCIO 4 MESES APÓS A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE VEDAÇÃO DO EFEITO REPRISTINATÓRIO PREJUDICADO. (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 5025931-76.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Salim Schead dos Santos, Órgão Especial, j. 16-03-2022, grifo nosso)

Neste julgamento, percebe-se que foram consideradas inconstitucionais as leis que alteraram o plano diretor da cidade de Imbituba/SC, eis que estas violaram os artigos 111, XIII e 141, III da Constituição

do Estado de Santa Catarina, que guardam relação com o artigo 29, XII e XIII da Constituição da República.

Importante destacar, portanto, que os artigos da Constituição Estadual supramencionados dão ênfase à participação popular quando da implementação de planos, programas e projetos, bem como para a solução de problemas urbanos. Diante disso, estão em plena consonância com as disposições da Constituição Federal e do Estatuto da Cidade, que preconizam a cooperação das associações representativas no planejamento municipal, bem como a iniciativa popular para os projetos de lei de interesse do Município.

Outras situações ocorreram de maneira semelhante no Estado de Santa Catarina, a exemplo da ADI nº 5001370-51.2021.8.24.0000 (SANTA CATARINA, 2021), que reconheceu a inconstitucionalidade da alteração do plano diretor do Município de Otacílio Costa, em virtude de defeito no processo legislativo, que não contou com a participação popular. Pelos mesmos motivos se deu a procedência das ADIs nº 8000404-13.2016.8.24.0000 (SANTA CATARINA, 2019) e 9151129-31.2015.8.24.0000 (SANTA CATARINA, 2018). Esta última, inclusive, faz menção à lei criada no Município de Itapema, dispendo sobre assuntos urbanísticos, exigindo recuo, afastamento predial, lateral e de fundos, a partir do 11º pavimento das unidades habitacionais com frente para avenidas. No entanto, como não houve a devida participação popular, com audiências públicas, por exemplo, a inserção de tais regulamentações foi considerada inconstitucional.

No Estado do Paraná, as pesquisas demonstraram menor frequência de inconstitucionalidade de leis que alteraram planos diretores de municípios, sendo que o caso mais notável foi a Ação Civil Pública nº 0003832-75.2016.8.16.0158 (PARANÁ, 2022). Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DIFUSO EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CAUSA DE PEDIR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. 2. VÍCIO DE INICIATIVA. PLANEJAMENTO NA OCUPAÇÃO E USO DO SOLO URBANO. LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA. COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES DO C. ÓRGÃO ESPECIAL. 3. INOBSERVÂNCIA DOS DITAMES LEGAIS PARA ALTERAÇÃO DO PLANO DIRETOR E DA LEI DE ZONEAMENTO URBANO. MÁCULA À

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. AUSÊNCIA DE ESTUDO URBANÍSTICO E PARTICIPAÇÃO POPULAR. FLAGRANTE ILEGALIDADE. MANUTENÇÃO DA R. SENTENÇA 4. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR - 5ª C.Cível - 0003832-75.2016.8.16.0158 - São Mateus do Sul - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU LUCIANO CAMPOS DE ALBUQUERQUE - J. 13.06.2022, grifo nosso).

No presente julgamento, o Relator entendeu que é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, em sede de Ação Civil Pública, quando, para a análise do pedido principal, a resolução da controvérsia seja indispensável. Ademais, entendeu o Relator que em se tratando de matéria de política urbana e ocupação do solo, integrando o sistema do plano diretor e da lei de zoneamento, o processo legislativo deve seguir os requisitos emanados pelo art. 182 da Constituição Federal e artigos 42-B e 43/46 do Estatuto da Cidade, de forma que seja possível a aprovação e gestão democrática.

No julgamento, portanto, ficou constatada a inobservância do devido processo legal participativo, ou seja, não houve a realização de audiências e consultas públicas, o que indicou a inconstitucionalidade do procedimento. Nesse momento, notável trazer à tona um trecho do acórdão, que muito diz sobre a necessidade da democracia participativa (PARANÁ, 2022):

Desta feita, a inobservância do devido processo legal participativo para a alteração do zoneamento - que prevê a necessidade de audiências e consultas públicas antes que o projeto de lei seja elaborado e encaminhado ao Poder Legislativo- representa forte indício de possível inconstitucionalidade. Ainda é de se destacar que o Estatuto das Cidades prevê que a política urbana deve ser embasada no princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização. O planejamento urbano deve dar tratamento isonômico aos interessados, sejam eles particulares ou da comunidade, porque todos os envolvidos irão suportar as consequências positivas e negativas da modificação do zoneamento. Como dito alhures, cabe ao poder público o planejamento- mediante prática de atos de gestão, estudos técnicos e fixação de diretrizes gerais-para alcançar a finalidade adequada das mudanças legislativas que versam sobre zoneamento. Com isso, visa-se, também, preservar o princípio da supremacia do interes-

se público, pilar da organização administrativa (TJPR - 5ª C.Cível - 0003832-75.2016.8.16.0158 - São Mateus do Sul - Rel.: JUIZ DE DIREITO SUBSTITUTO EM SEGUNDO GRAU LUCIANO CAMPOS DE ALBUQUERQUE - J. 13.06.2022)

Com isso, conclui-se que, com demasiada frequência, são consideradas inconstitucionais nos tribunais de justiça dos tribunais estaduais leis que alteraram planos diretores, considerando uma análise feita em 3 estados no sul do país, quais sejam: Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. No entanto, não se trata da totalidade de vezes, eis que, certamente, há várias modificações que obedecem às exigências de participação democrática popular, bem como há casos em que não se tratam, exatamente, de modificações nos planos diretores, sendo dispensável, portanto, a participação democrática através de audiências públicas, por exemplo.

No entanto, é necessário pensar e estudar em como debelar este problema que tem sido objeto de julgamento recorrente no Tribunais de Justiça.

5 COMO SUPERAR O PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA?

Como visto, reiteradas vezes a pauta levada a julgamento é repetida, qual seja: a constitucionalidade das leis que alteraram os planos diretores, tendo em vista a possibilidade de violação ao processo legislativo por ausência de participação democrática da população.

A frequência e a atualidade com que a temática vem à tona demonstra a existência de um problema, que deve ser estudado e resolvido. Com a presente pesquisa, notou-se que a Constituição Federal, assim como o Estatuto da Cidade, trouxeram a necessidade de participação popular, seja por consultas ou audiências públicas, para discutir a política urbana brasileira, a exemplo quando da elaboração dos planos diretores.

Além disso, salientou-se a importância do direito fundamental à educação para que seja efetivada tal garantia, pois para que o cidadão possa participar da gestão municipal é necessária que tal participação lhe seja inteligível. Esta participação se mostra importante, da mesma maneira, para combater questões históricas, como é o caso do desenvolvimento assimétrico das cidades, que acabou por atingir grande parcela da

população, e que tem direitos fundamentais seus duramente atingidos em razão destas desigualdades.

Porém, de nada adianta alterações formais, quando nem a população nem os governantes estão preparados para as inovações legislativas positivadas. Desta maneira, importante que se entenda a correlação entre a participação e a democracia. Segundo Érico Avelino de Oliveira, democracia é o poder político sustentado pela soberania popular, modo em que os governantes são escolhidos em eleições livres, mediante o sufrágio universal (2003, p. 04). Já a participação, em seus dizeres (2003, p. 09), pressupõe fazer parte, tomar parte de uma determinada atividade ou negócio, fazer a diferença, contribui para a construção de um futuro melhor. Democracia, portanto, seria um estado de participação. Érico elenca alguns princípios acerca da participação:

1. A participação é uma necessidade humana e, por conseguinte, constitui um direito das pessoas. Como são necessidades básicas a alimentação, saúde, educação, o ser humano tem a necessidade de refletir sobre algo, autovalorizar-se, expressar-se e por fim participar. Privá-lo disso, mutila sua personalidade.
2. A participação justifica-se por si mesma, não por seus resultados. Uma vez que a participação é uma necessidade e um direito, ela deve ser levada a efeito independente de atingir seus objetivos ou não.
3. A participação é um processo de desenvolvimento da consciência crítica e de aquisição de poder. Pessoas antes passivas e conformistas transformam-se em pessoas ativas e críticas, ocorrendo descentralização e distribuição do poder.
4. A participação leva a apropriação do desenvolvimento pelo povo. O povo é copartícipe, corresponsável pelo sucesso ou pelo fracasso do projeto.
5. A participação é algo que se aprende e se aperfeiçoa. Com a prática e autocrítica, a participação vai se aperfeiçoando.
6. A participação pode ser provocada e organizada sem que isto signifique necessariamente manipulação. Pode até ter objetivo de manipular um grupo em determinada situação (o que é desaconselhável), mas é dever do poder público propiciar todos os meios para que a população participe e deem um caráter de maior legitimidade a seus atos.
7. A participação é facilitada com a organização e a criação de fluxos de comunicação. Distribuir tarefas de acordo com os talentos e fazer saber a todos o que, quem, onde e o porquê dos acontecimentos, faz com que a participação seja eficiente e eficaz.
8. Devem ser respeitadas as diferenças individuais na forma de participar. Há pessoas tímidas e pessoas extrovertidas, cada um

tem seus limites e individualidades. Querer uniformizar comportamentos torna as pessoas antinaturais e mata a participação. 9. A participação poderá resolver conflitos mas também poderá gerá-los. É um erro esperar que a participação traga, necessariamente, a paz e ausência de conflitos. O que ela traz é uma maneira mais evoluída e civilizada de resolvê-los. A participação tem inimigos externos e internos: em nossa sociedade classista e hierárquica nem sempre se aceita o debate com “inferiores” na escala social ou de autoridade. Dentro do próprio grupo haverá pessoas que, mesmo admitindo que todos são iguais, consideram-se “mais iguais” que os demais. 10. Não se deve “sacralizar” a participação: ela não é panaceia nem é indispensável em todas as ocasiões. Definitivamente não é um remédio para todos os males. Haverá momentos em que ela não se fará necessária, mesmo porque o poder público foi constituído para gerir a coisa pública levando em conta o princípio da eficiência e eficácia e deverá fazê-lo visando sempre a finalidade pública, com ou sem a participação (2003, p. 11-13).

O processo de participação democrática é muito relacionado, portanto, com as previsões da Constituição de 1988 e, mais especificamente, com o Estatuto da Cidade, no que diz respeito à elaboração das políticas urbanísticas e gestão da cidade. Os artigos 43, 44 e 45 do Estatuto da Cidade trazem os mecanismos que devem ser utilizados para garantir a gestão democrática da cidade, sendo eles: o uso de órgãos colegiados de política urbana; debates, audiências e consultas públicas; conferências; iniciativa popular. Nesse viés, necessário se faz que tais disposições não sejam apenas textuais, e sim que sejam utilizadas na prática, para que haja, de fato, uma integração entre o Poder Público e os cidadãos, evitando, desta forma, o reconhecimento de inconstitucionalidades e invalidades procedimentais.

Segundo dispõe Santin (2007, p. 337), um mecanismo de solução da problemática seria exatamente ampliar as garantias da cidadania, de modo a tornar mais eficiente a atuação dos gestores públicos, combatendo, ao mesmo tempo, a corrupção, a má utilização dos recursos públicos, e as práticas clientelistas e patrimonialistas, que fazem com que o governo seja exercido para poucos.

Outrossim, devem ser aprimoradas as instituições de educação, para que sejam incentivadas as pessoas a deliberarem sobre política, bem como a construir um senso crítico sobre a gestão da coisa pública. Tal

processo será longo e difícil, mas para que os dispositivos constitucionais e do Estatuto da Cidade possam ser transferidos de linhas para a prática, é necessário que a população tenha, primeiro, conscientização de sua condição como cidadãos, e de seus direitos de participarem de audiências e consultas públicas. Aproveito para citar uma frase marcante e que em muito se relaciona com a conclusão desta pesquisa: “Não é o cidadão que está a serviço do Estado, mas o Estado que deve servir ao cidadão. Mas tal exigência só se realiza se houver uma cidadania atuante e organizada sob processos de gestão democrática” (SANTIN, 2007, p. 338).

Portanto, para que sejam superadas todas as questões históricas ligadas à política urbana brasileira, necessária uma evolução, em primeiro lugar, educacional, de modo que as pessoas entendam suas condições e seus direitos como cidadãos, para que possam participar democraticamente da gestão da coisa pública.

REFERÊNCIAS

ALVES, Eliseu; SOUZA, Geraldo; MARRA, Renner. Êxodo e sua contribuição à urbanização de 1950 a 2010. **Revista de Política Agrícola**. Disponível em: <https://www.alice.cnptia.embrapa.br/alice/bitstream/doc/910778/1/Exodoesua-contribuicao.pdf>Acesso em: 17 set. 2022.

ÀVILA, Vicente Fidelis *et al.* **Formação educacional em desenvolvimento local**: relato de estudo em grupo e análise de conceitos. 2 ed. Campo Grande, MS: UCDB, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mai. 2022.

BRASIL. Constituição do Estado de Santa Catarina. Disponível em: https://www.alesc.sc.gov.br/sites/default/files/CESC_2021_-_80_emds.pdf. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Constituição Estadual do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9p=-X3_esaNg3%d&tabid-3683&mid=5358. Acesso em: 31 ago 2022.

BRASIL. Lei nº 10.257/2001. Estatuto da Cidade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 22 mai. 2022.

ESTADÃO. **Como o êxodo rural transformou as cidades brasileiras?**. Disponível em: <https://summitmobilidade.estadao.com.br/urbanismo/como-o-exodo-rural-transformou-as-cidades-brasileiras/#:~:text=O%20C3%AAxodo%20rural%20leva%20C3%A0,imobili%20ria%20e%20um%20crescimento%20desordenado>. Acesso em: 30 ago. 2022.

GADOTTI, Moacir. **Gestão democrática com participação popular no planejamento e na organização da educação nacional**. Disponível em: <https://www.jaciara.mt.gov.br/arquivos/anexos/05062013105125.pdf>. Acesso em: 02 set. 2022.

IBGE EDUCA/PNAD. População rural e urbana. Disponível em: <https://educacao.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18313-populacao-rural-e-urbana.html#:~:text=De%20acordo%20com%20dados%20da,brasileiros%20viverem%20em%20C3%A1reas%20rurais>. Acesso em: 25 ago. 2022.

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2001.

OLIVEIRA, Celso Maran; LOPES, Dulce; SOUSA, Isabel Cristina Nunes. Direito à participação nas políticas urbanísticas: avanços após 15 anos de estatuto da cidade. **Urbe- Revista Brasileira de Gestão Urbana**, 2018, v. 10, n. 2 [Acessado 30 Maio 2022], pp. 322-334. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2175-3369.010.002.AO04>. Epub 19 Feb 2018. ISSN 2175-3369. <https://doi.org/10.1590/2175-3369.010.002.AO04>.

OLIVEIRA, Érico Avelino. Participação Democrática. **Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: https://www.almg.gov.br/export/sites/default/educacao/sobre_escola/banco_conhecimento/arquivos/pdf/participacao_democratica.pdf. Acesso em: 03 set. 2022

PARANÁ. Apelação Cível nº 0003832-75.2016.8.16.0158, Relator Luciano Campos de Albuquerque. Julgada em: 13-06-2022.

PORTELA, Fernando; VESENTINI, José William. **Êxodo rural e urbanização**. 17 ed. São Paulo: Ática, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70078396025. Julgada em: 26-11-2018.

RIO GRANDE DO SUL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70084338243. Julgada em: 12-03-2021.

RIO GRANDE DO SUL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70084936855. Julgada em: 10-12-2021.

RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento nº 70082731977, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira. Julgado em: 30-10-2019.

RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento nº 70082968058, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício. Julgado em: 18-12-2019.

SANTA CATARINA. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5001370-51.2021.8.24.0000, Relatora Denise Volpato, Órgão Especial. Julgada em: 18-08-2021.

SANTA CATARINA. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5025931-76.2020.8.24.0000, Relator Salim Schead dos Santos, Órgão Especial. Julgada em: 16-03-2022.

SANTA CATARINA. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 8000404-13.2016.8.24.0000, Relatora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Órgão Especial. Julgada em: 20-03-2019.

SANTA CATARINA. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 9151129-31.2015.8.24.0000, Relator Jaime Ramos, Órgão Especial. Julgada em: 05-09-2018.

SANTIN, Janaína Rigo; CARDOSO, Leonardo. NEPOTISMO E PRÁTICAS CLIENTELÍSTICAS: uma visão histórica do Poder Local no Brasil. **Estudios históricos** (Rivera), v. 16, p. 1-17, 2016. Disponível em: <http://www.estudioshistoricos.org/16/eh1611.pdf>. Acesso em 17 set. 2022.

SANTIN, Janaína Rigo; NASCIMENTO, Anna G. Patrimonialismo na Gestão Pública: o caso do Brasil. RJLB - **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, v. 6, p. 1157-1178, 2019. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_1157_1178.pdf. Acesso em 17 set. 2022.

SANTIN, Janaína Rigo; PANDOLFO, Bruna P. Participação e conselhos gestores municipais. **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**, [S. l.], v. 8, n. 16, p. 211–231, 2016. DOI: 10.14295/rbhcs.v8i16.349. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/rbhcs/article/view/10665>. Acesso em: 17 set. 2022.

SANTIN, Janaína Rigo; SANTOS, Caroline N. O Coronelismo retratado na literatura brasileira: análise da obra “São Bernardo”, de Graciliano Ramos. *Estudios históricos (Rivera)*, v. 25, p. 1-22, 2021. Disponível em: <http://estudioshistoricos.org/25/eh2511.pdf>. Acesso 17 set. 2022

SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI**: novos desafios da cidadania e do Poder Local. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

SANTIN, Janaína Rigo. O tratamento histórico do poder local no Brasil e a gestão democrática municipal. **Núcleo de Pesquisa em Movimentos Sociais**. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Janaina-Santin/publication/267562141_O_TRATAMENTO_HISTORICO_DO_PODER_LOCAL_NO_BRASIL_E_A_GESTAO_DEMOCRATICA_MUNICIPAL/links/556cbe7c08aec226830547c3/O-TRATAMENTO-HISTORICO-DO-PODER-LOCAL-NO-BRASIL-E-A-GESTAO-DEMOCRATICA-MUNICIPAL.pdf. Acesso em: 01 set. 2022.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

A IMPORTÂNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS PARA O CONTROLE SOCIAL: A OUVIDORIA COMO UMA FERRAMENTA VIABILIZADORA NA ESFERA LOCAL¹

BETIELI DA ROSA SAUZEM MACHADO²

CAMILA LEMOS DE MELO³

RICARDO HERMANY⁴

1 INTRODUÇÃO

Por meio da importância em se obter um gerenciamento das riquezas coletivas e de se viabilizar à prestação de serviços públicos eficien-

- 1 Pesquisa em desenvolvimento e oriunda das atividades realizadas no âmbito do Grupo de Estudos “Gestão Local e Políticas Públicas”, coordenado pelo Prof. Dr. Ricardo Hermany (Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC) e vinculado ao Diretório do CNPq. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. Esta publicação tem apoio em bolsa institucional da Confederação Nacional de Municípios (CNM).
- 2 Doutoranda e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade I, dedicação exclusiva. Bolsista da Confederação Nacional de Municípios em convênio Apesc/CNM. Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Advogada. E-mail: betielisauzem@yahoo.com.br.
- 3 Advogada especialista em Compliance e LGPD. Mestranda na Universidade de Santa Cruz do Sul (2022) e mestranda sanduíche (2022) pela Universidade do Minho. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2013). E-mail: camilalmeo@yahoo.com.br.
- 4 Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999). Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/ Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Consultor Jurídico da CNM – Confederação Nacional de Municípios. Advogado. E-mail: hermany@unisc.br.

tes, verifica-se que a Administração Pública deve intentar e promover a obediência das normas constitucionais e infraconstitucionais, respeitando, além disso, o dever de transparência na gestão da coisa pública, em busca de concretizar sua finalidade maior que é o interesse público. Nesse sentido, o cumprimento dos princípios constitucionais, no que se refere à gestão do patrimônio coletivo, têm ganhado relevância a partir do surgimento de novos meios e mecanismos que visam auxiliar na promoção e efetivação do controle da gestão.

Dessa maneira, a pesquisa centra-se em examinar o controle da Administração Pública no âmbito do controle externo, exercido pelos Tribunais de Contas. Ressalta-se que para o controle satisfatório e ágil ser efetivado é necessário o cumprimento das obrigações e que subsista, invariavelmente, um sistema moderno e atual, o qual adota novas técnicas, inclusive eletrônicas, para realizar uma fiscalização adequada. De tal modo, evidencia-se que o sistema de Ouvidoria elaborado e implementado pelo órgão de contas do Estado do Rio Grande do Sul tende a contribuir como ferramenta auxiliar no controle social.

Desta forma, o problema de pesquisa proposto centra-se no seguinte: o sistema de ouvidoria implementado no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul pode ser considerado como um mecanismo que fortalece o controle social e como um viabilizador do direito à transparência e publicidade, oportunizando a fiscalização da sociedade para uma boa gestão pública?

Neste contexto, para responder ao questionamento, utiliza-se o método de procedimento hermenêutico, o qual auxiliará na interpretação dos textos e dados coletados de melhor forma. Ademais, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, partindo de dados gerais – conceituação dos controles externo e social, bem como do papel dos Tribunais de Contas no Brasil – para dados específicos – analisando dados sobre o sistema de Ouvidoria implementado no órgão de contas do Estado do Rio Grande do Sul. E a técnica de pesquisa é a bibliográfica, por meio de documentação indireta, verificando os contornos e fundamentos da legislação, obras, livros, artigos, monografias, dissertações, teses, referentes às temáticas pesquisadas.

A pesquisa é dividida em três objetivos específicos, sendo que: no primeiro, analisa-se o controle da Administração com enfoque no papel

dos Tribunais de Contas no controle externo e aborda-se a natureza jurídica dos Tribunais de Conta, competências e composição. No segundo, conceitua-se o controle social, o direito à informação e à publicização no Brasil a partir da Constituição de 1988. E no terceiro, examina-se os impactos no controle social e no controle externo com a implementação do sistema de Ouvidoria no TCE-RS.

2 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A Administração Pública tem como escopo alcançar os interesses públicos e atua objetivando o cumprimento do que está indicado pela norma, sendo que em decorrência disso são prescritas para suas ações uma estrita legalidade e meios de controle que sejam efetivos. Além disso, a Administração, diferentemente do setor privado, tem o dever de seguir as diretrizes que estão prescritas em lei, ou seja, o gestor público no exercício de suas prerrogativas só pode realizar aquilo que a norma determina, assim lhe é proibido agir como se particular fosse. Dallari (2003) destaca, nesse sentido, que o regime jurídico administrativo se dá de igual forma, ou seja, é norteado por meio de um conjunto de normas e princípios lhes asseguram privilégios e prerrogativas, como a exemplo a presunção de veracidade e a legitimidade de seus atos, poderes para que de forma unilateral constitua particulares em obrigações para com ela, sendo-lhe imposto limites e restrições que não existentes para os particulares.

Assim, o controle da Administração é ínsito ao Estado de Direito, o qual nasce em decorrência da submissão do poder político ao Direito, ou seja, “limitar o poder: eis a síntese do controle?” (FERNANDES, 2016, p. 33). Desta forma, para que não ocorra o abuso de poder é necessário que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder (MONTESQUIEU, 2005). Ressalta-se, ainda, que o sistema de controle administrativo e a separação de poderes conforme foi pensada pelo autor são elementos conjuntos à lógica do Estado Democrático de Direito.

Com relação ao conceito de controle da Administração Pública é importante destacar que é o poder de fiscalização e correção exercido sobre ela por intermédio dos órgãos dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, visando a garantia de uma atuação de acordo com os princípios que lhe

são impostos pelo ordenamento jurídico (DI PIETRO, 2010). O controle da Administração também pode ser definido como a possibilidade de inspeção, verificação, exame – exercidos pela própria Administração, por outros poderes ou por qualquer cidadão – da efetiva correção na conduta da gestão de um poder, autoridade ou órgão, tendo como escopo a garantia de uma atuação que esteja de acordo com os modelos desejados e planejados, gerando com isso uma aferição sistemática (GUERRA, 2003).

Gaparini (1995) ressalta que todas as atividades da Administração, sejam elas discricionárias ou vinculadas, estão subordinadas à lei, de acordo com o artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como o interesse público estabelece que o agir da Administração deve ser útil e eficiente. De tal modo, para satisfazer o interesse público, que é a finalidade primordial da Administração Pública, é necessário que exista o controle administrativo, o qual se caracteriza por ser um conjunto de instrumentos que o ordenamento jurídico estabelece com o intuito de que a Administração, os Poderes Judiciário e Legislativo e o povo, de forma direta ou por meio de órgãos especializados, possam exercer o poder de fiscalização, revisão da atuação administrativa e orientação de todos os órgãos, agentes públicos e entidades, em todas as esferas. Portanto, o controle da Administração é uma atribuição de vigilância, orientação e correção exercida por um certo órgão ou agente público sobre a atuação de outro ou de sua própria atuação, buscando confirmá-la ou desfazê-la, de acordo com a legalidade, conveniência, eficiência e oportunidade.

Neste contexto, salienta-se que existem três tipos de controles administrativos, sendo eles: controle interno, exercido pela Administração sobre seus órgãos e suas entidades da administração indireta; controle social, efetuado pela sociedade participativa de forma direta com relação às atividades do Estado; e controle externo, aquele em que um Poder exerce sobre os atos administrativos praticados pelos outros Poderes (ALEXANDRINO; PAULO, 2012). Dessa maneira, o controle interno encontra-se previsto no artigo 74⁵ da Constituição, o qual in-

5 Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades

dica que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deverão manter um sistema de controle interno de forma integrada, visando auxiliar os atos da Administração e contribuir para uma boa gestão da coisa pública, bem como será responsável solidário de cada órgão nos atos eivados de vícios. Outrossim, a implementação do sistema de controle interno na Administração decorre do princípio da autotutela, implícito na Constituição, o qual impõe para a autoridade competente o dever de analisar a legitimidade e o mérito dos seus atos, tendo o dever de afastar aqueles que forem para o interesse público ilegítimos, inconvenientes ou inoportunos, conforme a Súmula 473 do STF⁶.

Já em relação ao sistema de controle externo reitera-se que é o conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional que apresenta atividades, procedimentos e recursos próprios, que não são integrados na estrutura controlada, buscando fiscalizar, verificar e corrigir os atos. (FERNANDES, 2016). Desse modo, de acordo com o sistema de fiscalização contábil, orçamentária e financeira adotado pela Constituição de 1988, o controle externo será exercido pelo Poder Legislativo, nos termos do artigo 70. No entanto, a sua execução deve ser realizada por um órgão que possui independência de atuação e autonomia plena sobre os três Poderes da República, realizando a fiscalização com competências próprias, indelegáveis e exclusivas, conforme previsto no artigo 71, assim tal organismo é o Tribunal de Contas. (COSTA, 2006).

O Tribunal de Contas encontra-se previsto no Título IV – Organização dos Poderes –, no Capítulo I – Do Poder Legislativo –, regulado na Seção IX, que aborda a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, conforme previsto entre os artigos 70 a 75, da Constituição. Sodré (2006)

da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. § 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. § 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

- 6 A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

destaca que o Tribunal de Contas é considerado um órgão independente e autônomo, não pertencente a nenhum dos Poderes da República e que exerce magistratura *sui generis* como uma instituição responsável como auxiliar do Poder Legislativo no controle externo.

Contudo, observa-se que a Corte de Contas não se subordina ao Poder Legislativo, mesmo que seja considerado como um órgão público especializado em auxiliar e orientar no controle externo dos gastos públicos, conforme artigo 71, *caput*, da Constituição (JUSTEN FILHO, 2016). Portanto, o órgão de contas tem suas peculiaridades, distinguindo-o das demais instituições superiores de auditorias externas dos outros países, pois além de investigar e coletar dados, também, produz informações relacionadas à gestão de recursos públicos – quanto à legalidade, economicidade, eficiência e eficácia – assim como, possui competências tomar decisões específicas que produzirão efeitos concretos, independente da aprovação do Congresso Nacional ou da Assembleia Legislativa.

Ainda, é importante mencionar que as competências atribuídas aos Tribunais de Contas se ampliaram – não somente em razão da Constituição de 1988 – em virtude das modificações produzidas na prestação da atividade administrativa, as quais investiram o órgão com poderes mais abrangentes, buscando a ampliação da sua eficiência, visto que impõe desafios aos órgãos de controle da coisa pública, celeridade nas demandas, fiscalização contábil, orçamentária, financeira, patrimonial e operacional dos órgãos e entidades de sua administração direta e indireta. Ademais, é possível agrupar as atribuições das Cortes de Contas em quatro categorias: opinativa e informativa, que se efetiva por meio da emissão de parecer prévio sobre as contas do chefe do Executivo e nas respostas às consultas formuladas ao Tribunal; fiscalizadora, no caso das auditorias e inspeções; corretiva, quando assinala prazo para correção de irregularidades; e jurisdicional especial, no momento em que julga as contas do chefe do executivo, conforme previsto no inciso II do artigo da Constituição. Desse modo, passar-se-á a abordagem do controle social na gestão pública a partir do direito constitucional à informação e à publicização.

3 O CONTROLE SOCIAL DA GESTÃO LOCAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INFORMAÇÃO E À PUBLICIDADE

Com a evolução do Estado para o modelo Democrático de Direito, este passou a dirigir suas ações para além do bem-estar dos cidadãos, passando a possibilitar que estes participem das decisões do Estado, sendo que Martins Junior (2010) explana que a participação popular no controle e na gestão da Administração é um dos princípios fundamentais desta forma de Estado, além de ser o traço distintivo entre o Estado de Direito Democrático e o Estado de Direito Social, em razão da diminuição da distância entre a sociedade e a Administração, sendo sua formulação embasada na participação das pessoas humanas nas funções administrativas para legitimação dos atos públicos.

Assim, uma Administração Pública eficaz, participativa e democrática é uma exigência intrínseca ao Estado de Direito, onde Dromi (2005, p. 44) destaca que:

El control público no estatal procura, desde diversos ángulos, instaurar o reforzar la vigencia del Estado de Derecho, desde dentro del sistema, y acogíendose a sus reglas. Su finalidad es política desde una perspectiva mediata en la medida que pretende la mejora en la calidad de vida de la sociedad política, pero no porque sea su objeto primario el gobierno del Estado.⁷

Portanto, além da fiscalização pelo controle externo, para uma boa a gestão dos bens e recursos públicos, existe o controle social que é exercido pelos cidadãos, os quais são interessados diretamente na sua efetividade, sendo que para tanto ou seja, é necessário que se incentive a criação de meios para que seja efetuado o controle social. Borges (1993) frisa que a Constituição legitimou, de diversas formas, e perante aos três Poderes, o controle social como instrumento impulsionador e indispensável para a ação dos poderes.

7 Tradução livre: O controle público não estatal procura, de diferentes ângulos, estabelecer ou reforçar a validade do Estado de Direito, de dentro do sistema, e fixar as suas regras. Sua finalidade é política, numa perspectiva de médio prazo, na medida em que visa melhorar a qualidade de vida da sociedade política, mas não porque seu objetivo principal é o governo do Estado.

Assim, conceitua-se o controle social como o conjunto de meios interventivos, sejam negativos ou positivos, acionados pela sociedade ou por grupos sociais, visando induzir os próprios membros a se sujeitarem às normas que a caracterizam, bem como impedindo e desestimulando os comportamentos que sejam contrários às normas. Portanto, o controle social é uma forma de limitação no agir individual na sociedade, em que cada grupo social e sociedade adotam os mecanismos de controle para atender e garantir da melhor forma o consenso de convivência harmônica. (MILESKI, 2003).

Nesse sentido, este tipo de controle é atribuído à população, a qual exercerá sobre a Administração, sendo que a transparência e a participação popular na gestão fiscal são formadas com base no *accountability*, tendo o dever de servir para que seja realizado o controle de resultados e para se adequarem os meios para o cumprimento da política fiscal (MILESKI, 2003). Diniz (2015) complementa que no âmbito do Estado Democrático de Direito, não é possível de se negar a importância do controle social (*accountability* vertical), como forma de controle da Administração Pública, o qual é exercido pelos cidadãos de forma direta e individual, ou por intermédio de partidos políticos, sindicatos e associações.

Com o advento da Constituição de 1988 os mecanismos para a efetivação do controle social foram multiplicados, passando a existir a possibilidade de qualquer cidadão, associação, partido político ou sindicato realizar denúncias de possíveis irregularidades ou ilegalidades aos órgãos de controle externo, conforme dispõe o artigo 74 da Constituição. Além disso, a legislação infraconstitucional passou a prever meios para se efetivar o controle social e para fazer valer as constatações referentes a irregularidades na aplicação da lei.

Vale ressaltar que a nova matriz Constitucional inaugurada em 1988, o Estado passou a depender fortemente da sociedade como uma co-gestora dos interesses públicos, visto que a própria ordem constitucional passou a impor a participação na gestão do interesse público – premissa da *res publica*. Assim, conseqüentemente, para que essa participação seja efetivada – cidadania ativa – é necessário essencialmente que ocorra a publicidade dos atos da Administração. Dessa maneira, o Estado tem o dever de garantir e estabelecer padrões mínimos de inclusão e informação viabilizando à cidadania ativa a possibilidade de criar, monitorar e acompanhar os projetos do governo nas políticas públicas. (FRAGA; NUNES, 2015).

Desta forma, verifica-se que a Constituição de 1988 apresenta um amadurecimento da democracia por meio da facilitação da propagação da informação, sendo o direito de informação compreendido como o conhecimento de fatos, de acontecimentos, de situações que envolvam o interesse geral e particular, os quais originam, do ponto de vista jurídico, duas direções: 1) direitos de informar e de ser informado, que coincidem com a liberdade de manifestação do pensamento por meio da palavra, seja ela escrita ou por qualquer outro meio de difusão; 2) a liberdade de informação que abarca as liberdades de informar e de ser informado, indicando o interesse dos indivíduos de estarem informados, enquanto comunidade, de modo consciente para o exercício as liberdades públicas (SILVA, 2007).

Na Constituição de 1988 o direito à informação está previsto nos artigos 5º, incisos XIV e XXXIII, e 37, no entanto, cabe destaca-se que o artigo 37 utiliza o termo “publicidade”, já o artigo 5º emprega a terminologia “direito à informação”. Além disso, os referidos direitos estão previstos e regulamentados em diversas leis, sendo as mais notáveis sobre a temática: 1) Lei de Acesso à Informação - a LAI - Lei nº 12.527; 2) Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF - Lei Complementar 101. Reitera-se que estas duas normas mencionam um conceito adicional a transparência, bem como, verifica-se que a LAI e a LRF preveem obrigações para a Administração Pública. (BITENCOURT; RECK, 2018). Ademais, cumpre reiterar que a LAI ampliou consideravelmente as possibilidades de controle social ao fixar procedimentos para a garantia do acesso dos cidadãos às informações.

Desse modo, sob a ótica dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição, bem como, tendo a imposição de princípios constitucionais da transparência dos atos da Administração Pública cabe aos entes federativos o fornecimento e disponibilização de informações requeridas de forma rápida, objetiva e clara, com linguagem de fácil compreensão, ou seja, uma informação transparente, conforme disposto no artigo 5º da lei nº 12.527/2011. Nesse sentido, visando a concretização do direito fundamental de acesso à informação, os procedimentos publicizatórios devem ser efetivados com base nos princípios e nas diretrizes previstas no artigo 3º da lei nº 12.527/2011⁸. (FRAGA; NUNES, 2015).

8 Art. 3º: [...]. I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da

Outrossim, tendo em vista os referidos princípios, evidencia-se que é por intermédio dos regimes democráticos que foi reconhecido aos cidadãos o direito de obterem o conhecimento dos documentos e das informações que estão em posse das Administrações Públicas, através dessas premissas foi reconhecido os princípios do governo aberto e do livre acesso aos documentos administrativos (GONÇALVES, 2003). Todavia, existe a necessidade de conscientização maior por parte dos cidadãos para que o controle social se torne atuante e eficaz, visto que os avanços da cidadania também dependem das reivindicações e das ações concretizadas por parte das pessoas humanas (DINIZ, 2015).

Ainda, é importante mencionar que o controle social opera em conjunto com o controle externo, buscando zelar pela conveniente aplicação dos princípios da Administração Pública, previstos no *caput*, do artigo 37, da Constituição, assim como viabiliza a consciência dos cidadãos sobre a grande responsabilidade que é a gestão da coisa pública, tendo em vista a efetivação do bom governo. Contudo, cabe salientar que apesar do exercício do controle social ser universal e independente, não produz resultados apenas por sua ação, eis que necessita do controle oficial para fazer com que suas constatações sejam avaliadas e validadas, ou seja, o controle social é considerado como auxiliar do controle oficial, sendo que sua atuação vinculada aos órgãos de contas tende a se tornar mais efetivo. Assim, passar-se-á a análise do sistema de Ouvidoria disponibilizado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS) como um mecanismo que pode fortalecer o controle social e como um viabilizador do direito à transparência e publicidade, oportunizando a fiscalização da sociedade para uma boa gestão pública.

4 O SISTEMA DE OUVIDORIA DISPONIBILIZADO PELO TCE-RS UMA FERRAMENTA AUXILIAR DO CONTROLE SOCIAL NA BOA GESTÃO PÚBLICA

Com a finalidade de manter e confirmar o Estado Democrático de Direito, os cidadãos são o centro das atenções do Estado, além de serem o elemento principal como destinatários das políticas públicas, bem

informação; IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

como exigem uma capacidade de resposta imediata às expectativas de atendimento para suas necessidades. Para tanto o Estado deve ser mais eficiente e célere no exercício de suas funções, tendo em vista o melhor atendimento às necessidades dos cidadãos, assim como os sistemas de controle devem ser mais efetivos na fiscalização, buscando o acompanhamento das ações do Estado e a realização de procedimentos de avaliação que lhes são atribuídos pela Constituição. (MILESKI, 2003).

Neste contexto, ressalta-se a necessidade dos órgãos de contas na adoção de sistemas de controle e acompanhamento que viabilize a detecção de falhas e sua correção imediata para que, desse modo, seja evitado que a atividade estatal cause prejuízos ao interesse público, diante de procedimentos irregulares e ilegais que tenham sido praticados na Administração Pública. De tal modo, é necessário o aprimoramento da fiscalização e dos mecanismos utilizados pelos órgãos de controle, especialmente nos procedimentos técnicos que são empregados, ou seja, devem ser incrementados e disponibilizados instrumentos inovadores que possibilitem as ações de controle e uma nova forma de acompanhamento da gestão pública pelo cidadão.

Desta forma, salienta-se que no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS), tendo em vista essa necessidade, implementou novos mecanismos e ações para o sistema de fiscalização, sendo adotados diversos procedimentos modernizados para um melhor desenvolvimento destes. Assim, o TCE-RS também desenvolveu como forma de estímulo ao exercício do controle social a instauração da Ouvidoria do TCE-RS como um canal para o controle social, a qual está regulamentada nos artigos 7º, inciso I, 8º e 23 do Regimento Interno do TCE/RS (RITCE), tendo apoio técnico e operacional da Assessoria da Ouvidoria (ADO) – que é um órgão em que são recebidas as manifestações da sociedade, além de ser um canal de comunicação entre esta e a Corte de Contas, nos termos do artigo 21 do RITCE.

Além disso, evidencia-se que a Ouvidoria do TCE-RS é fundamentada com base nas disposições constitucionais, principalmente o artigo 37, parágrafo 3º, incisos I e II, assim como em leis infraconstitucionais – Lei Federal nº 12.527/2011 que disciplina o acesso a informações públicas; Lei Federal nº 13.460/2017 que dispõe sobre a participação, a proteção e a defesa dos direitos dos usuários dos serviços públicos; e Lei Estadual nº

11.424/2000 que dispõe sobre a Lei Orgânica do TCE-RS. Cabe destacar que as atribuições, organização e funcionamento da Ouvidoria também estão regulamentadas, em âmbito interno, na Resolução nº 1.028/2015, a qual aprova o RITCE; na Resolução nº 936/2012, que aborda as diretrizes a serem observadas na estruturação e funcionamento do sistema de controle interno dos municípios; e na Resolução nº 1.109/2019. (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2022).

Salienta-se que a Ouvidoria é um canal de diálogo entre os cidadãos e o Poder Público, ou seja, um meio de exercício da cidadania e do controle social, bem como constitui uma ferramenta importante de gestão, visto que as informações fornecidas pela população tendem a auxiliar os gestores públicos na identificação de problemas e deficiências na prestação de serviços públicos, viabilizando correções e melhorias, além de contribuir para formulação, implementação e avaliação de políticas públicas. Desse modo, a Ouvidoria é mais um canal de comunicação do Tribunal de Contas colocado à disposição do cidadão, dos fiscalizados e demais interessados para comunicação de denúncias, irregularidades, fraudes, críticas, sugestões, informações sobre atos de agentes públicos, ou sobre os serviços por ele prestados, tanto da esfera estadual ou municipal.

A Ouvidoria tem comunicação como aliada e trata das questões relacionadas à jurisdição do Tribunal de Contas, abrangendo, em especial, o correto uso dos bens, valores e recursos públicos, bem como a conformidade com a legalidade a ser observada nos procedimentos licitatórios, concursos públicos e demais atividades realizadas no âmbito da gestão da Administração estadual e municipal. Além disso, essa ferramenta exerce o papel de mediadora e facilitadora entre o cidadão e os entes públicos, buscando a promoção de uma relação equilibrada e transparente, baseada no respeito e na ética.

Importante ressaltar que o TCE-RS emite relatórios trimestrais sobre as principais atividades desenvolvidas na Ouvidoria, nos termos do artigo 6º da Resolução nº 1.109/2019, tendo como base as informações obtidas nos sistemas da Corte de Contas gaúcha, incluindo os dados estatísticos, quantitativos e qualitativos, das manifestações recebidas no período. Registra-se que a Ouvidoria está disponível no sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, na aba “Ouvidoria”, no item “denúncias, reclamações, sugestões e elogios”.

Desse modo, vale destacar os dados do relatório de gestão, atividade e estatísticas da Ouvidoria do TCE-RS referentes ao segundo trimestre de 2022, sendo que entre de abril a junho foram registradas 1.534 manifestações, envolvendo entes e órgãos fiscalizados sediados em 326 municípios gaúchos, mas comparativamente de 2019 a 2022 ocorreu uma redução na quantidade neste ano, conforme verifica-se:



Fonte: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (2022).

A Corte de Contas frisa que a redução do número de manifestações possa ser decorrente, dentre outros fatores, da realização de exames prévios e concomitantes de matérias de sua competência, como exemplo das que estão previstas na Resolução nº 1.051/2015, com redação dada pela Resolução nº 1.117/2019, a qual determina que responsáveis pelos órgãos ou entidades da Administração direta e indireta do Estado e dos Municípios têm o dever de enviar ao órgão de contas os dados necessários para o exame da regularidade dos concursos públicos e processos seletivos públicos. (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2022).

Com relação aos tipos de manifestações encaminhadas para Ouvidoria, essa são classificadas como denúncias, sugestões, elogios e reclamações, nos termos do artigo 10, inciso III, da Resolução nº 1.109/2019, as quais podem estar relacionadas às atividades desempenhadas pela

Corte ou dos entes fiscalizados. De tal maneira, evidencia-se que 95% do total de manifestações são referentes a denúncias, conforme observa-se no seguinte gráfico:



Fonte: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (2022).

Quando a classificação da natureza dos assuntos que são objetos das 1.534 manifestações protocoladas no trimestre indicam similaridade aos de resultados observados em períodos precedentes, dispostos na tabela a seguir:

Quantitativo de Manifestações por Assunto:

| Tipo de Assunto | Nº de Manifestações |
|--|---------------------|
| Pessoal – Diversos | 517 |
| Licitações e Contratos | 253 |
| Descumprimento de Lei | 241 |
| Concurso Público/Contratação de Pessoal | 154 |
| Despesas Indevidas/Desperdício de Recursos | 82 |
| Controle Patrimonial – Diversos | 59 |
| Lei de Acesso à Informação/Ouvidorias | 44 |
| Dispensa/Inexigibilidade de Licitação | 37 |
| Diversos | 32 |
| Não é Competência do TCE/Incompletos | 27 |
| Educação | 22 |
| Sem classificação | 18 |
| Auxílios/Convênios | 14 |
| Aplicação de Recursos | 13 |
| Fiscalização Municipal | 11 |
| Controle Interno | 10 |

Fonte: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (2022).

Nesse sentido, verifica-se que a Ouvidoria recebe e registra demandas, denúncias, manifestações, reclamações, críticas e sugestões sobre a utilização dos recursos públicos e a atuação da Administração estadual e municipal, sendo que após analisá-las encaminha as demandas às áreas responsáveis, diligenciando para que todas sejam verificadas por meio de processo de auditoria, mediante a análise das unidades de controle interno dos fiscalizados e respondidas ao demandante. Assim, ao realizar tais tarefas, buscando elucidar as demandas a ela encaminhadas, a Ouvidoria poderá no curso da averiguação, requisitar documentos e informações aos órgãos fiscalizados, bem como fixar prazo para o seu atendimento, sendo que, mediante a adoção de apropriados controles, a Ouvidoria tem como escopo o de assegurar ao demandante que o sigilo seja mantido e a identidade do indivíduo que forneceu a informação seja preservada.

Desta maneira, com relação ao relatório do TCE-RS foram apresentadas 1.534 manifestações à Ouvidoria do TCE-RS no segundo trimestre de 2022, em que o quantitativo referido representa uma média mensal de 511 registros, demonstrando a participação ativa da sociedade no controle da Administração Pública, a qual tende auxiliar no melhor atendimento dos cidadãos e na consolidação do sistema como uma ferramenta efetiva do controle social, que visa, de forma constantemente, o aperfeiçoamento dos processos de trabalho. Além disso, observa-se na tabela supramencionada que os assuntos mais mencionados na Ouvidoria são referentes a pessoal (diversos), licitações e contratos, descumprimento de Lei e concursos públicos ou contratação de pessoal.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa centrou-se em examinar o controle da Administração Pública no âmbito do controle externo, exercido pelos Tribunais de Contas, sendo que o problema de pesquisa proposto voltado para verificar se o sistema de ouvidoria implementado no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul pode ser considerado como um mecanismo que fortalece o controle social e como um viabilizador do direito à transparência e publicidade, oportunizando a fiscalização da sociedade para uma boa gestão pública.

Para tanto, inicialmente discorreu-se sobre o controle da administração pública, com ênfase no papel dos Tribunais de Contas no con-

trole externo, suas competências e natureza jurídica, em que se destacou que a Corte passou a ter destaque como um órgão autônomo e que exerce magistratura *sui generis* a partir da Constituição de 1988, atuando como auxiliar do Poder Legislativo no exercício do controle externo. Já competências atribuídas aos Tribunais de Contas se ampliaram em virtude das modificações produzidas na prestação da atividade administrativa, as quais investiram o órgão com poderes mais abrangentes, buscando a ampliação da sua eficiência, visto que impõe desafios aos órgãos de controle da coisa pública, celeridade nas demandas, fiscalização contábil, orçamentária, financeira, patrimonial e operacional dos órgãos e entidades de sua administração direta e indireta.

Ademais, evidenciou-se que é possível agrupar as atribuições das Cortes de Contas em quatro categorias: opinativa e informativa, que se efetiva por meio da emissão de parecer prévio sobre as contas do chefe do Executivo e nas respostas às consultas formuladas ao Tribunal; fiscalizadora, no caso das auditorias e inspeções; corretiva, quando assinala prazo para correção de irregularidades; e jurisdicional especial, no momento em que julga as contas do chefe do executivo, conforme previsto no inciso II do artigo da Constituição.

Após, em um segundo momento, passou-se a verificação do controle social sob a lógica do direito à informação e à publicização no Brasil, oportunidade em que verificou-se que o controle social opera em conjunto com o controle externo, busca zelar pela conveniente aplicação dos princípios da Administração Pública, previstos no *caput*, do artigo 37, da Constituição, assim como viabiliza a consciência dos cidadãos sobre a grande responsabilidade que é a gestão da coisa pública, tendo em vista a efetivação do bom governo. Contudo, frisou-se que apesar do exercício do controle social ser universal e independente, não produz resultados apenas por sua ação, eis que necessita do controle oficial para fazer com que suas constatações sejam avaliadas e validadas, ou seja, o controle social é considerado como auxiliar do controle oficial, sendo que sua atuação vinculada aos órgãos de contas tende a se tornar mais efetivo.

Por fim, foi analisado o sistema de Ouvidoria disponibilizado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS) como um mecanismo que pode fortalecer o controle social e como um viabilizador do direito à transparência e publicidade, oportunizando a fiscalização da

sociedade para uma boa gestão pública. Assim, com enfoque nas ferramentas de controle disponibilizadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, observou-se que foi desenvolvida como forma de estímulo ao exercício do controle social a Ouvidoria TCE-RS – Canal do Controle Social, a qual é mais um canal de comunicação do Tribunal de Contas que está colocado à disposição do cidadão, dos fiscalizados e demais interessados para comunicação de denúncias, irregularidades, fraudes, críticas, sugestões, informações sobre atos de agentes públicos, ou sobre os serviços por ele prestados, tanto da esfera estadual ou municipal.

Além disso, os Tribunais de contas são instituições importantes e que detém grande alcance sobre os atos da Administração Pública, assim quando o órgão de contas do Estado do Rio Grande do Sul instituiu um sistema informatizado de Ouvidoria foi possível constatar seus esforços para ampliar as possibilidades de exercício de modo efetivo e concomitante do controle externo, permitindo por meio disso a disponibilização para a sociedade das informações relevantes e uma ferramenta para manifestação dos cidadãos sobre possíveis irregularidades e falhas – exercício do controle social.

Ainda, foi analisado o relatório da Ouvidoria do TCE-RS do segundo trimestre de 2022 (de abril a junho), notando-se que foram apresentadas 1.534 manifestações à Ouvidoria do TCE-RS no segundo trimestre de 2022, em que o quantitativo referido representa uma média mensal de 511 registros, demonstrando a participação ativa da sociedade no controle da Administração Pública, envolvendo entes e órgãos fiscalizados sediados em 326 municípios gaúchos. Além disso, observou-se na tabela referente aos assuntos mais mencionados na Ouvidoria que as temáticas relacionadas a pessoal (diversos), licitações e contratos, descumprimento de Lei e concursos públicos ou contratação de pessoal eram mais recorrentes.

Ademais, destacou-se que comparativamente de 2019 a 2022 ocorreu uma redução na quantidade de manifestações na Ouvidoria no presente ano, sendo que a Corte de Contas reitera que a redução do número de manifestações possa ser decorrente, dentre outros fatores, em razão da realização de exames prévios e concomitantes de matérias de sua competência, como exemplo das que estão previstas na Resolução nº 1.051/2015, com redação dada pela Resolução nº 1.117/2019, a qual determina que responsáveis pelos órgãos ou entidades da Administração

direta e indireta do Estado e dos Municípios têm o dever de enviar ao órgão de contas os dados necessários para o exame da regularidade dos concursos públicos e processos seletivos públicos.

Nesse sentido, para o controle satisfatório e ágil ser efetivado é necessário o cumprimento das obrigações e que subsista, invariavelmente, um sistema moderno e atual, o qual adote novas técnicas, inclusive eletrônicas, para realizar uma fiscalização adequada. De tal modo, evidencia-se que o sistema de Ouvidoria elaborado e implementado pelo órgão de contas do Estado do Rio Grande do Sul tende a contribuir como ferramenta auxiliar no controle social, ou seja, contribuindo no melhor atendimento dos cidadãos, de forma constantemente, e aperfeiçoando os processos de trabalho. Assim, pode-se concluir que o órgão de contas após a implementação do sistema de Ouvidoria tem fortalecido o controle social e a transparência dos atos da Administração, gerando uma melhora na gestão dos recursos públicos, bem como pode direcionar a fiscalização para as atividades que mais apresentam manifestações na sistemática.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2012.

BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. A construção de categorias de observação do contrato público e suas relações com a corrupção a partir de uma perspectiva processualista e de utilização de uma metodologia do caso concreto. In: LEAL, Rogério Gesta, et. al. (Eds). **IV Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas**. Madri: Editora Bubok, 2018, p. 45-60.

BORGES, Alice Gonzales. O controle jurisdicional da administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 192., p. 49-60, abr/jun., 1993.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.Htm. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 473**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>. Acesso em: 20 set. 2022.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. **Estado de Direito e Controle Estratégico de Contas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DROMI, Roberto. **Modernización del control público**. Buenos Aires: ABRN Producciones Gráficas, 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FRAGA, Juliana Machado; NUNES, Luiz Felipe. A fiscalização e o controle dos atos da administração pública nas licitações municipais: uma breve introdução aos estudos de caso. In: HERMANY, R.; ETGES, F. M.; NUNES, L. F.; JURUENA, C. G.; GIACCOBO, G. E. (Org.). **Os grandes temas do municipalismo: o princípio da transparência na gestão pública**. 2. v. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, 2015, p. 15-31.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade de informação**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externos e internos da administração pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa:** publicidade, motivação e participação popular. 2. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis.** 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. **Ouvidoria do Tribunal de Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul** [s/a]. Disponível em: <https://portalnovo.tce.rs.gov.br/ouvidoria/denuncias-reclamacoes-sugestoes-e-elogios/>. Acesso em: 20 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. **Ouvidoria:** Relatório de Gestão, Atividade e Estatísticas – 2º Trimestre de 2022. Disponível em: https://portalnovo.tce.rs.gov.br/repo/ouvidoria/relatorio_atividades_2trim_2022.pdf. Acesso em: 20 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. **Resolução 1.028/2015.** Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado. Disponível em: <https://atosoficiais.com.br/tcers/resolucao-n-1028-2015-aprova-o-regimento-inter-no-do-tribunal-de-contas-do-estado?origin=instituicao>. Acesso em: 20 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. **Resolução 1.109/2019.** Regulamenta as atribuições, a organização e o funcionamento da Ouvidoria do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://atosoficiais.com.br/tcers/resolucao-n-1109-2019-regulamenta-as-atribuicoes-a-organizacao-e-o-funcionamento-da-ouvidoria-do-tribunal-de-contas-do-estado-do-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 20 set. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo.** Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

PROGRAMA RESSANEAR – ESGOTAMENTO SANITÁRIO

FERNANDA MACHADO DE OLIVEIRA¹

MAURÍCIO TREVISAN²

1 INTRODUÇÃO

A Lei n.º 11.445, em 05 de janeiro de 2007, estabeleceu as diretrizes nacionais para saneamento básico, definindo o saneamento como o conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável, **esgotamento sanitário**, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas (artigo 3º, I).

O saneamento é uma base de desenvolvimento econômico e humano em especial atraso no Brasil. No Estado do Rio Grande do Sul, um dos mais agudos problemas de saneamento é a deficiência do esgotamento sanitário (BRASIL, 2021; RIO GRANDE DO SUL, [s.d.] a. Nesse cenário, o Ministério Público Estadual vem promovendo e articulando institucionalmente o estudo e o debate das deficiências do esgotamento sanitário e de medidas de resolução por parte dos atores do saneamento no RS, fomentando a colaboração das várias estruturas envolvidas com a (in)eficiência das normas jurídicas de saneamento no território gaúcho (RIO GRANDE DO SUL, [s.d.] b)

1 Mestranda em Direito pela FMP (Fundação Escola Superior do Ministério Público); servidora do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul; Analista do MPRS e Coordenadora do Escritório de Gestão Estratégica e Projetos do MPRS; e-mail: oliveiramachadodefernanda@gmail.com.

2 Mestre em Direito, Cidadania e Desenvolvimento pela UNIJUÍ (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul); membro do Ministério Público do Rio Grande do Sul; Promotor de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional de Defesa da Ordem Urbanística e Questões Fundiárias (CAOURB) (2019/2023); e-mail: mtrevisan@mprs.mp.br.

O presente trabalho aborda a busca da implantação das diretrizes nacionais para o saneamento básico, exclusivamente no tocante ao esgotamento sanitário, mediante iniciativa inovadora do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em processo estrutural proposto por meio do denominado Programa RESSanear. Pretende-se descrever o desenvolvimento das ações efetivadas por meio do RESSanear, exclusivamente quanto ao esgotamento sanitário, levantando dados que permitam avaliar os efeitos consolidados e potenciais do Programa na efetivação do direito ao saneamento no Rio Grande do Sul. O método de abordagem deste trabalho é dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

2 PROGRAMA RESSANEAR

A garantia do direito à cidade tem como um de seus pilares o saneamento ambiental (art. 2º, I, da Lei 10.257/01), que é parte do objeto do Programa Integrado de Saneamento Básico e Resíduos Sólidos – RESSanear, instituído pelo Provimento nº 76/2014 do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

O Programa RESSanear foi estabelecido a partir de uma remodelagem e transformação do Projeto RESSanear, este concebido em 2011, diante da insuficiência de políticas públicas de saneamento básico e resíduos sólidos no território gaúcho. O Programa, atualmente vigente, propõe atuações para enfrentamento do problema por meio de quatro temas específicos: a) Elaboração dos planos municipais de saneamento básico e de gestão integrada de resíduos sólidos; **b) Fiscalização da destinação e tratamento de esgoto doméstico**; c) Acompanhamento da implantação dos planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos e de saneamento básico; d) Iniciativas para fortalecimento da responsabilidade compartilhada e implementação de sistemas de logística reversa (RIO GRANDE DO SUL, [s.d.] b).

Um Termo de Cooperação em que são signatários o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, a Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul - FAMURS, a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS e a Companhia Riograndense de Saneamento - CORSAN chancelou o objetivo de implementação do Programa no âmbito do Estado do Rio Grande

do Sul, compreendidos os quatro temas do saneamento: abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos e drenagem pluvial (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

A parceria instituída pelo termo alicerçou a união de esforços dos firmatários para a finalidade comum, mas não excluiu a participação de outras instituições no decurso dos trabalhos de efetivação do Programa, tanto que outras, não signatárias, participaram ativamente de reuniões, debates técnicos, trocas de informações, grupos de trabalho temáticos e colaboraram de forma significativa na formulação de diretrizes e medidas resolutivas, como a FUNASA, a FEPAM, a Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Infraestrutura, a Secretaria Estadual de Obras e Habitação e o TCE/RS (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

No Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, internamente, o Programa RESSanear é desenvolvido pelos Centros de Apoio Operacional do Meio Ambiente - CAOMA, da Ordem Urbanística e Questões Fundiárias - CAOURB e do Consumidor e da Ordem Econômica - CAOCON, no sentido de buscar a execução de ações efetivas para implementação do Programa. O Centro de Apoio Operacional da Ordem Urbanística e Questões Fundiárias - CAOURB, dentre outras tarefas no Programa RESSanear, presidiu, e ainda preside, os expedientes institucionais relacionados à **fiscalização da destinação e tratamento de esgoto doméstico**, que tem como finalidade *regularizar o esgotamento sanitário dos municípios gaúchos através do fomento à ligação das economias à rede coletora e da fiscalização e implantação de sistemas individuais adequados* (RIO GRANDE DO SUL, [s.d.]a).

Inicialmente, esses expedientes institucionais do CAOURB-M-PRS tiveram como objeto a identificação e estudo dos problemas macroestruturais na *Fiscalização da Destinação dos Esgotos Domésticos* nos municípios gaúchos, buscando elementos para análise conjunta jurídica e técnica sobre a aplicação das normas vigentes, especialmente a Lei n.º 11.445/07, o Decreto n.º 7.217/10, que a regulamentou, e o Plano Nacional de Saneamento - PLANSAB. Além disso, foram levantados dados e normatização sobre o esgotamento sanitário no Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2011). Desse trabalho resultou, em 2015 - atualizada em 2022 -, uma cartilha com questões técnicas básicas sobre saneamento inicialmente destinada aos membros e servidores do Ministério

Público do Estado do Rio Grande do Sul que enfrentam a matéria (RIO GRANDE DO SUL, 2011), atualmente disponibilizada à sociedade (RIO GRANDE DO SUL, 2022).

Na segunda fase do trabalho, o Ministério Público articulou diversas reuniões com as instituições parceiras do Programa RESSanear e também com outros atores relacionados ao saneamento do Estado³, objetivando discutir os problemas que levam à ineficiência do serviço de esgotamento sanitário nos municípios gaúchos (RIO GRANDE DO SUL, 2011). No decurso das reuniões de trabalho foram, conforme demandas, constituídos grupos de trabalho específicos para examinar soluções para cada uma das questões apuradas, especialmente quanto às alternativas legais de esgotamento sanitário (sistema separador absoluto e soluções individuais de esgotamento sanitário) e delimitações para enfrentar a irregularidade do uso da rede de drenagem urbana para afastamento de esgotamento sanitário (sistema misto/solução mista).

As temáticas dos grupos de trabalho foram assim divididas: 1. esgotamento sanitário por rede coletora (RIO GRANDE DO SUL, 2016b); 2. soluções individuais de esgotamento sanitário (RIO GRANDE DO SUL, 2015a); 2.1. destinação do lodo das soluções individuais de esgotamento sanitário (RIO GRANDE DO SUL, 2017); 2.2. acompanhamento da apuração da viabilidade da limpeza do lodo pela prestadora do serviço de esgotamento sanitário (RIO GRANDE DO SUL, 2015b); 2.2.1. projeto-piloto para implantar a limpeza do lodo por demanda do usuário (RIO GRANDE DO SUL, 2015b); 2.2.2. projeto para implantar a limpeza programada do lodo (RIO GRANDE DO SUL, 2015b); 2.3. regulação da limpeza programada do lodo das soluções individuais de esgotamento sanitário (RIO GRANDE DO SUL, 2020); 3. solução mista/sistema misto (RIO GRANDE DO SUL, 2015c).

3 ESGOTAMENTO SANITÁRIO

O esgotamento sanitário é prestado por meio de sistemas que garantam a coleta, afastamento (transporte), tratamento e disposição final

3 Fundação Estadual de Proteção Ambiental (FEPAM/SEMA/RS), Secretaria Estadual de Obras, Habitação e Saneamento (SOP/RS), Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE/RS) e Fundação Nacional de Saúde (FUNASA).

adequada de efluentes. Os sistemas podem ser coletivos (sistema unitário ou separador absoluto) ou individuais. Os coletivos constituem-se em canalizações que recebem e transportam o esgoto em estado bruto para seu tratamento e destinação final adequada. No Brasil, o sistema coletivo separador absoluto é adotado pelo ordenamento jurídico e largamente utilizado nas grandes cidades. Por esse sistema, o esgoto sanitário circula em canalização exclusiva concebida para tanto. Já o sistema coletivo unitário (concebido com material específico e canalizações de grande dimensão para a mistura de águas da chuva e esgoto sanitário), para além das restrições legais que serão adiante referidas, não tem sido utilizado em solo brasileiro em face de peculiaridades ambientais e do alto custo da infraestrutura adequada (MENEGAT, 2018).

Os sistemas individuais ou soluções alternativas de esgotamento sanitário costumam ser constituídos por tanques sépticos, filtro e sumidouro, em regra, para atendimento unifamiliar. Nesse sistema, em geral, os esgotos são tratados no próprio tanque séptico e, posteriormente, o efluente é infiltrado no solo, com tratamento por meio de processos biogeoquímicos naturais. Esse tratamento gera lodos que exigem uma remoção periódica e respectiva destinação adequada. Trata-se de sistema utilizado por países com saneamento universalizado como, por exemplo, Austrália e EUA⁴ que atendem significativa parcela da população dessa forma (MENEGAT, 2018). O marco legal brasileiro do saneamento, Lei 11.445/07, prevê as soluções individuais de esgotamento sanitário como alternativa para locais sem sistema coletivo separador absoluto.

São esses os tipos de sistema que os grupos de trabalho focados em esgotamento sanitário do Programa RESSanear debateram.

3.1 Esgotamento sanitário por rede coletora (sistema separador absoluto)

O enfrentamento inicial do grupo de trabalho focou no sistema prioritário de esgotamento sanitário estabelecido pela Lei 11.445/07: *Art. 45. As edificações permanentes urbanas serão conectadas às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e sujeitas*

4 EUA atende mais de 60 milhões de pessoas por meio de soluções individuais de esgotamento sanitário (MENEGAT, 2018).

ao pagamento de taxas, tarifas e outros preços públicos decorrentes da disponibilização e da manutenção da infraestrutura e do uso desses serviços.

O sistema separador absoluto é definido pela Lei 11.445/07 como o conjunto de condutos, instalações e equipamentos destinados a coletar, transportar, condicionar e encaminhar exclusivamente esgoto sanitário (artigo 3º, inciso XVIII).

O grupo de trabalho “Esgotamento sanitário por rede coletora” apurou que uma das grandes fragilidades desse sistema é a ausência de conexão das edificações à rede coletora de esgotamento sanitário implantada. Segundo apurado, as construções prévias à implantação desse tipo de rede em grande parte dos casos está com seu esgoto sanitário conectado à estrutura de drenagem urbana (esgoto pluvial) existente à época da construção e os usuários não efetivam a migração do esgoto doméstico para a nova estrutura implantada, que é a adequada para receber esse tipo de carga. O grupo constatou que grande parte das cidades gaúchas, especialmente dos centros urbanos, desenvolveu-se com estrutura de drenagem urbana (esgoto pluvial), mas sem estrutura de esgotamento sanitário, o que incentivou aquele tipo de conexão. Importante, contudo, salientar que a rede de drenagem é especificamente destinada às águas da chuva e, como regra, diretamente lançada na natureza, tendo suas estruturas constituídas para esse tipo de carga, o que compromete qualquer contato com esgotamento sanitário, carga muito diferente (RIO GRANDE DO SUL, 2016b).

A Lei 11.445/07 e o Código Estadual do Meio Ambiente do Rio Grande do Sul (Lei Estadual nº 15.434/2020) proíbem, como regra ou de forma permanente, o uso da rede de drenagem urbana para afastamento do esgotamento sanitário. A vedação legal encontra amparo técnico pela exposição que essa prática representa para a condição sanitária da cidade (odor, vetores e até contato direto), permeada por redes de drenagem que precisam de aberturas para receber as águas das chuvas, além do impacto no recurso hídrico que recebe a carga de drenagem urbana e na manutenção das redes que são concebidas apenas para destinação de águas pluviais (RIO GRANDE DO SUL 2015c; RIO GRANDE DO SUL 2016b).

O grupo de trabalho, assim, passou ao estudo de medidas que pudessem enfrentar essa dificuldade, culminando com a realização de campanhas de conscientização da população (RIO GRANDE DO SUL, 2014c; RIO GRANDE DO SUL, [s.d.] c), criação de mecanismo econô-

mico de incentivo à ligação na rede coletora de esgotamento sanitário (RIO GRANDE DO SUL, [s.d.]d) e edição da Resolução Normativa nº 35/2016 pela AGERGS, regulando a cobrança pela disponibilidade da rede coletora. Norma esta que foi replicada a outras prestadoras de serviço e também por outras agências reguladoras do serviço de esgotamento sanitário (RIO GRANDE DO SUL, 2016b).

Os resultados da aplicação da Resolução Normativa AGERGS nº 35/2016, aferidos de 2017 a meados de 2020, indicaram a efetiva ligação de mais de 67 mil unidades habitacionais gaúchas à rede coletora de esgoto sanitário (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO-GRANDE DO SUL, 2020). Além disso, em 2021, a CORSAN informou no Programa RESSanear que o sistema de cobrança pela disponibilidade impulsionou a conexão de mais de 57% das unidades irregulares então notificadas, fazendo com que, dos 11.458 usuários notificados em tal ano, 6.529 providenciassem as conexões (RIO GRANDE DO SUL, 2016b). O somatório perfaz mais de 73.500 conexões até o ano de 2021, como decorrência da cobrança pela disponibilidade de rede coletora. Esse é o resultado parcial do trabalho apurado a partir da aplicação de apenas uma das normativas, a pioneira, que foi elaborada pela AGERGS e aplicada pela CORSAN, mas a efetividade desse trabalho conta com a aplicação das diversas outras replicações da norma fruto do Programa RESSanear que sequer restringem-se ao Estado do Rio Grande do Sul.

Gize-se que antes da Lei n.º 14.026/2020, chamada de novo marco legal do saneamento, não havia norma federal que impusesse a cobrança pela disponibilidade da rede de esgotamento sanitário como atualmente previsto no novo marco legal, mediante alteração da redação do artigo 45, §4º, da Lei 11.445/07. Da mesma forma, não havia a possibilidade de a conexão ser realizada pelo prestador do serviço de saneamento, hoje permitida desde que observadas algumas condicionantes legais (artigo 45, §6º, da Lei 11.445/07).

A Resolução Normativa nº 35/2016 da AGERGS, além de estabelecer um sistema que avança no fomento das conexões das edificações à rede, impulsiona o acesso ao esgotamento sanitário para a população de baixa renda. A partir de sugestão do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, a AGERGS estabeleceu no artigo 12 da normativa que os recursos decorrentes da cobrança pela disponibilidade da rede sejam

destinados ao acesso do esgotamento sanitário para a população de baixa renda (RIO GRANDE DO SUL, 2016b).

Assim, em paralelo com a questão do fomento às conexões, há expressivos resultados da arrecadação decorrente da aplicação da Resolução Normativa AGERGS n.º 35/2016, a ser destinada à concretização do acesso ao esgotamento sanitário para a população de baixa renda gaúcha. De 2017 a meados de agosto de 2022, foram arrecadados aproximadamente R\$ 26.176.000,00 (RIO GRANDE DO SUL, 2016b).

Importante referir que, como a norma foi replicada para outras prestadoras de serviço e por outras agências reguladoras, diversos municípios cujos contratos com a CORSAN não são regulados pela AGERGS ou mesmo que operam o saneamento por meio de outras empresas também são potenciais beneficiados com a aplicação desse sistema estabelecido a partir do Programa RESSanear. A prestadora dos serviços de saneamento da cidade de Uruguaiana, por exemplo, que conta com a replicação da referida norma na regulação da sua contratação, informou ao CAOURB, no âmbito do Programa RESSanear, que iniciaria, em outubro de 2021, o trabalho de conexão à rede de esgotamento sanitário para famílias de baixa renda com recursos provenientes da cobrança pela disponibilidade (RIO GRANDE DO SUL, 2016b).

3.2 Soluções individuais de esgotamento sanitário (sistema individual alternativo)

O sistema individual alternativo de esgotamento sanitário é definido pela Lei 11.445/07 como a ação de saneamento básico ou de afastamento e destinação final dos esgotos, quando o local não for atendido diretamente pela rede pública: *Art. 45, §1º. Na ausência de redes públicas de saneamento básico, serão admitidas soluções individuais de abastecimento de água e de afastamento e destinação final dos esgotos sanitários, observadas as normas editadas pela entidade reguladora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambiental, sanitária e de recursos hídricos.*

Por diversas questões políticas e econômicas, cuja análise e apuração não são foco deste trabalho, a maior parte dos municípios gaúchos não dispõe de estrutura de rede coletora de esgotamento sanitário do tipo separador absoluto, havendo também municípios que contam com par-

cela de sua zona urbana com tal estrutura de saneamento (RIO GRANDE DO SUL, 2016b). Percebe-se a importância da solução alternativa para o território gaúcho, a fim de que possa ser devida e imediatamente aplicada, sob pena de manutenção de ampla irregularidade em termos de serviço de esgotamento sanitário no decurso gradativo da implantação das redes coletoras.

Salienta-se que o regular funcionamento dessa solução alternativa é fundamental para um esgotamento sanitário efetivo tanto pelo período em que ela for provisoriamente utilizada quanto por cenários que recomendem sua condição permanente. As soluções individuais, ao menos em parte dos territórios, inevitavelmente serão utilizadas em caráter permanente, se não por todos, pela quase totalidade dos municípios, considerando a sustentabilidade econômica do serviço diante das peculiaridades das cidades (BRASIL, 2019). Exemplificativamente, as zonas rurais dos municípios precisam de esgotamento sanitário e, considerada sua configuração, para respeitar a sustentabilidade do serviço, não serão servidas por redes coletoras. Ainda a título de exemplo, municípios de pequeno porte, em especial escassa população residente em zona urbana, tendem a não apresentar viabilidade econômico-financeira para sistema separador absoluto, do qual as redes coletoras são parte integrante (RIO GRANDE DO SUL, 2015a).

No âmbito do Programa RESSanear, a partir de levantamentos dos problemas atinentes a essa alternativa de esgotamento sanitário, verificou-se a ausência de controle estatal sobre o funcionamento do sistema individual no Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2015a). Todavia, trata-se de uma alternativa que depende de terceiros para coletar o lodo e destiná-lo a local ambientalmente adequado (NBR 7229:1993), o que desfigura a natureza privada dessa solução e a caracteriza, inequivocamente, como serviço público (artigo 5º da Lei 11.445/07, interpretado a contrário senso).

Na realidade do Rio Grande do Sul, quando da assinatura do termo de cooperação que instituiu o Programa RESSanear, a prestadora de serviços de saneamento parceira, a CORSAN, não operava serviço de coleta, tratamento e destinação final do lodo dos sistemas individuais de esgotamento sanitário de nenhum município (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Os parceiros do RESSanear elaboraram, a partir de discussões estabelecidas em diversas reuniões, um documento com conclusões so-

bre as soluções individuais de esgotamento sanitário que passaram a embasar ações posteriores (RIO GRANDE DO SUL, 2016a). Destinados a resolver cada um dos gargalos encontrados na irregularidade do funcionamento das soluções individuais de esgotamento sanitário gaúchas, grupos de trabalho, no âmbito do Programa RESSanear, buscaram caminhos para regularização.

Os grupos de trabalho “soluções individuais de esgotamento sanitário”, “destinação do lodo das soluções individuais de esgotamento sanitário”, “acompanhamento da apuração da viabilidade da limpeza do lodo pela prestadora do serviço”, “projeto-piloto para implantar a limpeza do lodo por demanda do usuário”, “projeto para implantar a limpeza programada do lodo” e “regulação da limpeza programada do lodo das soluções individuais de esgotamento sanitário” são todos voltados ao estudo e regularização da solução legal alternativa à rede coletora, qual seja, a solução individual de esgotamento sanitário.

3.2.1 Destinação do lodo

A destinação final do lodo que se acumula nos tanques sépticos (parte inicial dos sistemas individuais) foi o foco de análise de um grupo de trabalho específico. Em nível estadual, a FEPAM apresentou as poucas opções licenciadas existentes no Estado para recebimento de lodo de sistemas individuais de esgotamento sanitário. A FAMURS ofereceu informações quanto aos também escassos estabelecimentos licenciados pelos municípios para recebimento desse lodo (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

O levantamento no âmbito estadual e municipal que o GT conseguiu efetivar, ainda que possivelmente parcial, apontava para um problema na destinação do lodo dos sistemas individuais de esgotamento sanitário no território gaúcho: não havia suficiente infraestrutura licenciada no Rio Grande do Sul para recebimento desse efluente de modo a sustentar a gestão pública regular de todos os sistemas individuais de esgotamento sanitário existentes ou que deveriam existir no Estado (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

A constatação da precariedade do sistema de recebimento e tratamento de lodo de fossas no Estado escancarou a destinação irregular de lodo de soluções individuais por parte do serviço limpa-fossas. Rela-

tos nas reuniões ventilaram a destinação de lodo de fossas sépticas diretamente em recursos hídricos, em terrenos vazios, em áreas rurais, em estradas e, até mesmo, diretamente em “bocas de lobo” da rede de drenagem das cidades, indicando graves situações negativas de ordem ambiental e de saúde pública (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

A partir dessas conclusões, o grupo trabalhou paralelamente as lacunas na fiscalização da destinação do lodo do sistema de esgotamento sanitário e a possibilidade de ampliação da infraestrutura para destinação adequada do lodo dos sistemas individuais de esgotamento sanitário no Rio Grande do Sul.

Do trabalho resultou a inclusão desse resíduo primário do sistema individual de esgotamento sanitário na Portaria FEPAM n.º 87/2018, que aprovou o Sistema de Manifesto de Transporte de Resíduos. Sistema este que fortaleceu a fiscalização da destinação do lodo dos sistemas individuais de esgotamento sanitário⁵.

Paralelamente, tratativas passaram a ser feitas pelo GT para viabilizar estruturas adequadas de recebimento de lodo de sistema individual de esgotamento sanitário no Rio Grande do Sul (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2017).

3.2.2 Acompanhamento da apuração da viabilidade da limpeza do lodo das soluções individuais de esgotamento sanitário pela prestadora do serviço de saneamento

Outra fragilidade apurada no funcionamento das soluções individuais de esgotamento sanitário diz com a regularidade técnica das respectivas estruturas e sua necessária manutenção periódica. Ações essas então atribuídas aos usuários sem qualquer controle estatal, salvo municípios que promovem vistorias técnicas das soluções individuais de esgotamento sanitário quando da concessão de carta de habitação (ou “habite-se”). O que, ainda assim, só garante a regularidade técnica do equipamento individual de esgotamento sanitário, mas não a sua manu-

5 Portaria FEPAM n.º87/2018, art. 5º Resíduos sólidos oriundos do esgotamento sanitário domiciliar (pessoas físicas, CPF) devem ser transportados com o respectivo MTR Romaneio, emitido pelo transportador licenciado para a atividade de Coleta, Transporte e Resíduos de Esgotamento Sanitário.

tenção periódica e destinação adequada do lodo, condição básica para seu regular funcionamento (RIO GRANDE DO SUL, 2015a).

Nesse ponto da gestão para regular funcionamento das soluções individuais, o artigo 5º da Lei 11.445/07 reclama cumprimento: *Art. 5º Não constitui serviço público a ação de saneamento executada por meio de soluções individuais, desde que o usuário não dependa de terceiros para operar os serviços, bem como as ações e serviços de saneamento básico de responsabilidade privada, incluindo o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador.* Diferentemente da solução individual de fornecimento de água potável (poço tubular), a solução individual de esgotamento sanitário depende de terceiros para ser operada. Os caminhões limpa-fossas e as estruturas recebedoras de lodo são uma necessidade de operação das soluções individuais atinentes a esgoto, de forma que essas soluções por força do disposto na lei constituem serviço público, embora não fossem, em regra, assim tratadas no Estado do Rio Grande do Sul.

Diante dessa constatação, foram elaborados projetos para viabilizar a prestação de um serviço público de fiscalização de estruturas, limpeza periódica e destinação adequada de lodo de tanques sépticos, independentemente de ser operada por empresa privada ou pública e de forma direta ou por meio de terceiros – questões de gestão que não foram objeto de discussão dos grupos de trabalho (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

O foco do acompanhamento, portanto, foi da implantação de um serviço público exigido pela Lei 11.445/07 e não prestado no Estado do Rio Grande do Sul na época.

3.2.2.1 *Projeto-piloto para implantar a limpeza do lodo por demanda*

Esse grupo de trabalho do Programa RESSanear acompanhou uma iniciativa da CORSAN, principal prestadora dos serviços de saneamento no Estado, para apurar a viabilidade e precificação de um serviço público de limpeza das soluções individuais de esgotamento sanitário como forma de garantir a eficiência desse sistema que, repita-se, além do atendimento às normas técnicas na sua implantação, exige um serviço periódico de limpeza e destinação adequada do resíduo.

O projeto foi desenvolvido no município de Osório-RS, mais especificamente no balneário de Atlântida Sul, e teve como resultado a detecção de viabilidade do serviço (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

Desse trabalho resultou a Resolução Normativa AGERGS nº 42/2018, que disciplina o serviço de limpeza de fossa séptica prestado pela CORSAN sob demanda do usuário.

3.2.2.2. *Projeto para implantar a limpeza programada do lodo*

A partir da precificação angariada com o projeto-piloto para implantar a limpeza do lodo por demanda, o grupo passou a acompanhar o planejamento, estruturação e implantação de um serviço programado de limpeza dos tanques sépticos das soluções individuais pela prestadora de serviço de saneamento (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

Após diversas discussões, a AGERGS editou a Resolução Normativa n.º 50/2019, disciplinando a prestação do serviço de limpeza programada de sistemas individuais pela CORSAN. Tal normativa recebeu questionamento pelo Ministério Público Federal, tendo a AGERGS em razão disso desencadeado processo de revisão, o qual contou com acompanhamento próximo e participação intensa do Ministério Público Estadual, por meio do CAOURB e no âmbito do Programa RESSanear, culminando com a edição da Resolução Normativa AGERGS nº 65/2022, que revogou a anterior, aprimorando a sistemática por ela inaugurada (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, por meio do CAOURB, como propulsor e integrante que foi do GT, vem acompanhando as ações da AGERGS e da CORSAN para aplicação da referida norma com a implantação de um serviço de limpeza das soluções individuais de esgotamento sanitário pela prestadora de serviço de forma programada e mediante cobrança de tarifa pelo serviço ou cobrança por disponibilidade caso não viabilizado por conduta atribuível ao usuário. Esse serviço está atualmente sendo implantado nos municípios gaúchos de Entre-Ijuís, Santo Ângelo, Pejuçara, Panambi, Condor e Santa Maria do Herval e, em vias de implantação, em Salto do Jacuí, Passo Fundo, Sapiranga, Três Coroas, Gramado e Tramandaí (RIO GRANDE DO SUL, 2015b).

3.3 “Solução mista/sistema misto”⁶

A solução mista/sistema misto é, em regra, uma irregularidade decorrente da não utilização das soluções individuais de esgotamento sanitário onde não há rede coletora do tipo separador absoluto, com ligação do esgoto sanitário na rede de drenagem, afrontando a Lei 11.445/07 e expondo a salubridade da cidade e higidez do meio ambiente. Consiste na utilização da rede de drenagem urbana - concebida exclusivamente para o transporte de águas pluviais - para afastamento do esgoto sanitário (RIO GRANDE DO SUL, 2015c).

O grupo de trabalho “Solução mista/sistema misto” apurou que em alguns casos as redes de drenagem são utilizadas para direcionar o esgotamento sanitário para ETEs, o que apresenta uma série de críticas técnicas (não funcionar em dias de chuva, deteriorar a rede de drenagem, expor a salubridade da cidade uma vez que o sistema de drenagem não é estanque como a rede de esgotamento sanitário), além de não ser, em regra ou de forma permanente, permitido pela lei. O grupo também apurou que em grande parte dos casos a carga sanitária sequer é destinada à ETE e o esgoto doméstico é direcionado diretamente a recursos hídricos do RS (RIO GRANDE DO SUL, 2015c).

Pode-se dizer que nessa temática residiu o maior impasse dos grupos de esgotamento sanitário formados a partir do Programa RESSanear. Os atores de saneamento do Estado tinham visões técnicas diversas sobre a eficiência dessa solução/sistema praticado, mas verificou-se ilegalidade na situação, uma vez que esse sistema não estava contemplado como exceção pela Lei n.º 11.445/07 para utilização em caso de ausência de rede coletora de esgotamento sanitário, a exemplo dos sistemas individuais de esgotamento sanitário, e era expressamente proibido pelo Código Estadual do Meio Ambiente, então consistente na Lei Estadual n.º 11.520/00 (RIO GRANDE DO SUL, 2015c).

Foram definidas pelo grupo Diretrizes gerais para adoção da solução mista (RIO GRANDE DO SUL; [s.d.] e) e, em sequência, adveio a Resolução Normativa AGERGS N.º 36/2017 disciplinando o “sistema”

6 O subtítulo recebe aspas porque a solução/sistema misto não configura um tipo de sistema de esgotamento sanitário, sendo apenas uma prática, em regra, irregular disseminada no Rio Grande do Sul (MENEGAT, 2018).

misto de forma diferente, não acolhendo as diretrizes do grupo. Pode-se, pois, afirmar um impasse aí caracterizado.

Em 2020, o Código Estadual do Meio Ambiente gaúcho sofreu significativa reforma, passando a estar contido na Lei Estadual nº 15.434, mas manteve como regra a proibição de utilização da rede de drenagem para transporte de esgoto em estado bruto, embora tenha passado a permitir, **provisoriamente e mediante licenciamento ambiental**, o afastamento de esgoto em estado bruto pela rede de drenagem até a ETE, sob específicas e bastante restritas condições: a) regiões urbanas cujo adensamento inviabilize **tecnicamente** a implantação de soluções individuais de esgotamento sanitário, b) regiões urbanas cujo tipo de solo inviabilize **tecnicamente** a implantação de soluções individuais de esgotamento sanitário.

Logo, no estado do Rio Grande do Sul, a partir das disposições do Código Estadual do Meio Ambiente⁷, admite-se essa solução mista/sistema misto excepcionalmente apenas **mediante licenciamento** que ateste: a) a **impossibilidade técnica** de implantar o sistema individual de esgotamento sanitário na área; b) a destinação do esgoto coletado para **ETE**; c) a **provisoriedade** da solução estabelecida no **plano de saneamento**, que também estabeleça a **solução definitiva**.

O chamado novo marco legal do saneamento, Lei n.º 14.026/2020, tornou ainda mais clara a opção das diretrizes nacionais de saneamento apenas pelos sistemas separador absoluto (preferencial) e individual (onde não houver rede coletora) de esgotamento sanitário, ao prever que o sistema unitário, que definiu como *o conjunto de condutos, instalações e equipamentos destinados a coletar, transportar, condicionar e encaminhar conjuntamente esgoto sanitário e águas pluviais*⁸, **deverá** ser progressivamente substituído pelo sistema separador absoluto⁹. Assim, a solução/sis-

7 Sem prejuízo de discussões jurídicas, que não são objeto deste trabalho, quanto à validade dessas disposições do Código Estadual do Meio Ambiente do Estado do Rio Grande do Sul por eventual afronta ao ordenamento jurídico brasileiro de saneamento.

8 Art. 3º, XIX, da Lei 11.445/07.

9 Art. 44, §3º, da Lei 11.445/07 – Ainda que não se considere abrangido no conceito de sistema unitário a solução mista/sistema misto, em face de o conceito de sistema unitário admitir apenas as redes pré-concebidas para recebimento das duas cargas, se as diretrizes nacionais de saneamento estabelecem a extinção gradativa do uso de rede de drenagem pré-concebida para afastar as suas cargas certamente inadmite a

tema misto em operação no estado do Rio Grande do Sul que não esteja licenciado ambientalmente e com licença em vigor está irregular.

4 CONCLUSÕES

O trabalho que está sendo desenvolvido no âmbito do Programa RESSanear demonstra um ganho social significativo na atuação colaborativa quando se está diante da necessidade de medidas estruturais para implantar políticas públicas que garantem direitos indisponíveis. Ainda que se trate de um trabalho que muito exige das instituições, com reuniões numerosas e exaustivas, discussões técnicas vultosas e disponibilização de recursos humanos significativos por parte de cada um dos atores, não resta dúvida de que há avanços estruturais e sociais importantes decorrentes do trabalho desenvolvido no que tange ao esgotamento sanitário do Rio Grande do Sul.

As políticas públicas de direito urbanístico, dada sua alta complexidade, como regra, exigem multidisciplinariedade para que as normas tenham efetividade. O saneamento é uma dessas políticas urbanísticas de alta complexidade, que exige planejamento robusto (BRASIL, 2020). A pluralidade de visões, a ampliação dos debates, a implantação de um cenário colaborativo entre diversos atores diante de problemas sociais de grandes proporções potencializa o resultado efetivo do trabalho (ARENHART, 2017).

O conteúdo dos expedientes do Programa Ressanear demonstra que é preciso entender o mundo dos fatos exigido pela lei urbanística para saber aplicá-la com respeito às dificuldades e peculiaridades de gestão que abrangem o direito ao saneamento assegurado pelo ordenamento jurídico, o que é desafiador para os operadores do direito. Por outro lado, é também preciso conceder adequada interpretação jurídica aos ditames normativos de saneamento para entender a forma regular de prestação dos serviços, o que é igualmente desafiador aos atores do saneamento. Por isso, é profícua a harmonização de todas essas visões. O debate contínuo pelas diversas instituições, na pluralidade de pontos de vista, com trocas de informações permanentes e desburocratizadas no desenvolvimento comprometido dos Grupos de Trabalho do Programa RESSanear

perpetuação de afastamento de esgoto sanitário por redes de drenagem concebidas exclusivamente para transporte de águas pluviais.

diluíram essas dificuldades e possibilitaram o levantamento de ideias para a criação de ferramentas estruturais na implantação do esgotamento sanitário do Rio Grande do Sul.

A aplicação da Resolução Normativa AGERGS nº 35/2016 representou a ligação de mais de 73.500 economias irregulares à rede de esgotamento sanitário do tipo separador absoluto, até o ano de 2021, e também o recolhimento de mais de R\$ 26.000.000,00, até meados de agosto de 2022, para investimento no acesso ao esgotamento sanitário para a população de baixa renda. Dados esses apenas referentes à prestadora de serviço CORSAN. A replicação pela AGERGS dessa pioneira resolução da cobrança pela disponibilidade a outras prestadoras de serviço e por outras agências reguladoras potencializa esses resultados positivos.

Com essa sistemática de destinação de recursos específicos para esgotamento sanitário da baixa renda, o Programa RESSanear demonstra preocupação em agilizar a implantação do serviço de esgotamento sanitário às famílias de baixa renda gaúchas. Importante referir que essa medida deve ser objetivo prioritário de todas as instituições envolvidas no saneamento brasileiro, tanto por imposição legal específica de priorizar a implantação e ampliação das ações de saneamento para população de baixa renda (artigo 49, II, da Lei 11.445/07), quanto pelo compromisso de busca da erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

O incremento na fiscalização dos caminhões limpa-fossas representado pela sistemática trazida na Portaria FEPAM nº 87/2018 e a ampliação da estrutura de recebimento de lodo das soluções individuais permitiu no Rio Grande do Sul condições para destinação adequada dos lodos dos tanques sépticos.

A institucionalização da limpeza programada das soluções individuais de esgotamento sanitário, por meio da Resolução Normativa AGERGS nº 50/2019 (atualmente, pela Resolução Normativa nº 65/2022) representou um marco de implantação de um serviço público que não vinha sendo adequadamente exercido no Rio Grande do Sul. A viabilidade de fiscalização das estruturas das soluções individuais de esgotamento sanitário, da limpeza periódica e o controle da destinação do lodo pela gestão pública do serviço de saneamento constituem avanço social imensurável, pois refletirá sobre a saúde, desenvolvimento humano e o meio ambiente

das cidades gaúchas. Esse serviço está sendo implantado em seis municípios do Rio Grande do Sul e está em vias de implantação em outros seis.

A fiscalização das ligações clandestinas de esgotamento sanitário na rede de drenagem, as soluções individuais de esgotamento sanitário tecnicamente inadequadas e não regularmente limpas, as irregularidades no sistema coletivo de esgotamento sanitário e o esgoto a céu aberto são infrações ao ordenamento jurídico do saneamento que precisam ser enfrentadas. Nesse rumo, o Programa RESSanear representa não só a regularização de muitas dessas situações com resultados concretos conforme acima relatado, como também a promoção de uma base estrutural no Rio Grande do Sul para viabilizar medidas de cunho eminentemente prático para regularização plena do esgotamento sanitário por parte dos órgãos fiscalizadores.

A parceria interinstitucional estabelecida pelo Projeto RESSanear em 2011 e transformada no Programa RESSanear em 2014 permanece vigente e tem possibilitado que diversos atores da promoção e fiscalização do saneamento gaúcho estudem, discutam e promovam melhorias estruturais com resultados positivos e promissores à garantia do direito ao saneamento, no tocante ao esgotamento sanitário, para a população gaúcha. A partir do trabalho que vem sendo realizado no âmbito do Programa RESSanear foram desenvolvidas ferramentas para correção da falha dos sistemas coletivos de esgotamento sanitário relacionados a não conexão à rede, da ineficiência estatal no controle dos sistemas individuais e da ausência de acesso ao serviço de esgotamento sanitário para população de baixa renda, com apuração em curso de resultados concretos que vem sendo alcançados.

Portanto, o Programa RESSanear está apresentando bons e promissores resultados para a efetivação do direito ao saneamento e demonstra que a articulação colaborativa dos atores do saneamento para debater problemas e soluções pode ser bastante produtiva, qualificar o trabalho das instituições e atender demandas sociais.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT, NBR 7229/93:** Projeto, construção e operação de sistemas de tanques sépticos.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT, NBR 13.969/97:** Tanques sépticos - Unidades de tratamento complementar e disposição final dos efluentes líquidos - Projeto, construção e operação.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT, NBR 9648:1986:** Estudo de concepção de sistemas de esgoto sanitário.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT, NBR 9814:1987:** Execução de rede coletora de esgoto sanitário.

AGERGS, **Resolução Normativa Nº 35/2016**, de 11 de novembro de 2016 - Disciplina a cobrança pela disponibilidade do sistema de esgotamento sanitário operado pela CORSAN, estabelecendo incentivos aos usuários, conforme expediente administrativo nº 2317-3900/14-2. Disponível em: <https://agergs.rs.gov.br/resolucao-normativa-n-35-2016-publicada-no-diario-oficial-do-estado-em-11-de-novembro-de-2016>. Acesso em: 28 ago. 2022.

AGERGS, **Resolução Normativa Nº 42/2018**, 19 de setembro de 2018 - Disciplina o serviço de limpeza de fossa séptica prestado pela CORSAN sob demanda do usuário, conforme processo n.º 2266-39.00/15-9. Disponível em: <https://agergs.rs.gov.br/resolucao-normativa-n-42-2018-publicada-no-diario-oficial-do-estado-em-19-de-setembro-de-2018>. Acesso em: 28 ago. 2022.

AGERGS, **Resolução Normativa Nº 50/2019**, 22 de Novembro de 2019- Disciplina a prestação do serviço de limpeza programada de sistemas individuais pela CORSAN, conforme o processo 001167-39.00/18-0.. Disponível em: <https://agergs.rs.gov.br/resolucao-normativa-n-50-2019-publicada-no-diario-oficial-do-estado-em-22-de-novembro-de-2019>. Acesso em: 28 ago. 2022.

AGERGS, **Resolução Normativa Nº 65/2022**, de 06 de abril de 2022 - Disciplina a prestação do serviço de limpeza programada de sistemas individuais pela CORSAN. Disponível em: <https://agergs.rs.gov.br/resolucao-normativa-n-65-2022-publicada-no-diario-oficial-do-estado-em-06-de-abril-de-2022>, Acesso em: 28 ago. 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz: Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Orgs.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 475-492.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.; Acesso em 7 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.257**, de 10 de julho de 2001 - Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Palácio do Planalto, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em 09 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.445**, de 5 de janeiro de 2007 - Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Brasília, DF: Palácio do Planalto, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 7.217**, de 21 de junho de 2010. - Regulamenta a Lei no 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências. Brasília, DF: Palácio do Planalto, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7217.htm. Acesso em: 09 jun. 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Panorama do Saneamento Básico no Brasil SNIS**; 2021; disponível em: http://www.snis.gov.br/downloads/panorama/PANORAMA_DO_SANEAMENTO_BASICO_NO_BRASIL_SNIS_2021.pdf. Acesso em 31 mar. 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Plano Nacional de Saneamento Básico**, 2019; disponível em: https://antigo.mdr.gov.br/images/stories/ArquivosSDRU/ArquivosPDF/Versao_Conselhos_Resolu%C3%A7%C3%A3o_Alta_-_Capa_Atualizada.pdf; Acesso em 30 mar. 2022.

BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Regional. **Secretaria Nacional de Saneamento**; 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/saneamento/secretaria-nacional-de-saneamento>. Acesso em 22 set. 2022.

MENEGAT, Débora Regina. **O direito fundamental ao saneamento**: a universalização do acesso e os sistemas individuais de esgotamento sanitário. Disserta-

ção (Mestrado em Planejamento Urbano e Regional) – Faculdade de Arquitetura da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. p. 226. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **GT sobre destinação do lodo das soluções individuais de esgotamento sanitário obtém resultados na região de santa rosa**; Porto Alegre, 2017. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/noticias/urbanistico/45790/>. Acesso em 30 mar. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Ressanear possibilita mais de 67 mil ligações prediais de esgoto sanitário no RS**. Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/noticias/urbanistico/51452/>. Acesso em: 21 jun. 2022.

RIO GRANDE DO SUL, **Lei nº 15.434, de 9** de janeiro de 2020 - Institui o Código Estadual do Meio Ambiente do Estado do Rio Grande do Sul, 2020. Disponível em: <http://www.legislacao.sefaz.rs.gov.br/Site/Document.aspx?inpKey=271902&inpCodDispositive=&inpDsKeywords=15434>. Acesso em: 21 jun. 2022.

RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Centro de Apoio Operacional de Defesa da Ordem Urbanística e Questões Fundiárias; **PR.01155.00128/2011-5**; 2011.

RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, **Termo de Cooperação RESSanear**, 2014a; disponível em https://www.mprs.mp.br/media/areas/ambiente/arquivos/ressanear/termo_coop_ressanear_mp_famurs_corsan.pdf; acesso em 30 mar. 2022.

RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, **Provimento n.º 76**, 2014b; disponível em <https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/8651/>. Acesso em 31 ago. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Centro de Apoio Operacional de Defesa da Ordem Urbanística e Questões Fundiárias, **PR. 01155.00128/2014-9**, 2014c.

RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Centro de Apoio Operacional de Defesa da Ordem Urbanística e Questões Fundiárias, **PR.01155.00020/2015-5**, 2015a.

RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Centro de Apoio Operacional de Defesa da Ordem Urbanística e Questões Fundiárias, **PR.01155.00108/2015-8**, 2015b.

RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Centro de Apoio Operacional de Defesa da Ordem Urbanística e Questões Fundiárias, **PR.01155.00124/2015-5**, 2015c.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, CORSAN, AGERGS, FUNASA, FAMURS, FEPAM/SEMA, SECRETARIA ESTADUAL DE OBRAS, HABITAÇÃO E SANEAMENTO. **Consolidação das Conclusões do GT Soluções Individuais de Esgotamento Sanitário**, 2016a; disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/urbanistico/arquivos/gt_conclusoes_san_assinada.pdf. Acesso em 30 mar. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Centro de Apoio Operacional de Defesa da Ordem Urbanística e Questões Fundiárias. **PR.01155.00002/2016-1**, 2016b.

RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Centro de Apoio Operacional de Defesa da Ordem Urbanística e Questões Fundiárias, **PR.01155.00025/2017-0**, 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Centro de Apoio Operacional de Defesa da Ordem Urbanística e Questões Fundiárias, **PR.01155.00062/2020-7**, 2020.

RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, **Saneamento Básico – Esgotamento Sanitário**, [s.d.] a; Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/ambiente/paginas/ressanear/areas/urbanistico/paginas/3340/>; acesso em 30 mar. 2022.

RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, **Programa Integrado de Resíduos Sólidos e Saneamento Básico – RESSanear**, [s.d.] b; disponível em: <https://www.mprs.mp.br/ambiente/paginas/ressanear/>; acesso em 28 mar. 2022.

RIO GRANDE DO SUL, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, **RESSanear - Materiais de Campanhas**, [s.d.] c; disponível em: <https://www.mprs.mp.br/urbanistico/paginas/materiais-campanhas/>. Acesso em 02 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. CORSAN, RESSanear – **Material de campanha da cobrança pela disponibilidade**, [s.d.] d; disponível em https://www.mprs.mp.br/media/areas/urbanistico/arquivos/ressanear/ligacao_economias_rede.pdf. Acesso em 31 mar. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, CORSAN, AGERGS, FAMURS, FEPAM/SEMA, SECRETARIA ESTADUAL DE OBRAS, HABITAÇÃO E SANEAMENTO, Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. **Diretrizes gerais para adoção da solução mista**; [s.d.] e; disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/urbanistico/arquivos/diretrizes_solucao_mista.pdf. Acesso em 30 mar. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. **Cartilha de Saneamento**, 2022. Disponível em: http://www.mprs.mp.br/media/areas/urbanistico/arquivos/cartilha_saneamento_2022.pdf. Acesso em 31 ago. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. **Portaria FEPAM n.º 087/2018**, de 29 de outubro de 2018 - Aprova o Sistema de Manifesto de Transporte de Resíduos – Sistema MTR Online e dispõe sobre a obrigatoriedade de utilização do Sistema no Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências, o Diário Oficial do Estado – DOE em 30/10/2018 – página 108 a 111. Disponível em: <http://www.fepam.rs.gov.br/LEGISLACAO/ARQ/PORTARIA087-2018.PDF>. Acesso em : 28 ago. 2022.

O USO DO BANHEIRO POR PESSOAS TRANSEXUAIS EM ESPAÇOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE DO CASO SOB JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 845.779/SC À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA E DA TEORIA DO RECONHECIMENTO

HELENA MARIA ZANETTI DE AZEREDO ORSELLI¹

LARAIANE LUÇOLI²

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como objeto o direito dos transexuais de serem tratados de forma igualitária em relação às outras pessoas, especificamente quanto ao uso do banheiro público de acordo com o gênero com que se reconheça, com base na dignidade da pessoa humana e a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth.

- 1 Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e em Direito Público pela *Università degli Studi Perugia* (Itália) e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí; membro do corpo permanente de professores do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e professora titular dos cursos de graduação e pós-graduação *lato sensu* em Direito da Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB). Pesquisadora vinculada ao grupo de pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça, ambos certificados pela FURB. Pesquisadora líder do Grupo de Pesquisa: “Pluridimensionalidade do direito privado contemporâneo”, registrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ e certificado pela Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB. Advogada. E-mail: helena@furb.br.
- 2 Mestranda em Direito Público e Constitucionalismo pela Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB, membro do grupo de pesquisa “Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça” certificado pela FURB. Membro do grupo de pesquisa “Pluridimensionalidade do direito privado contemporâneo”, registrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ e certificado pela Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB. Membro do Grupo de Estudos “Dignidade e Reconhecimento” da Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB. Documentadora. E-mail: llucoli@furb.br.

No primeiro tópico será tratada a teoria do reconhecimento de Axel Honneth e as suas três etapas: a) relações amorosas; b) relações jurídicas e, c) relações de estima social. Em seguida, se analisará a sentença de primeiro grau que reconhece a lesão à dignidade da autora, a descaracterização do dano pelo tribunal de justiça de Santa Catarina, a análise do acórdão que reconhece a repercussão geral do Recurso Extraordinário 845.779/SC, e, por fim a análise do Recurso Extraordinário 845.779/SC pela ótica dignidade humana e pela teoria do reconhecimento.

O Recurso Extraordinário 845.779/SC possui alta relevância no meio social, pois contribui para a construção de um novo paradigma cultural, baseado no respeito mútuo e igualdade de tratamento, tendo em vista tratar-se de um caso que envolve uma pessoa integrante das reconhecidas minorias. Evidencia-se a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar o caso e a demora do Poder Judiciário quanto ao julgamento do Recurso Extraordinário 845.779/SC e o direito à razoável duração do processo. Problematisa-se a pesquisa questionando se, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana e da teoria do reconhecimento, o julgamento do RE 845.779/SC poderá ajudar no reconhecimento das pessoas transexuais e no seu uso dos espaços públicos.

O objetivo do presente trabalho é analisar o caso sob julgamento no Supremo Tribunal Federal, RE 845.779/SC através da ótica da dignidade humana e da teoria do reconhecimento das pessoas transexuais e ao seu direito de tratamento de forma igualitária e ao uso do banheiro com que se reconheça. O estudo consiste em uma pesquisa qualitativa na qual se utilizou o método científico indutivo, partindo de uma pesquisa documental e bibliográfica com posterior fichamento e análise de conteúdo de obras e documentos selecionados.

2 A TEORIA DO RECONHECIMENTO POR AXEL HONNETH

A vivência de ser “reconhecido” dentro da sociedade como um indivíduo representa que a pessoa pode tomar uma atitude de aceitação sobre o seu próprio “eu” (HONNETH, 2009, p. 139). Portanto, é preciso observar o valor que este indivíduo tem para si, para se ter o conhecimento de que ele é ou não é reconhecido na sociedade da qual participa ou tende a participar, isto é, uma atitude de autorrespeito. Essa atitude de

“autorrespeito” está relacionada com as concernentes características ou aptidões em que o indivíduo encontra a afirmação perante os seus parceiros de inteiração (HONNETH, 2009, p. 137). Para os seres humanos, a formação da socialização se dá sob um imperativo de um acolhimento mútuo, porque os indivíduos só chegam a uma autorrelação quando tentam idealizar “[...], da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como os seus destinatários sociais” (HONNETH, 2009, p. 155).

Honneth detalha um imperativo sobre três etapas da autorrelação: a) relações amorosas; b) relações jurídicas e, c) relações de estima social (HONNETH, 2009, p. 158). As relações amorosas são explicadas pelos escritos de Donald W. Winnicott (1984 *apud* HONNETH, 2009, p. 164-168), que são formadas logo nos primeiros meses de vida. Esta relação se estende em fases: I) a dependência absoluta entre mãe-filho depois do nascimento, uma vez que o bebê necessita da sua genitora para todos os detalhes da sua vida; II) a dependência relativa entre mãe-filho, esta fase começa logo depois que o bebê ganha um pouco de “independência” e compreende que a mãe é um ser próprio e não um escravo sujeito às suas vontades e “constrói” uma visão de que depende emocionalmente de sua mãe. Por esta razão, o reconhecimento, nesta esfera, preferencialmente na primeira infância, é o desenvolvimento da autoconfiança, que será a base de toda a vida do indivíduo (HONNETH, 2009, p. 164-168).

Raciocínio semelhante pode ser encontrado em Martha Nussbaum, quando ela destaca que o “[...] bebê com uma semana de vida é capaz de diferenciar o cheiro do leite da sua mãe e do leite de outra mãe” (NUSSBAUM, 2016, p. 44-45). Os bebês têm, uma “onipotência infantil”, que é o desejo de ser atendido sempre que desejar, e, no estágio inicial da sua vida, o bebê compreende que os pais, ou a mãe, não são seres completamente reais, mas coisas ou objetos que trazem o que ele precisa, na hora que ele precisa. Martha Nussbaum aponta que Rousseau “enxergou” o desejo das crianças de tornarem os seus pais em escravos, não porque são más, mas porque são frágeis e possuem uma grande carência, que pode gerar um comportamento cruel e gerar uma deformidade ética no caráter da criança (NUSSBAUM, 2016, p. 45-46).

As relações jurídicas também geram o acolhimento mútuo do indivíduo, logo que o ser humano tem direitos por si próprio e sabe que possui deveres junto ao outro, que igualmente a ele, possui direitos por si

(HONNETH, 2009, p. 179). O autorrespeito também possui um vínculo com as relações jurídicas, posto que é a possibilidade do indivíduo “[...] se considerar, na experiência do reconhecimento jurídico, como uma pessoa que partilha com todos os outros membros de sua coletividade as propriedades que capacitam para a participação numa formação discursiva da vontade [...]” (HONNETH, 2009, p. 197).

Honneth ainda destaca que só há uma verdadeira percepção do indivíduo como sujeito de direitos quando há um conhecimento sobre as suas obrigações (HONNETH, 2009, p. 179), ou seja, na relação jurídica, o direito retrata que o reconhecimento é uma forma de linguagem para expressar os seus interesses e os seus traços. O direito resulta na externalização e na concessão dos direitos, uma vez que, quando se concedem direitos às pessoas, é uma forma de vê-lo como alguém autônomo que é “[...] capaz de se engajar em relações de reciprocidade, baseadas na igualdade e liberdade dos participantes” (SARMENTO, 2020, p. 277).

A estima social é aceita de maneira adequada quando a existência de um horizonte de valores intersubjetivos partilhado é introduzido como pressuposto, dado que as pessoas só podem se estimar de forma mútua com a condição de partilharem valores e objetivos, tal qual se aplica às propriedades particulares que caracterizam o ser humano, assim, se na dimensão do direito o reconhecimento se expressa através de propriedades universais, a estima social expressa as diferenças das propriedades entre sujeitos de maneira intersubjetivamente vinculante (HONNETH, 2009, p. 198-199). Desse modo, a estima social significa que, para chegar a um acolhimento mútuo, o indivíduo precisa da relação do afeto da sociedade, que lhe permita expressar as suas características e aptidões (HONNETH, 2009, p. 198).

Honneth (2009, p. 216) se refere ao respeito dos direitos e pretensões sociais que uma pessoa pode contar em face da sociedade, sendo ela alguém igual na comunidade. O autor aponta o desrespeito que existe, quando um cidadão tem privação dos seus direitos ou é excluído. Para o autor, esse fato “[...] não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação com o sentimento de não possuir o *status* de um parceiro da interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade [...]” (HONNETH, 2009, p. 216; com grifos no original). Ainda, o autor assinala que a “honra” e a “dignidade”, ou então o

“*status*”, de uma pessoa é concernente à estima social, que “[...] é concedida à sua maneira de autorrealização no horizonte da tradição cultural” (HONNETH, 2009, p. 217).

Porém Honneth (2009, p. 217) traz um aviso de extrema importância e ao afirmar que, se a hierarquização desses valores se constrói de forma que degrada certas formas de vida ou então, de crenças, “[...] considerando-as de menor valor ou deficientes, ela tira dos sujeitos atingidos toda a possibilidade de atribuir um valor social às suas próprias capacidades” (HONNETH, 2009, p. 217).

Assim, o reconhecimento é a aceitação do indivíduo sobre o seu “eu” e o valor que tal ser humano tem para si, uma atitude de autorrespeito, que está diretamente relacionada com as características ou aptidões para a formação da socialização. Sendo dividido em três etapas: a) relações amorosas (desenvolvimento da autoconfiança na criança); b) relações jurídicas (reconhecimento como sujeito de direito de seus deveres e obrigações) e, c) relações de estima social (forma de acolhimento mútuo, relação de afeto com a sociedade). Passa-se, então, à análise das decisões sobre o impedimento de utilização do banheiro público feminino por uma transexual feminina, ocorrido no Estado de Santa Catarina e que está aguardando análise do Supremo Tribunal Federal.

3 A VISÃO DO PODER JUDICIÁRIO ACERCA DO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA TRANSEXUAL: OSCILAÇÃO ENTRE LESÃO À DIGNIDADE E MERO DISSABOR

3.1 A sentença de primeiro grau reconhece a lesão aos direitos fundamentais e à dignidade da autora

Em 08 de agosto de 2008, Ama, transexual feminina, passeava por um *Shopping* da cidade de Florianópolis, e, em um determinado momento, precisou fazer o uso do banheiro, então se dirigiu ao local determinado e entrou no banheiro feminino, como fazia usualmente (BRASIL, s/d, volume 1, p. 5). Ao entrar no banheiro, foi abordada por uma funcionária do local, que, de forma nada gentil e sutil, forçou Ama a se retirar do local alegando que sua presença constrangia os que ali estavam. A

funcionária do estabelecimento alegou que estava apenas cumprindo as determinações do *Shopping* e, como se a primeira vez não fosse suficiente, mais uma vez sinalizou que Ama não poderia usar o banheiro, sem qualquer justificativa, a funcionária começou a lançar comentários que ofendiam a condição de transexual de Ama (BRASIL, s/d, volume 1, p. 5).

Após andar pelo *Shopping* à procura de algum sanitário que pudesse usar como mulher e poder aliviar as suas funções fisiológicas, Ama não encontrou lugar nenhum porque nenhuma das lojas do estabelecimento tinha banheiros para o uso dos clientes e, por não ter encontrado um banheiro que pudesse usar, não conseguiu controlar as suas necessidades e defecou em suas vestes, no meio de um corredor de um estabelecimento público com número considerável de pessoas. Dado às circunstâncias, Ama começou a chorar porque foi vista por vários desconhecidos (BRASIL, s/d, volume 1, p. 6-7).

Esse não foi o único fato que abalou sua dignidade e sua integridade psicológica, Ama precisou utilizar do transporte público para se locomover até a sua casa, nas condições que se encontrava: suja e exalando odor. Mesmo que, no transporte tivesse assentos disponíveis, ela não poderia ter feito o uso devido às condições em que se encontrava (BRASIL, s/d, volume 1, p. 7). Ama ingressou com uma demanda judicial, pedindo indenização pelos danos sofridos movida contra o *Shopping Center* em que ocorreu o fato.

O estabelecimento, após ser intimado, ofereceu a sua resposta à versão de Ama, rebatendo suas alegações e afirmando que não houve violação à honra ou à sua imagem e que “[...] sendo o autor do sexo masculino, é forçoso reconhecer que o sanitário a ser utilizado por ele deve ser o destinado aos homens e não o das mulheres” (BRASIL, s/d, volume 2, p. 13). Em sua manifestação, teceu comentários a respeito ao “conflito” existente entre o sexo biológico e o sexo psicológico, que pessoas, como a autora, enfrentam todos os dias. Ressaltou que transexualidade vem sendo objeto de estudo pela comunidade médica (BRASIL, s/d, volume 2, p. 13), que foi considerada doença, por 28 anos, no entendimento da Organização Mundial da Saúde (OMS).

É importante destacar que, no ano de 2019, a classificação da transexualidade foi revista e optou-se por remover o transtorno de identidade de gênero do rol das doenças mentais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2019).

Em suas alegações, o estabelecimento comenta que

Por mais que o autor, conforme *ele* próprio declara na exordial, se sinta como mulher, se vista e se apresente como tal, não se pode impor às mulheres que *ele* utilize o toailete feminino, *uma vez que é do sexo masculino* na concepção biológica e certamente causaria constrangimento no local (Supremo Tribunal Federal, volume 2, p. 13, grifo nosso).

O gênero, que, através da visão crítica de Butler (2018, p. 13), é construído de forma cultural, independente do sexo e como consequência “[...] *homem e masculino* podem, com igual facilidade, significar tanto um corpo feminino como um masculino, e *mulher e feminino*, tanto um corpo masculino como um feminino” (BUTLER, 2018, p. 13-14, grifos da autora).

Em meados de julho de 2010, publicou-se a sentença favorável a Ama, assinalando-se que a ação não só era sobre indenização por danos morais, mas igualmente pela discriminação que sofrera pela sua condição de pessoa transexual. Destaca que a transexualidade é a condição “[...] que há uma transposição na correlação do sexo anatômico e psicológico, ou seja, a pessoa tem convicção de pertencer a um sexo e possui genitais opostos ao sexo que psicologicamente pertence” (BRASIL, s/d, volume 4, p. 15). O juízo salienta que, muito embora Ama aparente ser homem, o seu sexo psicológico é feminino e que ela não pode ser objeto de discriminações como as que sofreu no *Shopping center* da cidade. Também afirma que, após a análise dos documentos juntados ao processo, percebe-se que Ama se comporta como e suas vestes são de uma mulher (BRASIL, s/d, volume 4, p. 15).

Além disso, consta da sentença que a autora é reconhecida publicamente como Ama e que “[...] foi discriminada por ser transexual” (BRASIL, s/d, volume 4, p. 15). A base para a fundamentação da sentença foi a violação ao art. 5º, inciso X, da CRFB/88, já que a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra são consideradas invioláveis pelo ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, s/d, volume 4, p. 17). O juízo declarou que cabe “[...] ao Estado a obrigação de garantir o bem-estar do cidadão, zelar por sua dignidade e pelo livre desenvolvimento de sua personalidade”. Em outro parágrafo o juízo se apropria do sentido de igualdade aristotélica sustentando que o princípio da igualdade “[...] está em tratar

igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade” (BRASIL, s/d, volume 4, p. 18).

Ressalta que o princípio da dignidade humana é fundamento reconhecido constitucionalmente pelo sistema jurídico brasileiro (BRASIL, s/d, volume 4, p. 18). Nesta mesma linha, Sarmiento (2020, p. 36) trabalha com a ideia de que a dignidade compete a todas as pessoas, pelo simples fato de serem humanos, logo todos devem ser tratados com o mesmo respeito e consideração. Para Sarmiento (2020, p. 82), a pessoa é alguém concreto, racional, sentimental e corporal, aquele que é um fim em si mesmo e que deve ter respeitada a sua autonomia, bem como tem a garantia de suas “[...] necessidades materiais básicas e do reconhecimento e respeito da sua identidade”.

Desta forma, o juízo considerou que o dano moral se manifesta na esfera íntima da pessoa causando uma ferida psíquica, caracterizando-se pela ofensa à honra ou à reputação social do indivíduo (BRASIL, s/d, volume 4, p. 20). O magistrado julgou procedente o pedido de Ama e condenou o *Shopping* ao pagamento, a título de danos morais, condenando ao pagamento de indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) (BRASIL, s/d, volume 4, p. 21-22).

3.2 A descaracterização do dano aos direitos fundamentais pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Não satisfeito com o resultado, o estabelecimento interpôs Recurso de Apelação para o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com os fundamentos de que não há, em nenhum momento do processo, fatos que comprovem que é do sexo masculino e, não poderia utilizar o sanitário destinado às mulheres (BRASIL, s/d, volume 4, p. 29-34).

O estabelecimento alude que o direito perseguido por Ama não pode violar o direito à privacidade e a intimidade de terceiros, no caso apresentado, esses terceiros seriam as mulheres; que acha “louváveis” as mudanças ocorridas quanto às relações homoafetivas, mas que a intimidade e a privacidade de terceiros devem ser preservadas (BRASIL, s/d, volume 4, p. 34), colocando esses princípios acima da dignidade humana, que é expressamente um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).

Ama interpôs Recurso Inominado no sentido de que o valor da condenação era insuficiente para a situação que passara no *Shopping*, reitera o argumento de uma sociedade igual e sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação, por se tratar de um ser humano “[...], idêntico aos outros”. Afirma que o estabelecimento age com políticas preconceituosas e discriminatórias (BRASIL, s/d, volume 4, p. 37-46).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina julgou ambos os Recursos, nos autos da Apelação Cível de nº 2012.019304-1, tendo como Relator o Desembargador Fernando Carioni, considerando que não há motivos que comprovem que o *Shopping Center* teve um comportamento condenável. Por conseguinte o Tribunal catarinense descaracterizou a relação de consumo e a responsabilidade civil objetiva, entendendo que, para que haja a responsabilidade de indenizar é necessário que fique claro que “[...] o agente agiu com culpa” (BRASIL, s/d, volume 5, p. 24-31).

Como é possível demonstrar com os trechos destacados a descaracterização da culpa e, que o mero incômodo não se enquadra para caracterizar uma indenização:

Nesse contexto, não há comprovação de que a conduta do estabelecimento comercial seja passível de reprovação, ou seja, não há prova da conduta culposa do agente, porquanto o único acontecimento que ficou demonstrado nos autos foi o fato de o requerente ter sido abordado no toailete feminino por uma funcionária do *shopping*, que solicitou a ele que fizesse o uso do banheiro masculino (BRASIL, s/d, volume 5, p. 28; grifos do autor).

[...]

Verifica-se, assim, que não houve prática de conduta reprovável pela funcionária do Beiramar *Shopping*, e que ausente um dos pressupostos da responsabilidade civil.

Não fosse isso, o acontecimento narrado, embora lamentável, não enseja o pagamento de indenização, porquanto o dano moral indenizável é aquele que corresponde à lesão a direito da personalidade, que repercute sobremaneira no psiquismo do lesado; e não se enquadra no conceito o mero incômodo ou aborrecimento (BRASIL, s/d, volume 5, p. 29; grifos do autor)

[...]

Como dito, o fato discutido por certo desencadeou algum incômodo ao autor, todavia, não sobrepujou o razoável ou lesou direito da personalidade (BRASIL, s/d, volume 5, p. 30).

Inconformado com a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Ama interpôs um Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça e, defende que os eventos da “hipermodernidade” suscitam do Poder Legislativo brasileiro o acompanhamento das novas condutas praticadas no meio social que geram a identificação de todos os seus cidadãos (BRASIL, s/d, volume 5, p. 74). Sustentam que, enquanto este reconhecimento dos cidadãos não seja alcançado, pertence à alçada do Poder Judiciário a ação de concretizar os “[...] direitos dos chamados “novos sujeitos de direito”, definidos como aqueles que ficaram à margem do sistema jurídico-legal” (BRASIL, s/d, volume 5, p. 74).

Ama defende que transexualidade é algo real e que não deve ser ignorada, nem por parte do Estado nem por parte da sociedade, mesmo que seja conduta diversa da qual é entendida como “padrão”. O tratamento que Ama, que se identifica como mulher, obteve no dia do ocorrido, atenta contra a sua honra e que a decisão do Tribunal de Justiça, ao não reconhecer a discriminação, confirma o desamparo e a marginalização a que as minorias são submetidas (BRASIL, s/d, volume 5, p. 76). Conclui que, com o não reconhecimento da discriminação, a decisão pode interferir tanto na aplicação quanto na interpretação de situações que envolvem as minorias, concluindo que é de extrema importância que o direito proporcione condições mínimas para uma vida com dignidade (BRASIL, s/d, volume 5, p. 76-77).

Concomitantemente, Ama interpôs Recurso Extraordinário pela ofensa aos artigos 1º, III e 5º, V, X e XXXII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, s/d, volume 6, p. 61). Houve agravo por negativa de seguimento do Recurso ao Supremo Tribunal Federal, contudo o Ministro Luís Roberto Barroso admitiu o recurso reconhecendo que se trata de debate sobre a abrangência do alcance dos direitos fundamentais das minorias (BRASIL, 2014, p. 1).

3.3 A decisão do Supremo Tribunal Federal pela repercussão geral

A natureza das questões relacionadas aos direitos constitucionais estão nas mãos dos constituintes e tribunais que detêm o poder de dar novos direitos aos indivíduos ou mudar a natureza desses direitos constitucionais (FALLON JUNIOR, 2019, p. 1-2).

No Brasil esse exercício é encontrado nas competências do Supremo Tribunal Federal, que fora incumbido de ser o guardião da Constituição, conforme determina o *caput* do artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988). De igual modo, faz parte da competência do Supremo Tribunal Federal interpretar a Constituição, tanto para a procura de uma forma mais apropriada e correta da concretização dos princípios que por ela foram aprovados, quanto para que as regras instituídas sejam aplicadas corretamente (LIMA, 2015, p. 21).

O Poder Judiciário vem acolhendo os pleitos que emergem da sociedade e que não podem, ou talvez, não consigam ser satisfeitos pelo Poder Legislativo (BARROSO, 2012b, p. 27), desta maneira, há a necessidade de uma maior participação do Poder Judiciário para que os valores constitucionais sejam consolidados, através de diversas condutas, como:

- a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (BARROSO, 2020, p. 25-26).

Importa recordar que não há direito absoluto no sistema jurídico brasileiro, de sorte que há uma grande probabilidade de conflitos entre os valores e os princípios constitucionais (LIMA, 2015, p. 23), sendo crucial a atuação do Supremo Tribunal Federal como intérprete último da Constituição. Na visão de Barroso (2020, p. 430) a jurisdição constitucional é:

[...] o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade

das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição (BARROSO, 2020, p. 430).

A jurisdição constitucional no Brasil desempenha um papel característico no campo da proteção dos direitos fundamentais, pois é encarregada de que a garantia de que o princípio da dignidade humana seja um valor a ser observado por todos os poderes públicos (LIMA, 2015, p. 26). Além de que a jurisdição constitucional possibilita efetivamente a prática da norma e a superioridade dos direitos fundamentais, papel que assumiu depois das barbáries ocorridas na Segunda Guerra Mundial, deixando a “neutralidade” do período liberal, adotando uma posição mais ativista com a chegada do Estado Democrático de Direito (ASSIS, 2015, p. 49). A jurisdição constitucional está diretamente ligada à imagem da soberania da Constituição em relação ao ordenamento jurídico, ou seja, colocar a Constituição como Lei Suprema e resguardar-se de aparatos apropriados e satisfatórios de tal modo que todas as normas devem ser sempre examinadas à luz a Constituição (ASSIS, 2015, p. 50).

Em debates contemporâneos os “originalistas”³ igualam os direitos com as garantias introduzidas pelo legislador na Constituição, como essa visão pode ou não ser coerente com uma técnica para identificar os direitos constitucionais que não existia há mais de meio século? (FALLON JUNIOR, 2019, p. 5). Dworkin (2010, p. XV) identifica esses direitos como trunfos: “Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm”.

Por essa razão mostra-se importante a decisão de reconhecer a repercussão geral no Recurso Extraordinário proposto. O supremo Tribunal Federal, por maioria, aceitou como matéria constitucional e foram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki, enquanto não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia (BRASIL, 2014, p. 1).

O Ministro Luís Roberto Barroso manifesta-se no sentido de que a matéria discutida se trata de matéria constitucional e que se deve analisar se a conduta narrada nos fatos é considerada ou não como uma

3 Alguns juristas estadunidenses sustentam que o significado da Constituição foi previamente fixado desde a sua ratificação e que os intérpretes “contemporâneos” devem considerar o significado originalmente constituído da linguagem constitucional (FALLON JR, 2019, p. 8)

ofensa à dignidade humana e aos direitos de personalidade. O debate em questão compreende a identidade da pessoa, o que está ligado à dignidade humana, de acordo com o Ministro Relator Luís Roberto Barroso, “[...] saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente. O tema não pode ser reduzido a uma mera questão patrimonial de responsabilidade civil” (BRASIL, 2014, p. 7-8).

Segundo o Ministro Relator, a repercussão geral do caso incide no âmbito social e concentra-se no núcleo do papel essencial do Supremo Tribunal Federal: a abrangência dos direitos fundamentais dos cidadãos no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente daqueles que integram os grupos minoritários. Outro argumento a ser analisado é que este fato não é um incidente isolado e por isso a decisão deste Tribunal pode vir a definir um novo padrão de comportamento aos casos (BRASIL, 2014, p. 8).

No próximo tópico serão analisados os fundamentos da decisão que reconheceu a repercussão geral à luz da dignidade humana e da teoria do reconhecimento.

4 A ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 845.779/SC PELA DIGNIDADE HUMANA E PELA TEORIA DO RECONHECIMENTO

O ser humano vive em uma constante busca do que entende como uma boa vida e por isso ele precisa ser percebido como igual na sociedade e ser reconhecido como um sujeito perante o todo. Souza (2000, p. 135) alega que o ser humano necessita se sentir e ser tratado em iguais condições “[...] por partes de outros seres humanos, por suas capacidades e qualidades e, em comunhão [...]” com outros indivíduos.

O Ministro Relator descreve que a temática no processo se relaciona com a aplicação do artigo 1º, inciso III e 5º, incisos V, X e XXXII e excede os “interesses subjetivos” da causa e que tem “[...] **alta relevância no meio social** ao contribuir para a construção de um novo paradigma cultural, primando pelo respeito mútuo e igualdade de tratamento objetivos da República Federativa do Brasil” (BRASIL, 2014, p. 4; grifos do autor), tendo em vista que a situação

“[...] apresentada envolve exatamente uma integrante das reconhecidas minorias no Poder Judiciário para efetivar seu direito a uma vida digna, foi novamente ofendida, desta vez por uma decisão que contraria os princípios pelos quais deveria primar”
(BRASIL, 2014, p. 4-5; grifos do autor).

Em seu livro, o Ministro Luís Roberto Barroso (2012a, p. 74) diz que as “[...] minorias têm direito de serem reconhecidas. Não há dúvida de que a dignidade corrobora tal entendimento”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948 no seu preâmbulo, estabelece que o “[...] reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). Os artigos 1º, 6º e 7º, versam sobre a dignidade, o reconhecimento e a liberdade, a saber: o artigo 1º constitui que todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos; o artigo 6º garante que todo o ser humano tem direito de ser reconhecido como pessoa em todos os lugares; e o artigo 7º visa que todos os seres humanos são iguais perante a lei e têm o direito de ter igual proteção perante a lei, sem qualquer distinção e, têm o direito de proteção contra qualquer discriminação que viole a Declaração (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Não há como se viver uma vida digna se não tiver autonomia de ser quem se deseja ser, muito menos se não há o igual reconhecimento de seus direitos, já que a “[...] dignidade da pessoa humana seria [...] uma pretensão de igual respeito e consideração e que exige o reconhecimento de direitos humanos e fundamentais [...]” (SARLET, 2015, posição 2575).

Barroso (2012a, p. 76) identifica como componentes da dignidade: a) o valor intrínseco do ser humano; b) a autonomia individual e c) valor comunitário. Ao tema objeto de estudo neste artigo, importam e, portanto, serão destacados apenas o valor intrínseco e a autonomia. O valor intrínseco do ser humano está ligado à natureza do ser, que compõe um conjunto de características inerentes e comuns ao ser humano (BARROSO, 2012a, p. 76).

Até a era moderna os seres humanos recebiam o tratamento como parte de um corpo social, não como um indivíduo que possui um valor por si, os seus direitos e, por consequências, os seus deveres transcorriam

de acordo com a sua introdução em um grupo social. O interesse social destacava-se sobre os interesses do indivíduo (SARMENTO, 2020, p. 51).

Sarlet (2015, posição 1165-1170) conceitua a dignidade humana como sendo a qualidade e o valor intrínseco que é reconhecida em cada ser humano, afirmando que o valor intrínseco o faz ser merecedor de respeito e consideração, tanto por parte do Estado quanto por parte da sociedade, e que implica em um conjunto de direitos e deveres constitucionais que assegurem à pessoa de todo e qualquer ato degradante e desumano, bem como a garantia de condições mínimas para uma vida saudável.

A autonomia do ser humano é um dos valores mais exaltados pela modernidade e um dos fundamentos “[...] sobre os quais estão erigidos os ordenamentos jurídicos das democracias” (SARMENTO, 2020, p. 153). A autonomia se divide em privada e pública; autonomia privada se refere ao direito do ser humano a tomar as suas decisões, enquanto a autonomia pública é o direito do ser humano colaborar na vida política da sua comunidade (SARMENTO, 2020, p. 156).

A autonomia fundamenta a liberdade de agir de cada ser humano e é o material ético da dignidade humana, aquilo que deixa com que o indivíduo busque o seu padrão de como viver e ter uma boa vida (BARROSO, 2012a, p. 81). O ser humano vive em uma constante procura do que entende uma boa vida e por isso ele precisa ser visto como igual na sociedade, ele precisa ser reconhecido como um sujeito perante o todo.

Para Sarmento (2020, p. 270) o não reconhecimento deriva da depreciação de determinada comunidade que não seja maioria, aos quais são conferidos características desfavoráveis, projetadas a todos os que integram tal grupo e geralmente são ligados a traços como o gênero, orientação sexual, nacionalidade, profissão, etnia, religião, entre outros. O propósito do reconhecimento do indivíduo é lutar contra a hierarquização dos valores sociais (SARMENTO, 2020, p. 270). A hierarquia de valores se distende, se objetiva e se impõe ao sujeito e lhe provoca “[...] reações como vergonha, admiração, culpa ou respeito” e, nesses valores é que se forma a identidade do ser humano (SOUZA, 2000, p. 138). Não fez mais alterações. Ver versão 3

Mesmo não querendo, o Supremo Tribunal Federal mais uma vez acabou postergando o debate, visto que chegou na Suprema Corte em 2014 e encontra-se suspenso por pedido de vista do Ministro Luiz Fux

desde 08 de janeiro de 2020, arrastando-se assim por longos oito (8) anos e enquanto se enrola na Corte, outras pessoas como Ama sofrem atos discriminatórios e preconceituosos no nosso país com frequência, ainda que todos deveriam ser tratados com o mínimo de dignidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, garante no inciso LXXVIII do artigo 5º o direito fundamental à duração razoável do processo: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

O direito fundamental à duração razoável do processo foi positivado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 e adotou a orientação constante nas convenções internacionais de direitos humanos e, que parte da doutrina já considerava implícita no princípio do Estado de Direito e no próprio princípio da dignidade humana. Já que a demora em obter uma decisão judicial em um processo afeta a proteção deste último princípio de igual modo que transforma o ser humano em objeto dos processos (MENDES; BRANCO, 2018, p. 418-419).

Desta forma, a Constituição aferiu outro significado ao princípio da dignidade que em seu berço proíbe a transformação do ser humano em objeto das ações e processos estatais. O Estado deve respeito à pessoa e protegê-la contra insultos e vexames. Logo, o reconhecimento do direito a um processo mais célere ou que tenha uma razoável duração suscita que o Poder Judiciário (e o Poder Público) que adote padrões que cumpram tal objetivo e, se desdobra um campo institucional que é especificamente destinado a planejar, controlar e fiscalizar as políticas públicas que estão relacionadas à legitimidade da intervenção Estatal que importem, ainda que potencialmente, a lesões ou ameaças aos direitos fundamentais (MENDES; BRANCO, 2018, p. 419).

5 CONCLUSÃO

Atualmente muitos processos no país encontram-se suspensos aguardando a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação a essa situação e, enquanto essa não se resolve, muitas pessoas diariamente têm a sua dignidade violada e não são reconhecidas.

Os transexuais são pessoas que não se identificam sexualmente com o seu sexo biológico e independente da sua identificação sexual, merecem tratamento respeitoso, pois possuem valor intrínseco, são autônomas para decidir à sua maneira o seu ideal de viver bem.

Devem ser reconhecidos nas três dimensões apresentadas por Honneth: a) no amor, b) no direito e na c) sociedade; a) no amor, tendo o acolimento das pessoas do círculo interno, da sua família e de parceiros sexuais; b) no direito, merecem ter a compreensão de si mesmos através os seus direitos e como membros da sociedade e serem tratados como pessoas e, c) na sociedade, através da estima social em que há o reconhecimento e o respeito pelas suas diferenças e tratamento igualitário.

Também, merecem ter sua dignidade reconhecida, respeitada e protegida contra todas as formas de degradação e humilhação a que os indivíduos estão sujeitos em meio a uma sociedade de preconceitos, onde a grande maioria respeita os seus iguais e maltrata os seus diferentes. As pessoas transexuais precisam ser tratadas com dignidade e necessitam ter o direito de se sentirem reconhecidas através da família, do direito e da sociedade, aceitando assim, que ela utilize o espaço público, como o banheiro, como se identifique, sem nenhuma chance de discriminação.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Éder Pereira de. A jurisdição constitucional na efetivação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira. **Processo e Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, 2015. Disponível em <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>. Acesso em: 24 set. 2022.

BARROSO; Luís Roberto, **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução de Humberto Laport de Mello. 5. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2012a.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis: Cadernos do Centro de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, Vol.5, nº 1 p. 23-32, 2012b. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 24 set. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 845.779. 2014. Íntegra do processo. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4657292>. Acesso em: 02 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 845.779 SANTA CATARINA. TRANSEXUAL. PROIBIÇÃO DE USO DE BANHEIRO FEMININO EM SHOPPING CENTER. ALEGADA VIOLAÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A DIREITOS DA PERSONALIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O recurso busca discutir o enquadramento jurídico de fatos incontroversos: afastamento da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. Constitui questão constitucional saber se uma pessoa pode ou não ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana e a direitos da personalidade 3. Repercussão geral configurada, por envolver discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias uma das missões precípua das Cortes Constitucionais contemporâneas, bem como por não se tratar de caso isolado. Recorrido: BEIRAMAR EMPRESA SHOPPING CENTER LTDA. Inteiro teor do acórdão. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7971144>. Acesso em 16 maio 2022.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FALLON JUNIOR., Richard H. **The Nature of Constitutional Rights – The Invention and Logic of Strict Judicial Scrutiny**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais; tradução de Luiz Repa; apresentação de Marcos Nobre. São Paulo: Editora 34, 2009.

LIMA, José Wilson Ferreira. A jurisdição constitucional e a proteção à dignidade da pessoa humana. In: MENDES, Gilmar Ferreira. **Processo e Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, 2015. Disponível em <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>. Acesso em: 24 set. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).

NUSSBAUM, Martha C. **Sem fins lucrativos**: Por que a democracia precisa de humanidades. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016. *E-book Kindle*.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **A Carta das Nações Unidas de 24 de outubro de 1945**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91220-carta-das-nacoes-unidas>. Acesso em 17 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Resolução 217 A III de 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 17 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **OMS retira a transexualidade da lista de doenças mentais**. Publicado em: 06 junho 2019. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/83343-oms-retira-transexualidade-da-lista-de-doencas-mentais#:~:text=A%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde,lhes%20foi%20atribu%C3%ADdo%20no%20nascimento>. Acesso em: 02 maio 2022.

SARLET; Ingo Wolfgang, **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. e atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. *E-book Kindle*.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SOUZA, Jessé. Uma teoria crítica do reconhecimento. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, n. 50, p. 133-158, 2000. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452000000200008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/TM8BjtTkn-3GWfkCC56BHPcC/?lang=pt#>. Acesso em: 16 abr. 2022.

ESTUDOS DE GÊNERO SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO E DA PSICANÁLISE E A RELAÇÃO COM AS CIRURGIAS DE AFIRMAÇÃO DE GÊNERO

AMANDA MARIA TROJAN¹

CAROLINA D'AMORIM BARRETO²

1 INTRODUÇÃO

Inseridos em uma sociedade binária, habituada com corpos femininos e masculinos que não se distanciam do gênero a que foram designados quando do seu nascimento, as pessoas intersexo e transgênero passaram a serem vítimas de exclusão. Não obstante o preconceito que enfrentam diariamente, a sociedade passou a impor moralmente – durante longo período tais imposições estavam previstas em textos legais, decisões judiciais e Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) – a realização de cirurgias de afirmação de gênero para que, de fato, esses corpos permanecessem “adequados”.

-
- 1 Graduada em Direito pela PUC-PR, *Campus* de Curitiba. Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil 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. Assistente na 1ª Promotoria de Família e Sucessões do Foro Central de Curitiba. Advogada licenciada. *E-mail*: amandatrojan8@gmail.com.
 - 2 Especialista 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. Membro do IBDFAM. Membro da Comissão de Direito de Família e da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OAB/BA. Advogada. *E-mail*: caroldamorim.adv@gmail.com.

Estabelecido o objetivo central da pesquisa em estudar o gênero e as cirurgias de afirmação de gênero, sob a perspectiva do direito e da psicanálise tornou-se imprescindível, em um primeiro momento, desmembrar conceitos introdutórios de gênero, sexo e orientação sexual. Além disso, perpassou sinteticamente pela ideia de intersexualidade e transexualidade.

Em seguida, aprofundou-se na ideologia de gênero construída pelo psicanalista neozelandês John Money. Assim, demonstrou-se que a ideologia de gênero defendida por Money influenciou o advento das cirurgias de afirmação de gênero que, até os dias atuais, são incentivadas pela sociedade. Especificamente quanto à população transgênero, apresentou os meios disponíveis para a realização das referidas cirurgias e a relação com o direito de escolha do paciente.

De forma a atingir o objetivo central proposto, utilizou-se do método de pesquisa científico-dedutivo, baseado na revisão bibliográfica de publicações na seara jurídica, da biomedicina e da psicanálise.

2 APRESENTANDO CONCEITOS: SEXO, GÊNERO, ORIENTAÇÃO SEXUAL E SUAS INTERSEÇÕES COM A INTESEXUALIDADE E A TRANSEXUALIDADE

O universo da sexualidade desperta calorosos debates; há aqueles que, fundados na concepção de que se trata de um assunto libertino e proibido, buscam silenciar as discussões dessa seara. De outro lado, persistem aqueles que consomem e produzem conteúdos literários, musicais e visuais que estimulam a reflexão e o estudo da sexualidade.

Inseridos em uma vagarosa transição de valores sociais, compreender gênero, sexo e orientação sexual tornou-se pré-requisito para o autoconhecimento de nossos corpos e desejos. Até o século XVIII, acreditou-se que mulheres e homens possuíam a mesma genitália, com o diferencial de que, nelas, os órgãos seriam internos (LAQUER, 1994, p. 206 *apud* LIMA, 2018, p. 64). A ignorância sobre a fisionomia feminina lastreou por anos a crença de que mulheres não passariam de homens com conformações genitais imperfeitas (LAQUER, 1994, p. 206 *apud* LIMA, 2018, p. 64).

Revelada a diferença anatômica entre o órgão reprodutivo feminino e masculino, inseriu-se a ideia de que sexo seria uma caracterização individual, atribuída a partir da aparência anatômica externa do órgão

genital, devendo obrigatoriamente constar no assento de nascimento (LIMA, 2018, p. 116). De outro lado, quanto aos estudos do significado de gênero, Maria Eunice Figueiredo Guedes (1995, p. 5) propôs rastrear-lo no âmbito do seu significado linguístico e, em sua conclusão, desmitificou a ideia de que o seu preceito está vinculado às características biológicas do indivíduo.

A palavra gênero pressupõe um sistema de relações que pode incluir o sexo, mas que não é diretamente determinado pelo sexo (GUEDES, 1995, p. 9); relacionando-se a caracteres convencionalmente estabelecidos, bem como, a atividades habituais decorrentes da tradição (GUEDES, 1995, p. 5). No Brasil, os debates de gênero surgem em meio a movimentos feministas; nessa seara, Simone de Beauvoir (1970, p. 140) destacou-se por defender que “ninguém nasce mulher, torna-se mulher”.

A filósofa entende que a constituição de gênero ocorre a partir de uma interação social em que a criança está inserida, aprendendo o conteúdo ideacional do contexto sobre seu sexo que, inicialmente, não se diferencia do outro (BEAUVOIR, 1970, p. 140). Suas ideias ilustram-se perfeitamente à análise de Anailde Almeida (2010 *apud* GONÇALVES, 2018, p. 407):

(...) quando um menino de 04 (quatro) anos de idade escolhe um carrinho em vez de uma boneca para brincar, ele não está revelando, em geral, nenhum conhecimento efetivo desse objeto. Ele revela sua capacidade de aprender os símbolos sexuais nesse objeto reproduzido.

Em seguida, no que diz respeito à orientação sexual de uma pessoa, essa traduz-se em sua atração sexual ou romântica que pode, ou não, sentir por alguém.

Em uma sociedade binária que persiste em categorizar as diversidades têm-se, resumidamente, os heterossexuais, que possuem atração por pessoas do gênero oposto; os homoafetivos, que possuem atração por pessoas do mesmo gênero; os bissexuais, que possuem atração por dois gêneros e os assexuais, que não sentem atração sexual por outras pessoas, ou sentem apenas em algumas situações do espectro.

Estabelecido esses conceitos e, rememorando tratar-se de uma pesquisa que pretende analisar sob a ótica da psicanálise as cirurgias de afirmação de gênero, torna-se necessário estudar as nuances que entornam a intersexualidade e a transexualidade. A barreira intransponível do

sexo, que impõe a verdade das condutas neste marcador, sem ambiguidades e sem confusões (LIMA, 2018, p. 66), delimita a capacidade dos indivíduos intersexuais de existir.

Os indivíduos intersexuais são incompreendidos por, simplesmente, habitarem corpos que fogem do binarismo “homem-mulher” (SANTOS, 2019, p. 97). Pode soar como exceção, mas estudos apontam o contrário. Estima-se que em todo o mundo 1% (um por cento) da população apresenta alguma situação de intersexualidade (SOUZA, 2019).

Sinteticamente, o intersexo é definido como uma condição física caracterizada pela anomalia na diferenciação sexual. Ou seja, o indivíduo possui características relacionadas a ambos os sexos amplamente conhecidos (feminino e masculino), o que impossibilita a sua inserção em apenas um destes grupos (FRASER; LIMA, 2012, p. 358-366).

Popularmente associada à ideia de hermafroditismo – que traz conotação de algo mitológico, excêntrico – a intersexualidade não se resume a genitálias ambíguas (SILVA, 2018, p. 379-404). Em sua pesquisa, Magnus R. Dias da Silva (2018, p. 379-404) explica que os indivíduos intersexo podem apresentar uma ou mais das seguintes características, são elas:

(...) genitália ambígua; incongruência entre a genitália interna e externa decorrente, frequentemente, de variáveis graus de insensibilidade androgênica; virilização da genitália durante a puberdade; variantes numéricas ou estruturais do cromossomo sexual, como por exemplo, crianças e adolescentes portadores da Síndrome de Turner ou Klinefelter; desenvolvimento incompleto da genitália; e ainda, variações da determinação gonadal.

Em sede de considerações finais de sua pesquisa, o referido endocrinologista reforça que ainda persiste dissonância no campo da bioética quanto a possibilidade de classificar como intersexualidade os indivíduos que, por ocasião do nascimento ou desenvolvimento na puberdade, sofreram trauma urogenital por acidentes cortantes, queimaduras e infecções graves (SILVA, 2018, p. 379-404). De todo modo, o pesquisador cumpre fielmente o objetivo de apresentar à sociedade as mais variáveis situações de intersexualidade.

De outro lado, no que diz respeito à transexualidade, o endocrinologista Harry Benjamin em sua obra intitulada “*The transsexual pheno-*

menon”, publicada no ano de 1966, abarca, pela primeira vez, o conceito de transexualidade próximo ao que é estabelecido nos dias atuais. Para ele, a transexualidade poderia ser definida como um “desejo intenso, por vezes obsessivo, de mudar completamente o estado sexual, inclusive de estrutura orgânica” (BENJAMIN, 2006, p. 45 *apud* LIMA, 2018, p. 70).

Em seu estudo, destrincha sexo em cinco elementos: o cromossômico, o gonádico, o fenotípico, o psicológico e o jurídico; defendendo que, no entorno do denominado sexo psicológico estaria a problematização do fenômeno da transexualidade (LIMA, 2018, p. 70). Assim, firma-se a concepção de que a transexualidade é um distanciamento que os indivíduos apresentam entre o sexo de nascimento e o sexo com o qual se identificavam (SANTOS, p. 124 *apud* LIMA, 2018, p. 70).

Não obstante a sinteticidade em que se abordam todos os conceitos introdutórios explicitados, necessário rememorar que, para que atualmente se possa compreender gênero como uma construção social, o sexo sendo relacionado ao órgão reprodutor e a orientação sexual na qualidade dos desejos amorosos e sexuais dos indivíduos, foram necessários séculos de debates fervorosos no campo da psicanálise e da medicina. Por essas razões, é de fácil acesso encontrar pesquisas que levantem teses e conceitos distintos daqueles mencionados nesta pesquisa.

3 ESTUDO DE GÊNERO SOB A PERSPECTIVA DE JOHN MONEY: O ADVENTO DAS CIRURGIAS DE AFIRMAÇÃO DE GÊNERO

Em que pese destoem da concepção de gênero que o movimento feminista de Simone de Beauvoir trouxe à sociedade contemporânea, as publicações de John Money são classificadas como as primeiras que buscavam compreender gênero e sexo. O estudioso neozelandês dedicou sua carreira profissional e acadêmica ao Hospital John Hopkins em Baltimore, Maryland, nos Estados Unidos; sua notoriedade no hospital qualificava-o como especialista em mudança de sexo.

Na elaboração da tese de seu mestrado, Money debruçou-se em distinguir sexo, gênero e orientação sexual; para isso, pautou-se exclusivamente em pacientes intersexuais, à época denominados de hermafroditas (CARDOSO, 2008, p. 69). O ponto central de crítica e polêmica sob as teorias de Money direciona-se aos seus critérios de gênero; na concep-

ção do psicanalista, a percepção de ser menino ou menina seria dada por variantes culturais como a cor da roupa, o tipo de brinquedo, entre outros (CARDOSO, 2008, p. 72).

Somando-se à ideia de que gênero é uma construção social, Money tinha em mente de que esse fator poderia ser imposto ao indivíduo através de gratificações e repressões oriundas do meio (CARDOSO, 2008, p. 72). Curiosamente, no ano de 1967, quando procurado pela família Reimer, o psicanalista teve a oportunidade de executar na prática suas teorias de gênero (GUIMARÃES; BARBOZA, 2014, p. 2179).

Após oito meses de seu nascimento, os gêmeos Bruce e Brian Reimer foram encaminhados a uma cirurgia de circuncisão³. Ocorre que, o procedimento realizado em Bruce não saiu conforme o esperado; para o espanto dos genitores, o filho teve o seu pênis carbonizado durante a cirurgia (GUIMARÃES; BARBOZA, 2014, p. 2179). Com isso, os genitores decidiram não proceder a cirurgia no irmão gêmeo Brian.

Preocupados com o filho Bruce, os genitores confiaram no trabalho de John Money em busca de uma solução. Para o psicanalista, o caso dos gêmeos Reimer representava uma experiência ideal. Money defendeu aos genitores que Bruce teria uma vida melhor em um corpo feminino em detrimento de levar a vida de um homem sem pênis. Assim, ao mesmo tempo em que acompanharia a criação e desenvolvimento de uma criança criada como sendo do sexo oposto, ele observaria o seu irmão gêmeo idêntico Brian (BBC, 2010).

Seguindo a estratégia traçada por John Money, aos 17 meses de idade, os testículos de Bruce Reimer foram removidos, operando-se uma vagina na criança. Rebatizado com o nome de Brenda Reimer, os familiares mudaram-se de cidade, mantendo em segredo o processo de redesignação sexual à que o filho teria sido submetido. A fantasiosa aparência de sucesso no “experimento” de John Money impulsionou a prática de cirurgias plásticas urogenitais destinadas à correção anatômica dentro da estética de reconstrução genital normatizante (SILVA, 2018, p. 379-404).

3 A cirurgia de circuncisão destina-se em separar o prepúcio da glândula, removendo a pele solta que recobre a “cabeça” do pênis, para que ela seja exposta sem dificuldade. Trata-se de uma cirurgia peniana comum, estimando-se que um terço da população masculina seja circuncidado.

Paralelo a isso, Milton Diamond – o maior opositor das ideias de John Money – publicou em parceria com Keith Sigmundson, um dos médicos que acompanharam Branda Reimer na infância, estudo que denunciava a prática agressiva de impor cirurgias de afirmação de gênero que, nada mais eram, que mutilações para tornar esses corpos penetráveis e “normais” para uma sociedade binária.

Evidente que Brenda Reimer não se encontrou no gênero que fora imposto para si e, aos 14 anos de idade, quando tomou o verdadeiro conhecimento dos fatos, tentou reverter o seu gênero novamente para o masculino. A partir de então, passou a adotar o nome de David Reimer, precisando, novamente, submeter-se a inúmeras cirurgias genitais e ingestão de hormônios (BBC, 2010). Infelizmente, sem encontrar uma forma de reverter o sofrimento a que havia sido submetido, David suicidou-se aos 37 anos de idade (GUIMARÃES; BARBOZA, 2014, p. 2179).

Conforme mencionado anteriormente, persiste forte discussão acadêmica quanto à possibilidade de classificar, no eixo da intersexualidade, pessoas que sofreram acidentes cirúrgicos nas genitálias. Assim, em que pese forte corrente doutrinária da biomedicina entenda que David Reimer não era uma pessoa intersexual, é inegável mencionar o impacto que o seu caso trouxe à população intersexo.

Reflexo disso é que, no Brasil, em um lapso temporal recente, o assento no Registro Civil de Pessoas Naturais permanecia limitado ao preenchimento de sexo binário, de forma que, os genitores que optassem por não realizar a cirurgia “corretiva” em caráter de urgência não conseguiam lavrar o registro de nascimento do filho (SOUZA, 2019). Razão disso era a imprescindível indicação do sexo/gênero para este fim, sendo um dos motivos pelos quais os médicos se embrenhavam numa “sacra” missão de definir o sexo da criança o quanto antes (SANTOS; CARDIN, 2019, p. 107).

A polêmica em torno das cirurgias mutiladoras em crianças intersexo é retratada pela advogada Milena Macalós Sasso (2018, p. 151-180) de forma transparente:

Não há estudo científico no mundo que tenha comprovado qual a melhor medida que atenda a demanda da população intersexo (e há uma demanda médica?). Isto é, não há comprovação e que a designação sexual (genital e hormonal), logo após o nascimento seja a melhor medida a ser tomada; bem como que, em contraponto,

não existe pesquisa que tenha atestado ser prejudicial à espera da definição da identidade sexual e de gênero para que seja @ paciente submetido a intervenções médicas, ou ainda, que este escolha viver e conviver com o seu estado natural de intersexo. Afinal, por que precisamos definir o indefinido se este assim optar por ser?

Após anos de incerteza, a Corregedoria Nacional de Justiça, nas atribuições do seu Corregedor Nacional, publicou o Provimento nº 122, de 13 de agosto de 2021, incumbindo aos Cartórios de Registro Civil que, nas hipóteses em que na Declaração de Nascido Vivo (DNV) o campo sexo for preenchido “ignorado”, o assento de nascimento deverá ser lavrado registrando o sexo “ignorado”. Além disso, determinou a viabilização ao intersexual que, a qualquer tempo, poderá realizar a opção de designação de sexo, sem a necessidade de autorização judicial, de comprovação de cirurgia sexual e tratamento hormonal ou apresentação de laudo médico ou psicológico.

Não obstante a medida inovadora da Corregedoria Nacional de Justiça, a preocupação dos ativistas intersexuais é de que, inseridos em uma sociedade binária que impõem a “normalidade” de corpos, persista o interesse dos genitores em submeter seus filhos a cirurgias de afirmação de gênero.

3.1 Meios disponíveis para a realização das cirurgias de afirmação de gênero e o direito de escolha

A influência de Money no universo acadêmico perdurou durante anos, disseminando-se também, sob novas perspectivas de corpos transgêneros que, em sua gênese “era uma discrepância entre o sexo atribuído e a identidade de gênero expressa através de um forte desejo de redefinir o sexo” (SANTOS, p. 124 *apud* LIMA, 2018, p. 71). Na elaboração de sua tese de mestrado, Francielle Elisabet Nogueira Lima (2018, p. 73) aponta a interseção dos estudos de John Money sobre os corpos intersexos e a relação com as cirurgias de afirmação de gênero que viriam a ser impostas aos corpos trans, ainda sob o efeito da patologização:

(...) Suas investigações estruturaram domínios de saberes e poderes que foram cruciais na construção de regimes de verdade que descrevem a transexualidade enquanto patologia, inevitavelmente reduzindo experiências trans à dimensão clínica, deslo-

cando estas experiências “de uma situação individual e absolutamente marginal para um problema médico-legal reconhecido e passível de tratamento”.

Considerando a possibilidade da medicina auxiliar as pessoas transgênero no processo de afirmação de gênero, antes de qualquer coisa, deve-se ter em mente que cada indivíduo tem o direito de dispor de si próprio. Portanto, a pessoa trans tem o direito de escolher livremente se tem interesse em realizar cirurgia de readequação de gênero, isto é, não devendo figurar como uma imposição social.

A confusão se origina quando se nota que, antigamente, para que fosse autorizada a retificação de nome e gênero de pessoas trans, exigia-se que fosse solicitado judicialmente e condicionava à realização da cirurgia de “transgenitalização”⁴. Nesse sentido, predominava a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁵, na qual conferia o direito a retificação do prenome apenas ao “transexual operado”.

4 Termo utilizado pela Associação Nacional de Saúde Suplementar (ANS), também podendo ser denominada de cirurgia de adequação sexual, de redesignação sexual, reatribuição sexual ou, na forma mais atualizada, cirurgia de afirmação de gênero.

5 REGISTRO PÚBLICO. MUDANÇA DE SEXO. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO. DECISÃO JUDICIAL. AVERBAÇÃO. LIVRO CARTORÁRIO. 1. Refoge da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, em sede de recurso especial, a interpretação de normas e princípios de natureza constitucional. 2. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo. 3. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC. 4. transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive. 5. Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade. 6. No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial. 7. Recurso especial conhecido em parte e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 737993/MG** – Proc. 2005/0048606-4, Relator Ministro João Otávio de Noronha. Brasília: DJE 18 de dez. de 2009).

Em suma, a pessoa transgênero era obrigada a enfrentar longas filas para passar pelo procedimento cirúrgico e, posteriormente, a morosidade da justiça, para finalmente ter a dignidade do nome que representava sua identidade reconhecida.

Inclusive, mister ressaltar que nem todas as pessoas preenchiem os requisitos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº 1.955/2010, para poder realizar a cirurgia de “transgenitalização”. Com isso, anteriormente, encontrava-se disposto da seguinte forma:

Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto: 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo; 2) Maior de 21 (vinte e um) anos; 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia (BRASIL, 2010).

Foi apenas em março de 2018, que o Supremo Tribunal Federal (STF) fez a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF (BRASIL, 2018), na qual passou a reconhecer o direito a alteração de prenome e gênero sem a necessidade de judicialização, podendo ser feita diretamente nos cartórios, bem como sem condicionar a submissão da referida cirurgia.

Dessa forma, a determinação supramencionada teve como base a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) (BRASIL, 1988), na medida que são corolários dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X, da Constituição Federal) (BRASIL, 1988).

Para que essas garantias saíssem do plano das ideias e se concretizassem na prática, a Portaria nº 2.803 do Ministério da Saúde (GALLEGO, 2017, p. 475), em novembro de 2013, ampliou e redefiniu o procedimento de afirmação de gênero de forma a incluí-lo na lista de procedimentos custeados pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Com isso, conforme a definição trazida atualmente pela Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 2.265/2019, o procedimento de afirmação de gênero é considerado como um “procedimento terapêutico multidisciplinar para a pessoa que necessita adequar seu corpo à identidade de gênero por meio de hormonioterapia e/ou cirurgias” (BRASIL, 2020).

Nota-se que a atenção integral à saúde do transgênero, portanto, “deve contemplar todas as suas necessidades, garantindo o acesso, sem qualquer tipo de discriminação, às atenções básica, especializada e de urgência e emergência” (BRASIL, 2020). Dessa forma, conclui-se que o alcance da assistência médica multidisciplinar – composta por psiquiatra, endocrinologista, ginecologista, urologista e cirurgião plástico – vai desde o acolhimento, acompanhamento, procedimentos clínicos, até os procedimentos cirúrgicos e pós-cirúrgicos.

Portanto, a nova redação trazida pela Resolução supramencionada, que revogou a antiga Resolução CFM nº 1.955/2010, altera a idade mínima para a realização de procedimentos cirúrgicos, passando a ser de 18 (dezoito) anos. Ademais, condiciona a autorização da realização de cirurgia após a realização de acompanhamento prévio, pelo período mínimo de um ano, por equipe multiprofissional e interdisciplinar.

A título de conhecimento, os procedimentos cirúrgicos de afirmação de gênero elencados na referida Resolução nº 2.265/2019 são os seguintes: neovulvovaginoplastia, mamoplastia de aumento, mamoplastia bilateral, histerectomia e ooforectomia bilateral, neovaginoplastia e faloplastias. Contudo, importante ressaltar que caso exista a indicação médica de realização de outros procedimentos, que não estejam listados nessa relação, estes deverão ser devidamente avaliados.

No que diz respeito aos planos e seguros de saúde, de acordo com o art. 199 da Constituição Federal, interpretado em conjunto com o Código de Defesa do Consumidor e da Lei 9.656/98, estes também possuem obrigatoriedade de cobertura dos procedimentos cirúrgicos de afirmação de gênero.

Mesmo assim, ainda é comum a tentativa da operadora ou seguradora em negar a cobertura, seja sob a alegação de enquadramento de tais procedimentos como de natureza estética ou justificativa de ausência de previsão contratual.

No que diz respeito a eventual cláusula específica de exclusão da cirurgia de redesignação de gênero no contrato, evidencia-se que tal disposição viola o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, visto que estaria existindo um desequilíbrio contratual ao proibir a cobertura do melhor procedimento indicado pelo médico responsável. Inclusive, fere também o art. 47 do referido diploma, uma vez que o contrato deve ser interpretado da maneira mais favorável ao consumidor.

Portanto, a doutrina defende que caso exista a indicação expressa da autoridade médica para a realização da cirurgia de afirmação de gênero, o plano de saúde deverá cobrir o procedimento, mesmo que haja cláusula expressa de exclusão no contrato de adesão (GALLEGO, 2017, p. 478).

Ademais, visto a inexistência de previsão das cirurgias de afirmação de gênero no rol de procedimentos obrigatórios da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), levanta-se diversos questionamentos sobre a cobertura.

A discussão fica mais aflorada após a decisão da Segunda Sessão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que passou a entender que o rol da ANS é taxativo, salvo situações excepcionais. Com isso, caso se faça uma interpretação literal, os planos de saúde não seriam mais obrigados a cobrir os procedimentos de afirmação de gênero.

Atualmente, a Lei nº 14.454 de 2022, recentemente sancionada, define que os planos de saúde terão que oferecer determinados tratamentos, mesmo que não estejam na lista de coberturas obrigatórias da ANS. Isto é, as cirurgias de afirmação de gênero podem ser cobertas pelos planos, sem necessidade de judicialização, caso prescritas por uma autoridade médica.

À vista disso, sendo necessária a judicialização pela recusa do plano de saúde, a jurisprudência é pacífica no sentido de autorizar e ordenar a liberação do procedimento cirúrgico pelo plano de saúde. Inclusive, o magistrado da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), Narciso Alvarenga Monteiro de Castro, acertadamente, elenca que as cirurgias não determinam o indivíduo trans, mas caso seja do seu desejo, deve ser realizada e na cobertura do plano de saúde, como se nota:

Inobstante o procedimento cirúrgico para redesignação sexual não se trate de *conditio sine qua non* para que a agravante seja reconhecida como uma mulher trans (pois de acordo com seu gênero ela já o é), a adequação do sexo biológico (genitálias) ao seu gênero feminino lhe assegurará o respeito aos direitos fundamentais, à saúde e à dignidade da pessoa humana, permitindo, inclusive, que deixe sofrer por estranhar o próprio corpo (MINAS GERAIS, 2022).

Em contraponto, as cirurgias de mastectomia já foram excessivamente negadas pelos planos de saúde para pessoas transgênero, mesmo existindo previsão contratual desse procedimento e previsão no rol da

ANS, contudo, utilizavam-se da desculpa absurda de que tal procedimento seria meramente estético (GALLEGO, 2017, p. 479).

Deve-se ter em mente que as cirurgias de afirmação de gênero figuram como uma adequação do corpo transgênero à sua identificação autopercebida, muitas vezes possibilitando o alcance da saúde mental daquela pessoa, bem como evitam uma série de constrangimentos sociais e situações de disforia de gênero. Isto é, jamais figuram como um exibicionismo da vaidade estética e sim de servir a um propósito existencial.

4 DIREITO E PSICANÁLISE: UM DIÁLOGO FUNDAMENTAL SOBRE A DESPATOLOGIZAÇÃO DA IDENTIDADE TRANS

A preocupação em garantir a saúde mental dos indivíduos e a busca da satisfação pessoal dos sujeitos também deve fazer parte do campo do Direito. Isto é, as relações interpessoais e da psique humana devem ser mais bem compreendidas para que os institutos jurídicos realmente ofereçam uma real proteção aos envolvidos.

A psicanalista Claudia Pellegrini, vice-diretora de Relações Interdisciplinares do Instituto Brasileiro de Direito de Família, deve existir uma interdisciplinaridade do Direito com a Psicanálise nas questões de gênero, sexualidade e parentalidade. Ainda, de acordo com a especialista “se desatrelamos funções de papéis sociais e sexualidade da anatomia dos corpos, podemos ter uma grade de leitura muito mais interessante e que nos permita construir saídas muito mais humanas para todos” (PELLEGRINI, 2012, p. 12).

Dessa forma, as cirurgias de afirmação de gênero possibilitam uma melhor qualidade de vida e saúde para as pessoas transgênero, que se interessarem em realizá-la, visto que não devem ser forçadas a suportar qualquer sofrimento psíquico adicional para adequar sua anatomia à sua identidade de gênero.

Indispensável mencionar que a Organização Mundial de Saúde (OMS), apenas em 2018, retirou a classificação da “transexualidade” como transtorno mental. Com isso, durante 28 anos, a pessoa que se autodeterminava como transgênero era enquadrada no rol de patologias de transtornos mentais e diagnosticada na CID-11 (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas de Saúde) (GALLAS; BRITO; SILVA, v.2, n.2, 2019).

Atualmente, o indivíduo que não é cisgênero integra a categoria de “condições relacionadas à saúde sexual” e é classificado como “incongruência de gênero”. A escolha do termo “incongruência” é duvidosa, visto que remete à ideia de ausência de “concordância”, em outras palavras, significa “qualidade que apresenta contradições”⁶. À vista disso, ainda que tenha ocorrido uma despatologização da identidade trans, nota-se que remanesce uma perspectiva essencialista e heteronormativa na classificação.

O debate sobre a cobertura das cirurgias de afirmação de gênero não configura tratar a “transexualidade” como uma patologia, tendo em vista que nem todo procedimento médico corresponde à uma patologia. Dessa forma, a despatologização não ocasionou qualquer diminuição dos direitos e garantias à saúde e nem a perda de direitos de qualquer natureza (GALLEGO, 2017, p. 475).

Em verdade, se existisse uma doença, pode-se dizer que essa estaria na cisnorma. A patologia está naqueles que tentam, muitas vezes a qualquer custo, forçar um enquadramento social a uma binariedade de gênero atrelada a anatomia dos corpos.

Infelizmente, no âmbito social a “transexualidade” ainda se insere em controvérsias decorrentes da incompreensão dos corpos que não se enquadram no binarismo cis heterossexual, ocasionando situações de intolerância e violência por conta de estigmas e preconceito (BENTO; PELUCIO, 2012, p. 559-568).

O projeto “*Transrespect versus Transphobia World Wilde (TvT – TMM)*” (2021) publica os resultados do observatório de pessoas trans assassinadas no mundo, na análise do ano de 2021, o Brasil segue liderando como o país que mais mata pessoas trans (125 mortes), seguido do México (65 mortes) e Estados Unidos (53 mortes).

Quando tratam-se das taxas de suicídio na comunidade LGBT-QIAP+, a ONG “*National LGBTQ Task Force*” divulgou uma pesquisa feita nos Estados Unidos (*National Transgender Discrimination Survey*) que informa que 41% das pessoas trans daquele país já tentaram suicídio em algum momento, em contraposição a 1,6% da população cisgênero (ROLDÁN, 2021).

No Brasil, de acordo com a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), no ano de 2021, foram catalogados 12 suicídios

6 Significado da palavra “incongruência” retirado do Dicionário Online de Português.

de pessoas trans (ANTRA, 2022, p. 98). Contudo, adverte-se que esses dados são considerados menos expressivos do que se mostra a realidade, visto o cenário de subnotificação dos casos de suicídios e de violência LGBTQIAP+fóbica no Brasil.

Desse modo, a qualidade de vida que uma cirurgia de afirmação de gênero pode oferecer para o indivíduo transgênero é imensurável. Uma pessoa cisgênero não é capaz de entender a dificuldade de conviver em um corpo que anatomicamente não representa sua identidade, mas as taxas de suicídio na comunidade trans são um indicativo do que precisam enfrentar para poder existir em si mesmos.

Com isso, caso seja da vontade da pessoa transgênero, a realização das cirurgias de afirmação possibilita o livre desenvolvimento da personalidade, bem como é o retrato da garantia da dignidade da pessoa humana e a concretização do direito à saúde, tanto mental quanto física.

Por conseguinte, enquanto a população trans defende o amplo acesso à realização das cirurgias de afirmação de gênero, de outro lado, os ativistas intersexuais reprimem a imposição dessa prática. Por considerá-los seres “errados” que se encontram desencaixados do padrão binário, a orientação dos médicos é de realizar no recém-nascido, em caráter de urgência, a cirurgia “corretiva” de sexo. Neste ponto, note-se, inclusive, a diferença da prática cirúrgica em estabelecê-la como “corretiva”.

É perturbante verificar essa situação sob a ótica da vivência de indivíduos intersexuais, porque ao submeter crianças a cirurgias corretivas ocorre automaticamente uma ofensa aos direitos da personalidade do menor, afrontando a sua integridade física, psíquica e moral, além de restringi-lo ao direito do livre desenvolvimento (SANTOS; CARDIN, 2019, p. 107). Diferentemente da crença popular, estudos progressistas na área apontam que corpos intersexo – inclusive em casos de genitália ambígua – podem gozar de uma vida saudável sem a necessidade de se submeterem a essas cirurgias.

A mutilação de corpos intersexo gera ao indivíduo situação de desencontro ao sexo que o foi designado. Revivendo narrativa trágica similar à de David Breimer, crianças submetidas a cirurgias de “correção” de sexo apresentam dificuldade em encaixar-se na sociedade e, frequentemente, assumem-se em corpos transexuais quando atingem a maioridade. Assim, reforça a orientação que, infelizmente é deixada de lado, de aguardar-se a

maturidade psicológica para que a pessoa tenha condição de tomar a decisão que melhor lhe convém (GONÇALVES; VIEIRA, 2018, p. 405-425).

5 CONCLUSÃO

As dificuldades enfrentadas pelas pessoas transgênero e intersexo no ambiente social são diversas, em decorrência de um padrão histórico arcaico, no qual impõe a prevalência de uma sociedade binária e cisgênera. Tais imposições tomam forma quando se observa que ainda existe a prática das cirurgias de “correção” de gênero, para crianças intersexo, bem como, que ainda existe ressalva no que diz respeito as cirurgias de afirmação de gênero para pessoas trans.

Nesse sentido, ao tratar das cirurgias de afirmação de gênero, a sociedade utiliza-se de critérios diferentes para justificar sua necessidade. Isto é, normaliza-se sua aplicação quando o resultado a ser obtido converge na binaridade de gênero (masculino e feminino), sem observar as implicações das consequências disso para o indivíduo intersexo. Todavia, desnaturaliza sua necessidade quando o resultado diverge da cisgeneridade (identificação com o gênero que nasceu), desconsiderando as implicações disso para o indivíduo transgênero.

Para que ocorra uma análise imparcial e objetiva da questão, deve-se ter um olhar sob a ótica interdisciplinar do Direito e da Psicanálise. Dessa forma, conclui-se que as todos devem ter como garantia fundamental o direito a dignidade da pessoa humana, incluindo nessa seara a proteção da identificação autopercebida. Os benefícios relacionados à saúde mental devem ser considerados quando se verifica a necessidade de uma pessoa de se submeter à uma cirurgia de afirmação de gênero ou não.

Com base nos fundamentos doutrinários e científicos elencados, a imposição da realização de uma cirurgia de “correção” de gênero para uma criança intersexo pode ferir e prejudicar sua autopercepção e ocasionar distúrbios emocionais.

De igual modo, uma pessoa trans não precisa se submeter à uma cirurgia de afirmação de gênero para que seja reconhecida como trans. Contudo, caso seja externalizada sua vontade de realizá-la, então deve ter seu direito de escolha respeitado e garantido, sob o risco de aumento dos episódios de disforias de gênero, depressão e das taxas de suicídio.

O direito de existir em um corpo, seja o que nasceu ou o que se identifica, deve ser exercido por aquele que o pertence. Portanto, deve ser oportunizado ao indivíduo intersexo a escolha do sexo que se identifica ou a manutenção do seu *status quo ante*. Igualmente, deve ser garantido e naturalizado o direito de escolha da pessoa trans de se submeter, ou não, a uma cirurgia de afirmação de gênero.

A proteção que a sociedade deve buscar preservar é do bem-estar do indivíduo e não ao que este, anatomicamente, escolhe ter entre suas próprias pernas e em seu registro de nascimento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Analide. **A construção social do ser homem e mulher**. Salvador: EDUNEDB, 2010.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS (ANTRA). **Dossiê Assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021**. BENEVIDES, Bruna G. (Org). Brasília: Distrito Drag, ANTRA, 2022, p. 98. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra-2022-web.pdf>. Acesso em: 08 set. 2022.

BBC. **Documentário mostra gêmeo criado como menina após perder pênis**. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2010/11/documentario-counta-drama-de-gemeo-criado-como-menina-apos-perder-penis.html>. Acesso em: 08 set. 2022.

BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo**. A experiência vivida. V. 2. 2ª ed. Difusão Europeia do Livro, 1970.

BENJAMIN, Harry. Transsexualism and transvestism as psycho-somatic and somato-psychic syndromes. In: STRYKER, Susan; WHITTLE, Stephen. **The Transgender Studies Reader**. New York: Routledge, 2006.

BENTO, Berenice; PELUCIO, L. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. **Estudos Feministas**, v. 20, p. 559-568, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0104-026x2012000200017>. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 737993/MG** – Proc. 2005/0048606-4, Relator Ministro João Otávio de Noronha. Brasília: DJe 18 dez. 2009. Disponível em: http://p-web01.mp.rj.gov.br/Informativos/cao_civel/2014/abril/STJ_Acordao_18_2009_REsp_737993.PDF. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.033/2022**. Dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer hipóteses de cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154313>. Acesso em: 07 set. 2022.

BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1955/2010**, Brasília: D.O.U. de 03 set. 2010. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.html. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2265/2019**, Brasília: D.O.U. de 09 jan. 2020. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2265>. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275/DF**. Brasília: 01 mar. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em 05 set. 2022.

CARDOSO, Fernando Luiz. O Conceito de Orientação Sexual na Encruzilhada entre Sexo, Gênero e Motricidade. **Revista Interamericana de Psicologia/Interamerican Journal of Psychology**. ISSN: 0034-9690. 2008, p. 69-79. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28442108>. Acesso em: 04 ago. 2022.

FRASER, Roberta Tourinho Dantas; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Intersexualidade e direito à identidade: uma discussão sobre o assentamento civil de crianças intersexuadas. **Rev. bras. crescimento desenvolv. hum.** vol.22, n.3, 2012.

GALLAS, A. K. C.; BRITO, A. K. M.; SILVA, F. M. V. A despatologização das identidades TRANS e a psicologia brasileira frente a luta pelos direitos LGBTQI+. **Journal of Social Sciences, Humanities and Research in Education**, v. 2,

n. 2, 30 dez. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.46866/joshe.2019.v2.n2.53>.
Acesso em: 08 set. 2022

GALLEGO, Marcelo Martins Ximenez. A obrigatoriedade de cobertura da cirurgia de transgenitalização pelos planos e seguros de saúde. *In*: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade Sexual Direito Homoafetivo**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GONÇALVES, Aderson Aguiar; VEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética, intersexualidade e o direito à livre determinação sexual. *In*: DIAS, Maria Berenice; BARRETO, Fernanda Leão. **Intersexo: aspectos jurídicos, internacionais, trabalhistas, registrares, médicos, psicológicos, sociais e culturais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GUEDES, M^a Eunice Figueiredo. Gênero, o que é isso?. **Psicologia: Ciência e Profissão**. [online]. ISSN 1982-3703. 1995, v. 15, n. 1-3, pp. 4-11. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-98931995000100002>. Acesso em: 01 set. 2022.

GUIMARÃES, Anibal; BARBOZA, Heloísa Helena. Designação sexual em crianças intersexo: uma breve análise dos casos de “genitália ambígua”. **Cadernos de Saúde Pública** [online]. ISSN 1678-4464, v. 30, n. 10, p. 2177-2186. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00168613>. Acesso em: 08 set. 2022.

LAQUEUR, Thomas. **La construcción del sexo: cuerpo y género desde los griegos hasta Freud**. Madrid: Cátedra, 1994.

LIMA, Francielle Elisabet Nogueira. **Perspectivas críticas sobre a tutela jurídica de pessoas trans: diálogos entre estudos (trans)feministas e direito**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Escola de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2018.

MINAS GERAIS. 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento – Proc. 1.0000.22.164633-4/001**. Relator: Juiz Narciso Alvarenga Monteiro de Castro. Belo Horizonte, DJe: 22 jul. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-cirurgia-redesignacao-sexual.pdf>. Acesso em: 08 set. 2022.

PELLEGRINI, Claudia Pretti Vasconcellos. Questões de gênero, da sexualidade à parentalidade. **Direito e Psicanálise**. 58. ed. Revista IBDFAM, set/2021.

ROLDÁN, Victoria M. Rodríguez. Wonky Wednesday: The Challenge of LGBT Suicide. **National LGBTQ Task Force**. Disponível em: <https://www.thetaskforce.org/wonky-wednesday-the-challenge-of-lgbt-suicide/>. Acesso em: 08 set. 2022.

SANTOS, Jamille Bernardes da Silveira Oliveira dos; CARDIN, Valéria Silva Galdino. O reconhecimento do terceiro gênero: uma releitura do princípio da dignidade da pessoa humana como cláusula geral do direito da personalidade. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**. e-ISSN: 2525-9849. Belém/PA. vol. 5, n. 2, p. 96-115, jul./dez. 2019.

SASSÓS, Milena Macalós. Por que definir o indefinido? p. 151-180. *In*: DIAS, Maria Berenice; BARRETO, Fernanda Leão (Orgs.). **Intersexo: aspectos jurídicos, internacionais, trabalhistas, registrares, médicos, psicológicos, sociais e culturais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SILVA, Magnus R. Dias da. Repensando os cuidados de saúde para a pessoa intersexo. *In*: DIAS, Maria Berenice; BARRETO, Fernanda Leão. **Intersexo: aspectos jurídicos, internacionais, trabalhistas, registrares, médicos, psicológicos, sociais e culturais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SOUZA, Marcelle. Nem rosa, nem azul: como é ser pessoa intersexo no Brasil. 2019. **UOL TAB**. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2019/07/18/nem-rosa-nem-azul-como-e-ser-pessoa-intersexo-no-brasil.htm> Acesso em: 25 mar. 2021.

TRANSRESPECT VERSUS TRANSPHOBIA WORLD WILDE. **TVT TMM Update: Trans day of remembrance 2021**. Disponível em: <https://transrespect.org/en/tmm-update-tdor-2021/>. Acesso em: 08 set. 2022.

A (IM)PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PARENTALIDADE: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS

LUÍZA SARTORI PARISE¹

NATÁLIA TRINDADE EMMEL²

1 INTRODUÇÃO

O estado de filiação estabelece-se de formas distintas nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, porém dentre as possibilidades de estabelecimento da filiação, há o reconhecimento judicial através das ações de investigação de paternidade e de maternidade. A ação de investigação de parentalidade, que se trata de uma ação judicial existente nos 2 (dois) ordenamentos jurídicos, traz discussões pertinentes em relação à constitucionalidade ou não de sua prescrição e as questões sucessórias quanto a este reconhecimento judicial em Portugal, bem como da legitimidade para interpor esta ação e a relativização da coisa julgada nas ações filiatórias com provas tecnicamente insuficientes.

- 1 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 Estudos Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal do Programa de Pós-Graduação 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. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especializanda em Advocacia Corporativa: Prática Empresarial 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.

No ordenamento jurídico brasileiro, estabelece-se por filiação matrimonial, em que há presunção de paternidade, e filiação decorrente de relacionamento convivencial ou eventual, em que há o reconhecimento de forma voluntária, o reconhecimento de filho de forma oficiosa, o reconhecimento de filho por via do procedimento n. 16/2012 e o reconhecimento judicial da parentalidade (perfilhação compulsória).

Lado outro, o estado de filiação no caso de procriação através de ato sexual estabelece-se no ordenamento jurídico português de formas distintas quanto à mãe e ao pai, de modo que o estabelecimento da maternidade decorre por 2 (dois) únicos modos possíveis, quais sejam por declaração de maternidade e por reconhecimento judicial. Já o estabelecimento da paternidade efetua-se por presunção da paternidade, por perfilhação ou reconhecimento voluntário e por reconhecimento judicial.

O ponto em comum entre estes 2 (dois) ordenamentos jurídicos, quanto ao estabelecimento da filiação, e que há muita divergência não apenas entre eles, mas nas decisões decorrentes de seus Tribunais, é referente ao reconhecimento judicial através da ação de investigação de paternidade e maternidade – a qual, no Brasil, é também chamada de parentalidade –, em que se discutem diversos tópicos, quais sejam, a título exemplificativo e melhor retratado ao longo da pesquisa, a constitucionalidade ou não de sua prescrição e as questões sucessórias quanto a este reconhecimento judicial em Portugal, bem como a legitimidade para interpor esta ação e a não submissão do pretense progenitor em exame de *deoxyribonucleic acid* (DNA) no Brasil.

De fato, este estudo, apesar de abordar diversos pontos relativos à ação de investigação de parentalidade, visa, primordialmente, compreender, a partir da doutrina e da jurisprudência de ambos os países, o cabimento ou não da prescrição na propositura desta ação. Bem por isso, tem o condão de analisar e compreender como se dá o estabelecimento da filiação nos ordenamentos, bem como a funcionalidade da prescrição de modo histórico a respeito da ação de investigação de parentalidade. Ao final, verificar a constitucionalidade do prazo, seja em ação movida pelo filho, seja pelo neto.

A problemática se evidencia frente à impossibilidade da não-discriminação entre filhos, disposto no art. 36, n. 4, da Constituição da República Portuguesa, e da igualdade absoluta entre todos filhos, visto o art. 227, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, há de se falar

em prescrição em ação de investigação de paternidade da filiação, seja de 10 (dez) anos após completar a maioridade ou ser emancipado, como ocorre em Portugal, seja da ilegitimidade dos netos para a investigação da ancestralidade genética, conforme julgados no Brasil?

Para tanto, considerando que o § 6º do art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e o art. 36, n. 4, da Constituição da República Portuguesa (CRP) dispõem que os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, proibindo-se quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, não parece adequado haver prescrição para o reconhecimento da filiação em ação de investigação de paternidade, por ser contrário aos direitos pessoais. Além disso, restringir a legitimidade para a investigação da ancestralidade genética aos filhos, nega aos netos o direito à identidade familiar, os vínculos de parentesco e o direito ao conhecimento da carga genética.

Com vistas a solucionar o problema apontado, 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 dois países estudados no que tange à prescribibilidade da ação de investigação de parentalidade, bem como a discussão relativa à legitimidade da presente ação. Assim, em suma, concluiu-se que não há de haver prazo prescricional para propositura da ação de investigação de parentalidade, bem como devem os netos ter legitimidade para ajuizar esta ação que lhes garante o direito ao nome, à identidade e à origem genética.

2 ANÁLISE DAS REGRAS DE FILIAÇÃO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS

2.1 O estabelecimento da filiação no direito brasileiro

Segundo Lôbo, a filiação nada mais é do que a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, sendo uma a titular de autoridade parental; e, a outra, a que se vincula pela origem biológica, que antes

detinha exclusividade, e pela origem não biológica, como a decorrente de socioafetividade. No ponto, necessário referir que não há distinções entre os direitos e deveres dos filhos, uma vez que eles são plenamente iguais (LÔBO, 2018, p. 215).

Ocorre que, antes da Constituição Federal vigente, que proibiu designações discriminatórias relativas à filiação, o filho era exclusivamente aquele nascido 180 (cento e oitenta) dias após o casamento ou 300 (trezentos) dias depois do fim do relacionamento de um homem e de uma mulher (DIAS, 2020, p. 204).

O artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, portanto, a fim de materializar a dignidade da pessoa humana e de evitar conduta discriminatória quanto aos filhos, determina a absoluta igualdade substancial entre os filhos, tendo eles as mesmas prerrogativas, independentemente da sua origem ou da situação jurídica dos pais (FARIAS, 2021, p. 557). Em verdade, esta absoluta igualdade entre todos os filhos e a não admissão de qualquer designação entre eles, foi transcrito no artigo 1.596 do Código Civil (ROSA, 2021, p. 314): “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL, 2002).

O Código Civil, portanto, dotou de efeitos jurídicos as relações de parentesco provenientes de outra origem, além da consanguinidade (artigo 1.593), como a socioafetividade, reconhecendo, pois, a igualdade dos filhos, independentemente, da origem (LÔBO, 2017, p. 207-224). Para tanto, Farias e Rosenvald (2021, p. 558) afirmam que:

[...] além da absoluta impossibilidade de tratamento diferenciado aos filhos em razão de origem (seja distinção de efeitos pessoais ou de efeitos patrimoniais), não mais há qualquer obstáculo à determinação da filiação, sendo vedado o estabelecimento de limites à determinação do vínculo filiatório, seja ele qual for.

Diante disso, verifica-se que, a partir do artigo 1.593 do Código Civil vigente, previu-se outras origens de filiação, além da biológica ou da civil – esta era exclusivamente decorrente da adoção –, como a reprodução medicamente assistida heteróloga e a socioafetiva, em razão da posse do estado de filho (CARVALHO, 2019, p. 577; 580; 583). A filiação, portanto, pode decorrer, por um lado, da verdade biológica – liame con-

sanguíneo entre 2 (duas) pessoas –, e por outro, do estado de filiação – da estabilidade dos laços de filiação construídos no cotidiano do pai e do filho (DIAS, 2020, p. 216).

A determinação da filiação, por sua vez, pode-se dar pelo critério legal ou jurídico, sendo fundado em uma presunção relativa imposta previamente em lei; pelo critério biológico, em que há determinação do vínculo genético através do DNA; e; pelo critério socioafetivo (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 582), desde que assentado na convivência familiar e na consolidação do estado de filiação (LÔBO, 2018, p. 217). A atribuição da filiação, por sua vez, pode decorrer da presunção legal, do reconhecimento voluntário e do reconhecimento judicial (SCHREIBER, 2020, p. 1224).

Cumprе salientar que, enquanto a presunção relativa de paternidade e a presunção de maternidade somente se aplicam aos filhos nascidos de pessoas casadas entre si, não precisa o filho havido na constância do casamento ser reconhecido; já os filhos de pessoas não casadas entre si, por sua vez, precisam ter o seu vínculo filiatório reconhecido pelos seus pais, seja através de ato espontâneo, seja através de intervenção jurídica (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 622).

Para tanto, a respeito da presunção de paternidade, independentemente da verdade biológica, a lei presume que a maternidade é sempre certa e que o pai é o marido da mãe – *pater is est quem nuptiae demonstrant* –, sendo a filiação matrimonial uma ficção jurídica, de modo que o momento da concepção define a filiação (DIAS, 2020, p. 213). Ou seja, em virtude os incisos I e II do artigo 1.597 do Código Civil, presumem-se concebidos na constância do casamento, o filho nascido 180 (cento e oitenta) dias do estabelecimento da efetiva convivência conjugal, e não da cerimônia nupcial; ou nascido nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade ou anulação do casamento (MADALENO, 2020, p. 945).

Salienta-se que, ainda que a mulher venha a contrair novas núpcias antes dos 10 (dez) meses, a presunção continuará em relação ao primeiro marido, porém, após este prazo, a presunção é de que o filho será do segundo esposo, no caso de haver convivência superior a 180 (cento e oitenta) dias (ROSA, 2021, p. 319). Havendo prova em contrário – recorrer aos meios regulares de prova, como exame de DNA, documentos e oitiva de testemunhas (PEREIRA, 2020, p. 371) –, nos termos do artigo

1.598 do Código Civil, a presunção jurídica pode ser afastada, a fim de se prestigiar a verdade biológica (ROSA, 2021, p. 319).

Outrossim, enquanto aos filhos havidos na constância do casamento aplica-se a presunção *pater is est*, o reconhecimento dos filhos se dá aos filhos havidos fora do casamento, nos termos do artigo 1.607 do Código Civil, podendo ser de forma voluntária, quando decorrer da vontade do genitor, visto se tratar de ato jurídico em sentido estrito, de caráter irrevogável e personalíssimo, com eficácia *erga omnes*; ou, forçada, quando decorrer de decisão judicial que reconhecer aquele como filho (SCHREIBER, 2020, p. 1226).

Há de se referir que o reconhecimento voluntário é o reconhecimento espontâneo pelo qual o pai, a mãe ou ambos, em conjunto ou simultaneamente, declaram o vínculo que os une ao filho nascido, atribuindo-lhe o *status familiae* correspondente (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 623). Este reconhecimento voluntário se dá, visto o artigo 1.609 do Código Civil, no registro de nascimento; por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém (GONÇALVES, 2020, p. 342-343).

Não ocorrendo, porém, o reconhecimento espontâneo da filiação, a parte legitimada pode ajuizar a ação de investigação de reconhecimento coativo da paternidade ou da maternidade, a fim de que haja sentença declarando o acionado como o genitor ou a genitora e ordenando o registro no assento do seu nascimento com estes dados do estado de filiação (MADALENO, 2020, p. 1031). Para tanto, cumpre referir que o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente exclui qualquer restrição ao reconhecimento da paternidade em face dos pais ou de seus herdeiros, visto que o estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível (CARVALHO, 2019, p. 577) destes filhos de origem biológica ou socioafetiva (LÔBO, 2018, p. 217).

Por fim, verifica-se que, além das presunções de paternidade na procriação natural, qual seja, de mecanismo sexual, em decorrência do matrimônio, há também as presunções de concebidos na constância do casamento os filhos havidos por técnica de reprodução medicamente assistida, visto o artigo 1597, inciso III ao V, do Código Civil (CARVALHO,

2019, p. 620-622). Para tanto, os incisos III e IV do dispositivo dizem respeito a presunção de paternidade na fertilização homóloga; e, o inc. V, na heteróloga, de modo que naqueles, há o material genético do casal, colhido com o consenso recíproco, e, ainda que se trate de uma fecundação *post mortem* no inciso III, pois o marido faleceu, há de se falar em direito filiatório deste com a futura criança que vier a nascer; já no inciso IV, fala-se em embriões excedentários, os quais decorrem de fertilização assistida realizada anteriormente ao falecimento, mas que não haviam sido implantados no útero da mulher, sendo a paternidade do filho nascido presumida (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 595-597).

2.2 O estabelecimento da filiação no direito português

O direito de filiação pode ser analisado em sentido estrito – a partir de laço biológico de parentesco, como está disposto no art. 1796 e seguintes do Código Civil – e em sentido amplo – abrangendo-se a filiação com vínculo biológico, bem como a filiação afetiva e meramente jurídica, podendo estas coincidirem ou não com aquela (CRUZ, 2017, p. 12). A respeito disso, cumpre salientar que, enquanto a filiação em sentido estrito subdivide-se em filiação decorrente da procriação por ato sexual e decorrente de procriação medicamente assistida homóloga; a filiação em sentido amplo abrange ainda a filiação adotiva e a procriação medicamente assistida heteróloga (PINHEIRO, 2019, p. 93).

Assim, o direito de estabelecer filiação diz respeito ao direito de ver reconhecido juridicamente o parentesco – a qualidade de pai ou de mãe e de filho de certa pessoa –, de modo que o sistema português baseia-se na procriação decorrente da prática do ato sexual, mas há situações em que se admite que seja estabelecida a filiação sem que tenha havido a procriação por ato sexual, desde que se tenha tido a declaração de vontade da pessoa que virá a ser juridicamente o progenitor, como no caso da inseminação artificial, visto o art. 1839, n. 3, do CC; e, na filiação adotiva, que se pressupõe a vontade de adotar do candidato a adotante (PINHEIRO, 2015, p. 65-66).

Para fins de estabelecimento da parentalidade, por sua vez, discorre Pinheiro que a maternidade, no caso de procriação através do ato sexual, se dá apenas de dois modos, quais sejam: por declaração de ma-

ternidade (art. 1806, n. 1, 1ª parte, do CC) e por reconhecimento judicial (art. 1814 do CC), pois a averiguação oficiosa (art. 1808 do CC) trata-se tão somente de uma atividade imposta por lei com o objetivo de conduzir a tal estabelecimento por um daqueles dois modos; já a paternidade, no caso de procriação através do ato sexual, se dá de três modos, quais sejam: por presunção de paternidade decorrente de casamento (art. 1826, n. 1, do CC), por perfilhação ou reconhecimento voluntário (art. 1849 do CC) e por reconhecimento judicial (art. 1869 do CC), não constituindo a averiguação oficiosa (art. 1864 do CC) um modo de estabelecimento (PINHEIRO, 2019, p. 99; 110-111).

A declaração de maternidade, que se trata de uma declaração de ciência, consiste na indicação da maternidade, que pode ser efetuada pela mãe – menção da maternidade (art. 1803 do CC) – ou por terceiro (art. 1804, n. 2, e 1805, n. 1 e 2, do CC), de modo que se o nascimento declarado tiver ocorrido há menos de um ano, a maternidade indicada considera-se estabelecida; se o nascimento, porém, tiver ocorrido há um ano ou mais, a maternidade indicada será estabelecida se for a mãe a declarante no ato do registro, ou se ela for representada por procurador com poderes especiais ou se for exibida prova, em que ela declara a maternidade em escritura, testamento ou termo lavrado em juízo; e, não se tratando destes casos, a pessoa indicada como mãe será notificada para se manifestar em 15 (quinze) dias para que declare a maternidade, assim, negando a maternidade ou não sendo notificada, a menção da maternidade fica sem efeito, mas confirmando ou nada declarando, após ser notificada, estabelece-se a maternidade (PINHEIRO, 2019, p. 99).

Além da declaração de maternidade, há a ação de investigação de maternidade, em que se visa obter sentença que declare a maternidade, visto que não houve o estabelecimento administrativo da filiação e, neste caso, pode-se recorrer a uma ação comum de investigação de maternidade, em que o filho intenta uma ação com o intuito de ver reconhecido e estabelecido o vínculo de maternidade; ou, a uma ação especial, quando a mãe é casada (COELHO; OLIVEIRA apud NUNES, 2020, p. 34). Esta ação especial também é conhecida como ação de investigação da maternidade atípica ou complexa, visto que a mãe pode requerer a declaração de maternidade em tribunal, haja vista que exista perfilhação do filho nascido ou concebido por pessoa diferente do marido da mãe (PEREIRA, 2019, p. 691). Ademais, a ação só pode ser proposta durante a menoridade

de do investigante ou nos 10 (dez) anos posteriores à sua maioridade ou emancipação (PINHEIRO, 2019, p. 105).

A averiguação oficiosa da maternidade, por sua vez, não constitui um modo de estabelecimento de maternidade, e sim a conduz, seja por declaração, seja por reconhecimento judicial da maternidade, cabendo ao funcionário remeter ao tribunal a certidão integral do registro acompanhada de cópia do auto de declarações e, sendo aberto o processo de averiguação oficiosa, incumbe ao Ministério Público, na instrução do processo, proceder às diligências para identificar a pretensa mãe, a fim de que ela confirme e, assim, estabeleça-se a maternidade por declaração; porém não sendo ela ouvida ou não confirmando a maternidade, devendo o Ministério Público decidir quanto a viabilidade ou não de propor a ação de investigação de maternidade, sendo proferida a decisão de inviabilidade nos casos em que o pai e a pretensa mãe são parentes ou afins em linha reta ou no 2º (segundo) lugar da linha colateral; ou se tiver decorrido 2 (dois) anos sobre a data de nascimento (PINHEIRO, 2019, p. 107-108).

Cabe ressaltar que os modos de estabelecimento da paternidade, por sua vez, estão dependentes do estado civil da mãe, pois se esta for casada, presume-se que o pai é o marido da mãe, mas se ela for solteira ou viver em união de fato, deve haver perfilhação ou reconhecimento judicial (NOGUEIRA, 2016, p. 87). Diante disso, cabe ressaltar que a presunção da paternidade trata-se de um modo coativo, porém extrajudicial, em que se presume que o filho nascido ou concebido na constância do matrimônio tem como pai o marido da mãe, coincidindo, portanto, a realidade jurídica com a verdade biológica (NUNES, 2020, p. 35). No caso, porém, de nascer pouco tempo após o matrimônio ou após a dissolução matrimonial, como no falecimento do cônjuge, ainda há de se falar nesta presunção da paternidade *iuris tantum*, desde que dentro do período legal de 120 (cento e vinte) e 300 (trezentos) dias (NOGUEIRA, 2016, p. 88).

Além disso, há a perfilhação ou reconhecimento voluntário de filhos nascidos ou concebidos fora do vínculo matrimonial (CRUZ, 2017, p. 15), o que se trata de um ato, não apenas solene e irrevogável (PINHEIRO, 2019, p. 117), como também livre, pessoal, puro e simples, que não admite cláusulas modificativas ou limitativas dos efeitos legais, condição ou termo (MATA, 2019, p. 60). Este reconhecimento voluntário consiste na manifestação de um indivíduo, que se apresenta como progenitor de

um filho que ainda não teve estabelecido a paternidade, a fim de constar no registro civil e haja efeitos retroativos à data do nascimento do filho (NUNES, 2020, p. 35). Ademais, nada mais é do que uma declaração de consciência (VILALONGA apud PINHEIRO, 2019, p. 121), que pode ser feita a todo tempo por indivíduos maiores de 16 (dezesseis) anos, que não sejam maiores acompanhados com restrições ao exercício de direitos pessoais nem sejam afetados por perturbação mental notória no momento do reconhecimento voluntário (NUNES, 2020, p. 35).

Por fim, há a paternidade por reconhecimento judicial, em que o filho nasce fora do casamento ou a presunção de paternidade é impugnada, cessa ou não funciona, e o pai não quer perfilhar o filho ou não é possível perfilhá-lo, intentando-se ação de investigação de paternidade contra o pai (CRUZ, 2017, p. 15). Além de se poder tentar provar o vínculo biológico, pode-se tentar se beneficiar de uma presunção de paternidade (NUNES, 2020, p. 36) ao se ajuizar esta ação autônoma, sendo o primeiro a partir dos exames de DNA; e, o segundo, por situações de fatos elencadas no artigo 1871, n. 1, do Código Civil, quais sejam: posse de estado de filho; declaração inequívoca de paternidade pelo pretense pai; união de fato ou concubinato duradouro entre a mãe e o pretense pai; sedução da mãe pelo pretense pai; e, existência de relações sexuais entre o pretense pai e a mãe, durante o período legal de concepção (PINHEIRO, 2019, p. 121; 123). Ocorre que há prazo para a propositura da ação de declaração de paternidade, de modo que ela pode ocorrer a todo tempo durante a menoridade, mas após a maioridade ou emancipação do filho, somente pode ocorrer em 10 (dez) anos (PEREIRA, 2019, p. 707).

Salienta-se que há, além disso, a averiguação oficiosa da paternidade, que não se trata de um modo de estabelecer a filiação, mas, em razão de ser lavrado o registro de nascimento da criança apenas com a maternidade estabelecida, o funcionário remete a certidão para se averiguar a identificação do pai (NUNES, 2020, p. 37). Assim, inicia-se o processo de averiguação oficiosa da paternidade, que tem caráter secreto e que incumbe ao Ministério Público, na instrução do processo, proceder as diligências necessárias para identificar o pretense pai, de modo que pode o genitor confirmar, sendo lavrado termo de perfilhação; porém, não confirmando ou não podendo ser ouvido, o Ministério Público propõe ação de investigação de paternidade, se esta for viável; mas esta não será proposta, diante de decisão de inviabilidade, seja por se apurar que

a mãe e o pretenso pai são parentes ou afins em linha reta ou parentes no 2º (segundo) grau da linha colateral, seja por ter decorrido 2 (dois) anos sobre a data de nascimento (PINHEIRO, 2019, p. 137; 138).

No mais, além da modalidade de filiação decorrente de procriação por ato sexual, há a filiação por adoção, que se estabelece por via de sentença judicial (BRANDÃO, 2015, p. 61), mas gera efeitos idênticos aquela (PEREIRA, 2019, p. 751). Diante disso, visto o artigo 1586 do Código Civil: “Adopção é o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre 2 (duas) pessoas nos termos dos artigos 1973 e seguintes” (BARATA, 2019, p. 354).

Por fim, há de se falar na filiação decorrente de procriação medicamente assistida, que pode ser homóloga – assim como a filiação decorrente de procriação por ato sexual, trata-se de filiação biológica – ou heteróloga – trata-se da modalidade de filiação que se constitui mediante o consentimento da parte que assumirá, independentemente dos laços de sangue e sem que tenha havido sentença de adoção, a posição jurídica de genitor (PINHEIRO, 2019, p. 92-93). Assim, se no estabelecimento da filiação o material genético for de ambos os beneficiários, a filiação é estabelecida de acordo com o princípio da verdade biológica, porém se o material genético for de um dos beneficiários e de um dador ou somente de dadores, há uma exceção ao princípio da verdade biológica (ALVES, 2018, p. 14).

3 A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE MATERNIDADE E DE PATERNIDADE NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS

3.1 Os limites da imprescritibilidade da ação de investigação de ancestralidade no ordenamento jurídico brasileiro

Com a finalidade de se obter a regularização do *status familiae*, bem como os consectários lógicos da perfilhação, os filhos – não submetidos à presunção *pater is est* – devem ter seu reconhecimento através da ação de investigação de parentalidade, a qual se caracteriza como uma ação de estado, relativa ao estado familiar, que dirime o conflito de interesses relativo ao estado de uma pessoa natural (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 672). Este litígio, de fato, diz respeito ao direito fundamental à identidade – uma das espécies dos direitos de personalidade –, de modo

que qualquer pessoa, de qualquer idade, pode investigar seus vínculos parentais (DIAS, 2020, p. 271).

Cumpra referir, inclusive, que já predominou ao tempo da elaboração do Código Civil de 1916, e mesmo posteriormente, o entendimento de que prescreveria, em 20 anos, o direito ao reconhecimento forçoso da parentalidade, por aplicação do artigo 177 daquele Código (RIZZARDO, 2019, p. 401). Contudo, esta posição está defasada, tendo em vista que, no ordenamento jurídico brasileiro, consolidou-se a imprescritibilidade destas ações investigatórias, ainda que em outras ordens jurídicas haja prescrição do direito de propor a ação judicial de reconhecimento de filiação³ (PARISE, 2021, p. 13-14).

Fato é que não é sustentável a fixação de prazo para o exercício do direito à determinada paternidade, visto que o estado da pessoa constitui emanação da personalidade e, por isso, é indisponível, impedindo a lei subtrair o direito inato no ser humano em fazê-lo valer a qualquer tempo (RIZZARDO, 2019, p. 401). Neste sentido, dispõem o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.” (BRASIL, 1990) e a Súmula n. 149 do Supremo Tribunal Federal (STF): “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança” (BRASIL, 1963).

A legitimidade passiva, portanto, recairá, de regra, sobre o suposto pai ou, sendo ele falecido, sobre os seus herdeiros legítimos ou testamentários; e, a legitimidade ativa, de regra, será do filho, maior ou menor de idade, interessado em ter regularizada a sua filiação (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 683; 689). Em caso de falecimento do investigador – enquanto criança, adolescente ou incapaz – (ROSA, 2021, p. 440), é certo e incontroverso que os seus herdeiros possuem legitimidade para prosseguir na ação proposta, salvo se esta foi extinta, nos termos do artigo 1606, § único, do Código Civil⁴ (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 685).

3 Em outras ordens jurídicas, como a portuguesa, há o prazo prescricional de 10 anos, após a maioridade ou emancipação do filho, para se propor a ação judicial de reconhecimento de filiação (PARISE, 2021, p. 14).

4 Art. 1606, parágrafo único, do CC/2002: “Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.”

Cumprir dizer, contudo, que ainda que na literalidade do Código, os herdeiros só podem prosseguir a ação já iniciada pelo investigante, não se trata de um posicionamento pacificado, divergindo doutrina e jurisprudência ao admitirem a iniciativa direta dos herdeiros na promoção inicial da investigação de filiação, se em vida este direito não foi exercido pelo titular da ação (MADALENO, 2020, p. 1038). A respeito disso, leciona Dias (2020, p. 275-276):

Assim como os filhos, também os netos possuem **direito de agir** próprio e personalíssimo, de propor ação declaratória de relação de parentesco em face do avô ou de seus herdeiros. O direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de **dignidade da pessoa**.

A respeito disso, inclusive, há a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto ao Recurso Especial (REsp) n. 269/RS, ainda dos anos 1990, que admitiu que o neto também é portador do seu próprio direito personalíssimo de conhecer a sua origem, reclamar seu nome de família, sua gênese parental, seus alimentos e sua condição social (MADALENO, 2020, p. 1038). Madaleno ainda ressalta que, em 2005, a Terceira Turma do STJ julgou o REsp n. 604.154/RS, conhecendo e dando provimento ao pleito que buscava o reconhecimento judicial de relação parental avoenga (2020, p. 1038).

Não bastando estes julgados, o enunciado 521, da V Jornada de Direito Civil, salienta que qualquer descendente possui legitimidade, por direito próprio, para propor o reconhecimento do vínculo de parentesco em face dos avós ou de qualquer ascendente de grau superior, ainda que o pai não tenha iniciado a ação de prova da filiação em vida (BRASIL, 2011). Complementa-se este entendimento com o julgado do REsp n. 807.849/RJ, pelo STJ (BRASIL, 2010):

Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis erga omnes. - Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito ao nome, à iden-

tidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana.

Contrário ao precedente, o STJ, visto o REsp n. 876.434/RS, tem interpretado restritivamente a legitimidade para ajuizamento da ação de investigação de paternidade, pois o art. 1606, do CC dispõe: “A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo”. Farias e Rosenvald, contudo, afirmam que o neto, através da ação investigatória avoenga, detém legitimidade *ad causam* para promover a investigação contra os seus avós, independentemente do seu pai ou de sua mãe ainda estarem vivos, pois busca defender um interesse jurídico próprio, qual seja de formação de vínculo de parentalidade com seu avô ou sua avó (2021, p. 685-686).

Ademais, considerando a imprescritibilidade das ações de investigação de paternidade e a possibilidade de se produzir a prova de filiação pelo exame de DNA, em razão do Recurso Extraordinário (RE) n. 363.889 do STF, há relativização da coisa julgada nas sentenças de improcedência com provas tecnicamente insuficientes do reconhecimento de filiação, pois perpetuaram injustiças e iniquidades. Logo, algumas ações filiatórias admitem nova demanda, pois na ponderação entre segurança jurídica e direito de filiação, este último deve ser preservado, pois como refere Rosa (2021, p. 335-336): “Relativizar a coisa julgada (...) é deixar de lado a inflexibilidade procedimental em nome do direito de identidade que cada cidadão brasileiro tem direito.”

Há de se salientar ainda que, ao contrário da ação de investigação de paternidade que é imprescritível, a petição de herança prescreve em 10 (dez) anos, conforme a súmula n. 149 do STF. Leciona Porto (apud RIZZARDO, 2019, p. 402) que a prescrição da petição de herança inicia-se no momento em que foi reconhecida a paternidade, e não da abertura de sucessão, já que não se pode iniciar a prescrição sobre um direito ainda não formado judicialmente. Inclusive mesmo após o falecimento do pai, o filho pode ser reconhecido como tal e terá direitos sucessórios decorrentes desta filiação, pois como refere Rosa (2021, p. 356):

De acordo com o art. 1798 do Código Civil, na sucessão legítima estão habilitados a suceder todas as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da morte do titular da herança. Assim, presente o vínculo, não há como deixar de reconhecer os efeitos sucessórios dessa relação, ainda que o filho venha a pleiteá-lo no momento *post mortem*.

Conclui-se, portanto, que uma vez que se trata de um direito personalíssimo, não há de haver prazo prescricional para propositura da ação de investigação de parentalidade, bem como devem os netos ter legitimidade, por direito próprio, para ajuizar esta ação que lhes garante o direito ao nome, à identidade e à origem genética. Assim, qualquer descendente deve ter legitimidade, por direito próprio, para ter reconhecido o vínculo de ancestralidade através da ação de investigação, seja de parentalidade, seja avoenga.

3.2 Os fundamentos da prescritibilidade da ação de investigação de ancestralidade no ordenamento jurídico português e a sua (in) constitucionalidade

O reconhecimento judicial da filiação consiste no recurso a uma ação judicial que estabeleça a filiação com vista a obter uma sentença que constitua o vínculo de parentesco entre duas pessoas: o pai ou a mãe e o filho, a fim de se concretizar o direito fundamental de todos os cidadãos a conhecer sua identidade pessoal, *maxime*, a sua identidade genética (PEREIRA, 2019, p. 690). Neste sentido, há no âmbito do reconhecimento judicial da filiação a ação de investigação de maternidade e a ação de investigação de paternidade.

Ocorre que, se este direito fundamental carecer de sentença que estabeleça a filiação, salienta-se que há prazo de prescrição para a propositura da ação de investigação de maternidade e de paternidade, sob pena de não ser reconhecido como filho.

Conforme o art. 1817⁵, n. 1 e o art. 1873⁶ do CC, as ações, respectivamente, de investigação de maternidade e de paternidade, só podem ser propostas durante a menoridade do investigante ou nos dez anos posteriores à sua maioridade ou emancipação, de modo que, como leciona Maria Margarida Silva Pereira: “(...) o direito de a pessoa investigar e fixar a sua identidade pessoal tem como limite a idade de 28 anos (nos termos do art. 130 do Código Civil, a maioridade adquire-se aos 18 anos, tendo, ainda, a pessoa mais 10 anos para propor a acção de reconhecimento).” (PEREIRA, 2019, p. 694; 712-713), embora haja também a fixação de prazos excepcionais para a tempestividade da ação, que não cabem ao presente estudo.

De fato, como refere Pereira, a previsão de um limite temporal para a propositura destas ações de maternidade e paternidade tem suscitado sérias e fundadas dúvidas de constitucionalidade, já que estas visam averiguar a identidade pessoal do indivíduo e conhecer suas raízes familiares, sendo a constitucionalidade material deste direito indiscutível (2019, p. 700; 707). Não é, portanto, líquida a constitucionalidade das normas que impõe prazo de caducidade para estas ações, como também refere Jorge Duarte Pinheiro (2019, p. 125).

Quanto ao limite temporal, leciona Pereira que este prazo de prescrição para a propositura da ação de investigação de maternidade e paternidade era de 2 (dois) anos a contar da maioridade ou da emancipação, o que foi declarado inconstitucional pelo acórdão n. 23/2006, de 10 de janeiro, do Tribunal Constitucional, com força obrigatória geral, alterando, pois, a orientação jurisprudencial do acórdão 413/1989, de 31 de maio, deste mesmo Tribunal que considerava constitucional o prazo, tal qual o acórdão de 99/1988, de 28 de abril. A relatoria do juiz do Tribunal Constitucional de Paulo Mota Pinto acolheu e reproduziu a fundamentação do acórdão 486/2004, de 07 de julho, que foi confirmada pelo acórdão 11/2005, de 12 de janeiro, e pelas decisões sumárias 114/2005, de 09 de março, e 288/2005, de 04 de agosto, do mesmo Tribunal, pronunciando-se sobre a inconstitucionalidade deste prazo, em razão deste restringir, em termos excessivos, o direito à identidade pessoal do filho

5 Artigo 1817.º, do CC (Prazo para a proposição da acção): 1 - A acção de investigação de maternidade só pode ser proposta durante a menoridade do investigante ou nos dez anos posteriores à sua maioridade ou emancipação)

6 Artigo 1873.º, do CC (Remissão): É aplicável à acção de investigação de paternidade, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 1817.º a 1819.º e 1821.º

(PINHEIRO, 2019, pp. 125-127). Ocorre que este tão somente referiu que aquele infringia a Constituição, sem que abrangesse a previsão de qualquer limite temporal para o exercício de direito de ação judicial tendente ao estabelecimento de filiação.” (PEREIRA, 2019, p. 707), não negou, portanto, a constitucionalidade de qualquer limite temporal ao reconhecimento judicial da paternidade (PINHEIRO, 2019, p. 127).

Ocorre que, em decisão posterior, o Tribunal Constitucional no acórdão n. 401/2011, de 22 de setembro, entendeu que a segurança jurídica não poderia ser posta em causa, em razão do desinteresse do filho, não cabendo, pois, o regime de imprescritibilidade na apuração da filiação. Assim, a partir de uma ponderação entre os direitos em conflito, quais sejam da identidade pessoal do filho e do interesse do pretense progenitor em não posterga uma situação de indefinição das suas relações familiares, foi definido como limite temporal suficiente para assegurar este direito, o prazo de 10 (dez) anos, após a maioridade ou emancipação do filho, a fim de que estas ações de investigação de maternidade e paternidade não tivessem o objetivo de “caça às heranças” – obtenção de benefícios patrimoniais (PEREIRA, 2019, p. 709).

Majoritariamente, porém, a doutrina posiciona-se contrária a prescrição do direito de propor a ação judicial de reconhecimento de filiação, pois como trata Guilherme de Oliveira: “o interesse na manutenção da certeza jurídico-familiar do pai não deve pesar mais do que o direito do filho em conhecer as suas raízes biológicas, a sua historicidade pessoal. Aliás, o pai tem sempre o dever de assumir as responsabilidades, porque mais ninguém o poderá fazer no lugar deles”. Inclusive, o argumento da “caça às heranças” é refutado por este doutrinador, pois a propositura da ação visa, primordialmente, que o progenitor assumira sua responsabilidade e que o filho averigue a identidade pessoal do indivíduo e conhecer suas raízes familiares (OLIVEIRA apud PEREIRA, 2019, p. 709-710).

Pinheiro pronunciou-se no mesmo sentido, já que para ele “(...) não é razoável a imposição de prazos para a investigação de maternidade ou paternidade”, primeiro, em razão dos testes de DNA permitirem determinar com segurança os ascendentes do filho, mesmo que os progenitores tenham falecido; e segundo, em razão dos argumentos de índole predominantemente patrimonial não superarem o interesse do filho no estabelecimento da respectiva filiação. Ademais, ele leciona que os prazos de caduci-

dade configuram uma restrição desproporcionada do direito à identidade pessoal ou à historicidade pessoal, previsto no art. 26, n.1, CRP⁷, bem como uma solução legislativa que afeta o direito de constituir família, previsto no art. 36, n.1, CRP⁸, que engloba o direito ao conhecimento e reconhecimento da paternidade e maternidade (PINHEIRO, 2019, 128-130).

Ocorre que, o doutrinador ainda refere que “Contra a nossa posição, pode dizer-se que a caducidade da investigação impede a reclamação de direitos relativos à herança do pretense pai”, mas quanto à “caça às heranças”, o doutrinador, a fim de providenciar a satisfação do interesse da identidade pessoal e prevenir a produção de efeitos patrimoniais, caberia a imprescritibilidade ao direito de investigar e prazo prescricional aos efeitos sucessórios. Ou seja, tão somente ao direito aos efeitos sucessório caberia a prescrição de 10 anos do art. 1817, n.1, CC, podendo o filho, quanto aos efeitos pessoais do vínculo de filiação, propor a ação de reconhecimento judicial de paternidade a qualquer tempo, inclusive, para ele, a cisão entre efeitos pessoais e patrimoniais do vínculo de filiação não seria incompatível com o princípio da indivisibilidade ou unidade do estado familiar, e não confrontaria os art. 26, n. 1 e 36, n. 1, CRP (PINHEIRO, 2019, 132-135).

Ressalta-se que “(...) na jurisprudência mais recente dos os tribunais superiores, a questão consagrada de constitucionalidade do art. 1817 (e 1873, este último por remissão) mantém-se controversa.”, já que, apesar da declaração de constitucionalidade proferido pelo Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal de Justiça tem proferido decisões que contrariam a declaração de não constitucionalidade daquele, como é perceptível no acórdão do processo n. 155/12, de 14 de janeiro de 2014, em que refere que o prazo de 10 anos não tem cabimento constitucional, pois restringe um direito individual de forma injustificada, inclusive porque trata-se de um prazo inferior ao prazo ordinário de prescrição que é de 20 anos, conforme o art. 309, do Código Civil (PEREIRA, 2019, p. 712-713).

Por fim, Pereira posiciona-se no sentido de que o prazo previsto no art. 1817, do CC, padece de inconstitucionalidade material, por viola-

7 Art. 26, n. 1, CRP: A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação)

8 Art. 36, n. 1, CRP: Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade

ção aos art. 26, n.1 e 36, CRP, pois à título exemplificativo, argumenta que o direito à história pessoal é um direito fundamental; o interesse público invocado para restringir este direito não é legítimo – evitar a “caça às heranças” e os interesses patrimoniais (os quais estão subordinados ao direito pessoal, apesar de não haver hierarquia entre direitos fundamentais); as exceções do art. 1817, CC que, apesar de não referidas, permitem a invocação de novos fatos para que se dilate o prazo; os exames de DNA que podem ser realizados a todo tempo; o interesse do Estado em promover, sempre que possível, o estabelecimento da paternidade em correspondência com a verdade biológica; a possibilidade do pretense pai pode perfilhar a todo o seu tempo o filho (art. 1854, CC), de modo que sujeitando a ação de reconhecimento de filiação a prazo legal, discrimina-se filhos dentro e fora do casamento, perfilhados ou não, violando, pois, o princípio da igualdade (art. 13, CRP); etc. (PEREIRA, 2019, p. 714-721).

4 COTEJO ANALÍTICO DA PRESCRIÇÃO DAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PARENTALIDADE NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS

Enquanto em Portugal há prescrição de 10 (dez) anos, após a maioridade ou emancipação, para a propositura da ação de investigação de maternidade e paternidade; no Brasil, não há prescrição para a concretização deste direito fundamental, de tal modo que somente existe para a petição de herança.

Apesar de o prazo prescricional ter passado de 2 (dois) para 10 (dez) anos, após a maioridade ou emancipação, verifica-se que para muitos doutrinadores portugueses não é líquida a constitucionalidade desta imposição de prazos para o ajuizamento da ação de investigação de paternidade ou maternidade, pois os direitos patrimoniais, “caça às heranças”, não superam os direitos pessoais, como conhecer a sua identidade pessoal, raízes biológicas, historicidade pessoal, os quais estão previstos nos art. 26, n.1 e 36, n.1, CRP. Além disso, verifica-se que há a possibilidade do pretense pai perfilhar o filho a qualquer tempo, o que acaba por ser contrário à sujeição de prazo legal para a proposição de ação de reconhecimento de parentalidade, discriminando filhos.

Logo, assim como já houve estas discussões relativas à prescrição ou não deste direito no Brasil, verifica-se que o reconhecimento do estado de filiação é um direito imprescritível, o que vai de encontro ao art. 1854, CC de Portugal, que permite a possibilidade do pretense pai perfilhar o filho a qualquer tempo, porém acaba por permitir tão somente que este pai opte se quer ou não reconhecer seu filho, não cabendo o reconhecimento forçado da parentalidade, contrário, portanto, ao art. 36, n. 4, CRP⁹, que visa a não discriminação entre filhos.

Ademais, a título de comparação entre os ordenamentos, há o aspecto do ajuizamento da ação, que em Portugal acaba por restringir tão somente ao filho – em razão do curto prazo prescricional para ajuizamento da ação, e no Brasil discute-se a possibilidade dos netos ajuizarem a ação, independentemente de seus pais, a fim de ter o direito ao nome, à identidade e à origem genética, os quais são abrangidos pela dignidade da pessoa humana, bem como direitos personalíssimos e inerentes ao sujeito. Salienta-se que já houve precedente neste sentido, apesar do STJ interpretar restritivamente a legitimidade do art. 1606, do CC, assimilando-se, portanto, a Portugal quanto a este ponto referente a legitimidade.

Por fim, em relação a direitos sucessórios, verifica-se que, no Brasil, o direito a petição de herança, apesar de o prazo prescricional de 10 (dez) anos, somente se inicia no momento em que for reconhecida a paternidade, e não da abertura da sucessão, pois ainda não se tratava de um direito formado judicialmente. Ademais, conforme o art. 1798, do CC, estão habilitados a suceder todas as pessoas nascidas ou concebidas no momento da morte do titular da herança, não havendo, portanto, razões para distinguir o filho reconhecido *post mortem* daqueles reconhecidos anteriormente.

Inclusive, quanto a este ponto, verifica-se os reais motivos para que haja o prazo prescricional da ação de reconhecimento de parentalidade em Portugal, pois acredita-se que o filho visaria tão somente a herança, o que, em comparação ao ordenamento jurídico brasileiro, não deixaria de ser este direito à herança, um direito inerente ao filho, pois, assim como o art. 1798, CC brasileiro compreende o filho que será reconhecido *post mortem*, o ordenamento jurídico português apresenta em

9 Art. 36, 4, CRP: Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.

seu art. 2033, n.1, CC¹⁰, a capacidade sucessória as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não havendo, portanto, impedimento ao reconhecimento do filho *post mortem*.

5 CONCLUSÃO

Diante do presente estudo, conclui-se, portanto, que a ação de investigação de paternidade e maternidade possui prazo de prescrição em Portugal; enquanto no Brasil, não há. Além disso, apesar do prazo de prescrição para a propositura desta ação ter passado de 2 para 10 anos, após a maioridade ou emancipação, em Portugal, há muitos doutrinadores que se posicionam desfavoravelmente a esta imposição de prazos, referindo inclusive uma potencial inconstitucionalidade deste.

Ademais, apesar de não se distinguir direitos fundamentais, evidencia-se que os direitos patrimoniais são subordinados aos pessoais, razão pela qual ao confrontar aqueles com os art. 26, n. 1 e 36, n.1, CRP, demonstra uma violação à Constituição, motivo pelo qual não há de haver prescrição quando a propositura da ação de investigação de maternidade ou paternidade em Portugal, tal qual no Brasil.

Em Portugal, a fim de que haja a satisfação do interesse da identidade pessoal e prevenir a produção de efeitos sucessórios, a proposta de Jorge Duarte Pinheiro seria a mais adequada, ao manter a prescrição do art. 1817, do CC, tão somente aos efeitos sucessórios, podendo o filho ser reconhecido judicialmente a qualquer tempo. Salienta-se que no Brasil, mesmo sendo filho reconhecido *post mortem*, este não terá restrição aos direitos sucessórios, o que é de fato, distante da posição de Portugal, mas não seria inadequado, uma vez que os art.1798 e 2033, n. 1, dos seus respectivos Códigos Civis, equiparam-se.

Quanto a legitimidade, tanto em Portugal, quanto no Brasil, a legitimidade se restringe ao filho, no primeiro em razão do curto prazo para ajuizar a ação; e no segundo, pela restritiva interpretação do art. 1606, do CC pelo STJ, o que não parece adequado, já que o neto também

10 Art. 2033, CC (Princípios gerais): 1. Têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não exceptuadas por lei.

tem direitos personalíssimos e inerentes, em razão do direito ao nome, à identidade e à origem genética.

Por fim, a partir desta pesquisa, acredito que sendo um direito personalíssimo, seja no ordenamento jurídico português ou brasileiro, não há de haver prazo prescricional para propositura da ação de investigação de parentalidade, bem como deve os netos terem legitimidade para ajuizar esta ação que lhes garante o direito ao nome, à identidade e à origem genética. Ademais, não há razões para restringir a este filho, os direitos sucessórios decorrentes desta mãe ou pai ausente, uma vez que na abertura da sucessão, estes eram pessoas nascidas ou concebidas, apesar de não reconhecidas post mortem ainda.

REFERÊNCIAS

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.

BARATA, Carlos Lacerda. **Código Civil e Legislação Complementar**. 12. ed. Lisboa: AADFDL, 2019.

BRANDÃO, Teresa Alexandra da Silva. **Da Procriação Medicamente Assistida (aspectos gerais) aos Efeitos Sucessórios – Inseminação Homóloga Post Mortem**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito da Universidade de Minho, Minho, 2015. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/40899/1/Teresa%20Alexandra%20da%20Silva%20Brand%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 13.nov.2020.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado n. 521**. Brasília, DF: Corregedor Nacional de Justiça, 2011. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/590#:~:text=Qualquer%20descendente%20possui%20legitimidade%2C%20por,prova%20da%20filia%C3%A7%C3%A3o%20em%20vida>. Acesso em: 02.mai.2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 16.nov.2020.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 02.maio.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **REsp 807.849/RJ**. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 06/08/2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=o+pai%2C+ao+falecer%2C+sem+investigar+sua+paternidade. Acesso em: 02.maio.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 149**. 1963. Disponível em: https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/460/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 02.maio.2022.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Plataforma Minha Biblioteca.

CRUZ, Rossana Martingo. O estabelecimento da filiação e a Constituição da República Portuguesa – alguns pontos de discussão. **Cadernos de Direito Actual**. Coimbra, n. 5, p. 11-24, 2017. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/55113/1/1.%20Rossana%20Martingo%20pp11-24%20%20%281%29.pdf>. Acesso em: 16.nov.2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

FARIAS; Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de Família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Plataforma Minha Biblioteca.

LOBO, Fabíola Albuquerque. Ações de filiação: da investigação e negatória de paternidade e do reconhecimento dos filhos. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Bro-

chado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Plataforma Minha Biblioteca.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Livros.

MATA, Ana Margarida Godinho Barradas Ramos. **Aspectos da procriação medicamente assistida, o anonimato do doador e questões conexas**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/41605/1/ulfd140816_tese.pdf. Acesso em: 24.ago.2020.

NOGUEIRA, Daniela Alexandra Ribeiro. **O Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida Post Mortem e as suas implicações no direito sucessório português**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito da Universidade do Minho, Minho, 2016. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/52019/1/Daniela%20Alexandra%20Ribeiro%20Nogueira.pdf>. Acesso em: 28.maio.2020.

NUNES, Daniela Filipa Craveiro. **O Estabelecimento da Filiação na Procriação Medicamente Assistida**. 2020. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/90294/1/O%20Estabelecimento%20da%20Filia%C3%A7%C3%A3o%20na%20Procria%C3%A7%C3%A3o%20Medicamente%20Assistida.pdf>. Acesso em: 24.ago.2020.

PARISE, Luíza Sartori. A (im)prescritibilidade da ação de investigação de paternidade: comparação entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português. In: MAYA, André Machado. **Anais do IV EGRUPE: Encontro Interinstitucional de Grupos de Pesquisa**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, p. 11-18. Disponível em: <https://fmp.edu.br/wp-content/uploads/2021/03/FMP-Anais-do-IV-EGRUPE-2020.pdf>. Acesso em: 02.maio.2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Plataforma Minha Biblioteca.

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.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Minha biblioteca.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Plataforma Livros.

A PERSPECTIVA DOS IDOSOS NA CURATELA E NA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

CINARA FURIAN FRATTON¹

MARTHA SILVA BELTRAME²

PATRICIA ZANCHI CUNHA³

1 INTRODUÇÃO

É certo que alta taxa de mortalidade trazida pelo COVID-19 impactou os dados de expectativa de vida. Ainda assim, feita a ressalva dos dois últimos anos atípicos que o mundo enfrentou, o avanço da medicina e a mudança de hábitos ensejaram um aumento na longevidade de homens e mulheres nas últimas décadas.

No Brasil, esse avanço positivo deve ser apreciado com a ressalva das nossas diferenças regionais, em razão das quais o Estado de Santa

- 1 Mestranda em Direito pela Fundação do Ministério Público, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP/RS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa sobre Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, do Programa de Pós-graduação em Direito da FMP/RS. Especialista em Direito de Famílias e Sucessões pela Fundação do Ministério Público. Sócia do Instituto Brasileiro de Direito de Família do RS. Membro do Núcleo de Defesa da Pessoa com Deficiência da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Defensora Pública. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5552953843397887>. E-mail: cinara-fratton@defensoria.rs.def.br.
- 2 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP), Pós-Graduada em Direito Comunitário pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP), Promotora de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: beltrame@mprs.mp.br
- 3 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP), Promotora de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: cunhapatricia@hotmail.com.

Catarina assumiu a posição dianteira na estimativa de expectativa de vida de seus habitantes, segundo as últimas informações, já desatualizadas, do site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Todavia, uma longa vida física não equivale, necessariamente, à higidez mental completa até o advento inexorável da morte, pois a condição de idoso traz consigo inevitável declínio da condição física, muitas vezes acompanhado de perda da capacidade cognitiva, seja de forma paulatina, seja abruptamente.

O presente estudo investiga se a alternativa da tomada de decisão apoiada já foi absorvida como ferramenta usual nas Varas de Curatela e se o instituto vem recebendo a devida chancela e reconhecimento na prática forense, indagando se tem sido aplicado especificamente na população idosa que apresente limitações cognitivas com projeção de deterioração das capacidades intelectuais.

Para tanto, a presente pesquisa tem por escopo abordar se é possível harmonizar aplicação do novo instituto com a já consolidada ação de curatela, e verificar sua utilização na praxe forense, com vistas a esclarecer se a inovação vem sendo aplicada e reconhecida, ou se a opção mais utilizada continua sendo a convencional curatela.

Para a organização da análise, a primeira parte da pesquisa traz notas sobre os novos pilares para tutela jurídica da capacidade legal das pessoas com deficiência, advindas do Estatuto da Pessoa com Deficiência,

No segundo momento, serão abordadas os traços distintivos entre a curatela e a decisão apoiada e a inovação procedimental em relação ao segundo instrumento.

Na sequência, será examinada a viabilidade de conversão da curatela em tomada de decisão apoiada e a referência de julgados sobre a problemática.

Conclui-se que instituto da decisão apoiada poderia ser utilizado como instrumento de organização e suporte, tanto da gestão da vida financeira como dos tratamentos médicos que venham a ser necessários com o avanço da idade de idosos, permitindo-lhes externar formalmente suas vontades sobre apoiadores e limites de intervenção antes que as limitações se agravem, ou seja, que exercitem a autonomia privada quando ainda dispuserem de capacidade plena para emitir vontades e fazer escolhas relacionadas a quem irá auxiliá-los na gestão dos últimos anos de suas vidas.

A metodologia utilizada foi hipotético-dedutiva, realizando-se pesquisa aplicada, qualitativa, bibliográfica e análise do material selecionado para a construção do presente artigo.

2 O IDOSO E ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

É impossível abordar a atual conjuntura de proteção à pessoa com deficiência sem antes contextualizar esse avanço a partir da normatização embrionária. Portanto, cabe aqui mencionar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD e seu Protocolo Facultativo da Organização das Nações Unidas, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, que dispuseram sobre a capacidade legal das pessoas com deficiência e trouxeram novas diretrizes para a matéria.

O referido regramento também serviu para apresentar os princípios que passaram a reger o tema: o respeito pela dignidade inerente; a independência das pessoas; a autonomia individual; mas, principalmente, a liberdade dos indivíduos com deficiência para fazerem as próprias escolhas, bem como a não discriminação; a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; o respeito pela diferença e a aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; a igualdade de oportunidades; a acessibilidade; a igualdade entre o homem e a mulher; o respeito pelo desenvolvimento das capacidades e a preservação da identidade das crianças com deficiência. Tal abordagem atende aos “ventos da doutrina alternativa menos restritiva”, que já havia ganhado força em ordenamentos jurídicos estrangeiros antes de chegar ao Brasil (PINHEIRO, 2009)

A partir dessa Convenção, diversas legislações passaram a adotar novos pilares para tutela jurídica da capacidade legal das pessoas com deficiência.

A Convenção passou a ter status de norma constitucional no Brasil, porque foi ratificada por meio do Decreto nº 6.949/2009, com quórum especial, nos moldes do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, regulamentando a Inclusão da Pessoa com Deficiência por meio do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPCD) - Lei nº 13.146/205.

O EPCD assegura às pessoas com deficiência as medidas de apoio de que necessitem para o exercício pleno das suas capacidades legais, as quais têm como base a proteção do direito, da vontade e da preferência

de tal pessoa com deficiência, buscando sempre sua plena autonomia e a valorização de suas escolhas. (LAGO JR. e BARBOSA, 2015)

Os direitos assegurados trazem a igualdade de condições das pessoas com deficiência com as demais, sendo-lhes assegurada a capacidade civil plena, com rol amplo de direitos, tais como o casamento, os direitos sexuais e reprodutivos, o exercício de guarda, de tutela, curatela e adoção. Do texto, percebe-se que o mais importante foi garantir a todo indivíduo a condução da própria vida, da forma mais íntegra e autônoma possível, motivo pelo qual a CDPD tem como premissas a máxima *in dubio pro capacitas* e o princípio da intervenção mínima. O regime do direito protetivo deixou de ser pautado na substituição de vontades, transferindo o foco para o discernimento necessário e para o diagnóstico relacionado a qualquer espécie de deficiência (MENEZES, 2016).

Todo esse arcabouço principiológico estabeleceu um lastro que, no sistema brasileiro, ensejou o advento da Lei nº 13.146/2015. Por seu turno, referida norma alterou substancialmente o Código Civil quanto à capacidade civil das pessoas com deficiência que, até então, eram ali previstas nos artigos 3º e 4º, do Diploma, como capacidades absoluta ou relativa. O novo modelo passou a assegurar à pessoa com deficiência, como regra, o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas.

A Lei nº 13.146/2015 descreve a pessoa com deficiência, no seu art. 2º, como sendo “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

A partir dessa definição, a deficiência passou a não ser apenas um resultado de doenças e lesões identificadas por uma perícia biomédica, mas sim uma situação oriunda de um ambiente que impõe uma série de barreiras ao corpo com impedimentos. Ou seja, a deficiência passou a ser considerada como uma condição orgânica, uma vulnerabilidade e não uma incapacidade plena (ROSENVALD, 2018).

Nelson Rosenvald ilumina ao responder a indagação:

Será que poderíamos admitir que, para o futuro, teremos uma nação composta unicamente de pessoas plenamente capazes, in-

clusive aqueles que atualmente estão submetidos à curatela por um déficit psiquiátrico? Obviamente não. Inexiste pretensão ideológica capaz de afetar a natureza das coisas. Por mais que o legislador pretendesse (e não pretendeu!) fundar o mundo ideal ou ‘politicamente correto’ das pessoas plenamente capazes, não há como desconstruir a realidade inerente à imperfeição humana às vicissitudes que a todos afetam, em maior ou menor grau. (ROSENVALD, 2018, p. 112).

Diante dessas inovações paradigmáticas, já denominadas de “a virada de Copérnico no direito protetivo” (MENEZES, 2016, p. 36), os diversos atores do sistema de justiça e a sociedade em geral precisam adaptar-se aos princípios e normas trazidas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e pela legislação brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, absorvendo, principalmente, esses novos conceitos, práticas e costumes envolvendo a pessoas com deficiências que buscam a proteção, a autonomia e segurança plena de suas capacidades. O ponto de importância dessa reflexão passa a ser o cuidado, abandonando-se “o perfil clássico da curatela como sanção punitiva de interdição de direitos fundamentais” para a adoção de uma “renovada concepção da pessoa com deficiência como sujeito de direitos fundamentais” (ROSENVALD, 2018).

Um capítulo inteiro do EPCD foi destinado à questão da igualdade e da não discriminação, assegurando que seus destinatários não apenas serão incluídos na sociedade, como também serão protegidos, estabelecendo o equilíbrio entre a manutenção da autonomia, no que for possível, e a preservação de cuidados naquilo que as limitações tornarem vulneráveis os indivíduos que as possuem. Sem descuidar do viés protetivo, o art. 6º do Estatuto lista direitos assegurados aos seus destinatários, reafirmando-lhes a igualdade de condições com as demais pessoas, com rol de direitos que incluem o casamento, os direitos sexuais e reprodutivos, o exercício de guarda, tutela e adoção, numa “derrocada do sistema protetivo pautado na substituição de vontade para um sistema de apoios” (MENEZES, 2015, p. 35).

Nesse sentido:

[...] indispensável reafirmar que a garantia de tais direitos não pode significar o abandono da pessoa com deficiência a sua própria sorte, uma vez que em muitos casos ela necessita de apoio, ou

mesmo não se encontra em condições físicas, psíquicas ou intelectuais para o exercício de direitos como os mencionados no presente artigo. O reconhecimento de capacidade jurídica não significa ausência de proteção, que é necessária e devida às pessoas com deficiência, na medida das peculiaridades de cada caso, do mesmo modo que se protegem todas as pessoas vulneradas (BARBOZA e ALMEIDA, 2018, p. 65).

Dentro do espectro de abrangência do EPCD, destaca-se a situação dos idosos com comprometimento grave de saúde física ou mental, ou mais especificamente aqueles nos quais o declínio intelectual, em um futuro próximo, é não só previsível como já consolidado, seja em decorrência de demência ou senilidade advinda do alcance da idade avançada, seja por evolução de determinadas patologias, seja por que advindo dos efeitos colaterais de necessários tratamentos médicos agressivos ou invasivos.

Nesses casos, é possível antever com certa segurança uma condição de deficiência intelectual ou mesmo reconhecê-la já nos primeiros estágios da doença. Vale aqui a lembrança das cenas iniciais do filme “Para sempre Alice”, onde a personagem central, docente universitária extremamente qualificada em línguas, passa a escrever bilhetes com nomes de pessoas e objetos e a registrar fatos corriqueiros, colocando-os em diversos lugares de sua casa, na tentativa de substituir nestes bilhetes a ferramenta intelectual que lhe permita antes memorizar um vocabulário extenso, que já percebeu estar perdendo em razão de sua doença.

Seria possível a tal grupo de pessoas, diante do vislumbre da deficiência que se aproxima, fazer uso da tomada de decisão apoiada como forma de medida antecipatória e acautelatória? Seria admitido que, nessas hipóteses, os indivíduos egresses seus apoiadores e indicassem os limites do encargo enquanto ainda possuem higidez mental? Para responder tais perguntas é necessário, antes, tecer considerações sobre o procedimento inovador da tomada de decisão apoiada e sobre a já consolidada curatela.

3 BREVES REFLEXÕES ACERCA DA CURATELA E DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Embora estejam ambas relacionadas à declaração de incapacidade, as ações de curatela e tomada de decisão apoiada possuem diferenças significativas.

Nesse aspecto, cabe registrar:

A Lei Brasileira de Inclusão – Lei 13.146 de janeiro de 2015, propôs uma reforma no instituto da curatela e criou a figura da tomada de decisão apoiada. A primeira consiste numa alternativa de apoio mais intenso que envolverá a nomeação de um curador a quem se outorgarão poderes de assistência ou, em caso extremo e justificável, poderes de representação, traçando-se um plano da curatela individualizada, respeitados os limites fixados em lei. A tomada de decisão apoiada, por sua vez, apresenta-se como um instrumento que oferece apenas um apoio àquele que preserva sua capacidade civil incólume, reunindo condições de, por si, realizar suas escolhas e celebrar negócios jurídicos sem a necessidade de assistência ou representação (MENEZES, 2016, p. 42).

Assim, embasada no artigo 1.767 do Código Civil, a curatela está associada a uma noção de maior limitação. Apesar do rito processual a ser seguido na curatela ser ainda o da interdição, previsto no artigo 747 e seguintes do Código de Processo Civil, o termo encontra-se desatualizado. Não há mais falar em “interdição”, que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício e a prática dos atos da vida civil pelo curatelado, então interdito.

Nesse sentido, sobre o termo usado na legislação processual: “A despeito de a seção correspondente ser nomeada de “Da Interdição”, a doutrina aponta que melhor seria referir-se a pedido de nomeação de curador e definição dos limites da curatela, por força do EPCD.” (LAGO JR. e BARBOSA, 2015, p. 13).

Desta forma, o juiz, assistido por uma equipe multiprofissional, analisará as necessidades de uma pessoa para o exercício de sua capacidade civil e decidirá se ela pode, ou não, praticar atos relacionados ao seu patrimônio e negócios, ou se precisará de apoio para isso, podendo ser pleiteada por pais, tutores, cônjuge, qualquer parente, pelo Ministério

Público ou pelo próprio interessado. O juiz irá fixar os limites ao exercício da capacidade civil.

Já a tomada de decisão apoiada, inserida pela Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, está relacionada à nova redação ao artigo 1.767 do Código Civil, que alterou a natureza da deficiência da pessoa para aquelas que, por causa transitória ou permanente, não possam exprimir a sua vontade. Não mais se admite que qualquer pessoa com deficiência intelectual (*déficit* cognitivo) ou com deficiência mental (saúde mental) possa estar sujeita à curatela, assim como não se admite mais a declaração de incapacidade total.

O processo de curatela está previsto na legislação de forma ampla e depende do convencimento do juiz sobre as condições e necessidades da pessoa com deficiência.

Uma alteração importante está na forma de condução do procedimento, pois a nova legislação prevê que o juiz, na entrevista que equivale à anterior audiência de interrogatório, conversará com a pessoa com deficiência sobre sua vida, suas aspirações, seus negócios, bens, entre outras questões existenciais (LAGO JR. e BARBOSA, 2015). O juiz, com a assistência da equipe multidisciplinar, obterá informações para verificar a capacidade que a pessoa tem, ou não, de manifestar sua vontade. Em cinco dias, o pedido de curatela poderá ser impugnado.

Sendo impossível o deslocamento até o local onde funciona o Poder Judiciário, o Juiz, juntamente ao representante do Ministério Público, irá até o local onde a pessoa se encontra para realizar a entrevista, conforme determina o artigo 751, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil.

É primordial que a sentença de curatela determine com exatidão a fronteira e o conteúdo da limitação, especialmente no que se refere às questões patrimoniais e negociais. Conrado Paulino da Rosa (ROSA, 2018, p. 587) leciona que, nas situações cabíveis, a “sentença refira o motivo extraordinário de sua aplicação (artigo 85 § 2º da Lei 13.146/2015)”. Haverá reconhecimento que a pessoa é relativamente capaz para praticar atos de negócios e patrimoniais se suas potencialidades assim demandarem e, portanto, nesses casos, precisará de apoio do curador para validade jurídica de seus atos. A escolha do curador deverá levar em conta a vontade e as preferências da pessoa colocada em situação de curatela, e daí a importância da entrevista, para que possa exprimir sua vontade

em relação a esta importante escolha. Deverá ser fixado na sentença um prazo para a revisão da curatela, conforme determina o item 4 do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

A relação entre a pessoa em situação de curatela e o curador não poderá ter qualquer conflito de interesses e de influência indevida, devendo ser proporcional e adequada.

O juiz poderá, excepcionalmente, adotar no caso concreto soluções que considerar mais proporcionais ou oportunas. Nesse caso, muitos tribunais têm entendido que a curatela da pessoa com deficiência, excepcionalmente aquelas que não podem exprimir de forma alguma sua vontade, poderá alcançar o exercício de direitos de natureza extrapatrimonial, desde que essa restrição conste em parecer da equipe multiprofissional e seja detalhada e motivada na decisão, numa verdadeira “modulação da eficácia da incapacidade” (ROSENVALD, 2018).

Dentro dos novos papéis, o curador exerce a importante função de apoio, no sentido de prestar informações e esclarecer à pessoa em situação de curatela sobre seus bens, patrimônio e negócios, respeitando seus direitos, vontades e preferências, sem qualquer conflito de interesses. Note-se que, ao informar o curatelado, o curador estará possibilitando que o curatelado expresse suas vontades com autonomia e respeito aos seus direitos.

As consequências da curatela foram humanizadas e delimitadas nessa nova concepção, mas, mesmo diante da nova legislação, ainda é necessário refletir muito antes do seu ajuizamento. As famílias precisam conversar entre si, com a pessoa com deficiência, com profissionais como advogado, Defensor Público ou representante do Ministério Público, perceber as individualidades que levam à necessidade dessa medida extraordinária, bem como às implicações dessa situação da curatela.

Mas se, por um lado, a curatela não desperta maiores questionamentos, pois já habitual no ordenamento jurídico civil desde o extinto Código Civil de 1916, por outro, o EPCD inovou com a previsão do procedimento de tomada de decisão apoiada.

A tomada de decisão apoiada foi incluída no Código Civil, no artigo 1783-A, por meio do artigo 114 do EPCD. Passou-se, a partir daí, a reconhecer que toda pessoa com deficiência deve ter assegurado o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, e criou-se um instrumento

processual eficaz para auxiliar e apoiar a pessoa com deficiência a tomar decisões quando necessitar.

A medida busca garantir apoio e proteção à pessoa com deficiência em suas decisões sobre atos da vida civil, de forma que obtenha os dados e informações necessários para o pleno exercício de seus direitos. Essa medida depende de processo judicial, com rito próprio, no qual a própria pessoa com deficiência indica os apoiadores de sua confiança a serem nomeados pelo juiz. São integrantes do processo a parte interessada, os dois apoiadores escolhidos, o juiz, que pode ser assistido por equipe multidisciplinar, e o Ministério Público.

Em princípio, a própria pessoa com deficiência solicita ao juiz, por meio de seu advogado ou Defensor Público, que lhe sejam nomeados dois apoiadores, indicando-os expressamente, para auxílio e orientação nas decisões e práticas de atos da vida civil. Tanto as duas pessoas idôneas para servirem de apoio, quanto os atos a ele condicionados, deverão estar devidamente delimitados na petição inicial.

Os dois apoiadores indicados devem ser de confiança e ter vínculos com a pessoa com deficiência. Suas funções serão a de esclarecer as dúvidas e de fornecer todas as informações necessárias sobre os atos da vida civil, de maneira que a pessoa com deficiência possa ter respeitada sua vontade, bem como seus interesses e direitos. Tudo pode ser delimitado pela pessoa com deficiência, sua família, o juiz e a equipe multidisciplinar, inclusive seus tratamentos futuros em caso de agravamento de suas condições.

Em caso de divergência entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, o Juiz, ouvido o Ministério Público, decidirá sobre a divergência. Se for detectado que o apoiador está sendo negligente em relação ao apoio com o qual se comprometeu, ou se pressionar indevidamente a pessoa apoiada, ou ainda não adimplir as obrigações assumidas, a pessoa com deficiência ou qualquer outra poderá informar ao Ministério Público ou ao juiz. E no caso de comprovação, o Juiz destituirá o apoiador e nomeará outro, verificando a indicação da pessoa com deficiência.

O indivíduo apoiado poderá solicitar o término do acordo assinado no processo judicial a qualquer tempo. Por sua vez, o apoiador também poderá requerer ao juiz a sua exclusão do processo de tomada de decisão apoiada.

A possibilidade de legitimidade concorrente para tal pedido tem gerado discussões. Para alguns, é ato personalíssimo, de exclusividade do apoiado, a ser veiculado na forma de jurisdição voluntária (MENEZES, 2016). Para outros, “quem pode o mais, pode o menos”, de maneira que o Ministério Público e os demais legitimados para o pedido de curatela também estariam autorizados a veicular pretensões equivalentes, para o fim exclusivo de proteger os que se acham vulneráveis em razão de alguma deficiência.

Outra dúvida que surge é se esse procedimento poderia beneficiar idosos que quisessem planejar a gestão de seus últimos anos, permitindo-lhes a escolha antecipada dos apoiadores com quem possuem maior afinidade, enquanto ainda possuem lucidez.

Com efeito, o aumento da longevidade trouxe-nos o benefício de podermos conviver com aqueles que amamos por mais tempo, mas ainda não há garantias de que esse incremento seja gozado com a plenitude intelectual dos anos de juventude. A perda de autonomia tem como consequência a dependência do auxílio de terceiros para atos que podem englobar situações rotineiras, como as compras ligadas à subsistência diária, ou até decisões mais complexas, sobre os limites a serem observados na prática de tratamentos invasivos para prolongamento da existência. A dificuldade está em estabelecer não apenas a fronteira cinza que envolve os anos de início do declínio mental e perda da vontade consciente, mas também em definir quais os limites da atuação desses terceiros. Uma vez indicados, o quanto os apoiadores poderiam substituir a vontade daquele que os escolheu, ainda capaz, quando não houver mais acuidade intelectual desse apoiado? Poderiam eles praticar atos existenciais, como declarar uniões estáveis ou reconhecer paternidades? E o pedido de mudança injustificada do apoiado quanto à indicação de seus apoiadores, poderia ser ignorado por suspeita de avanço das limitações ou risco na nova escolha? Tais questões complexas não se pretende abordar neste artigo, mas fica a reflexão.

Acredita-se que a resposta seja positiva quanto à possibilidade de um planejamento frente a um prognóstico de incapacidade certa. Assim, o instituto poderia ser utilizado nesse sentido, assegurando a um indivíduo ainda capaz que possa eleger as pessoas que o apoiarão nesse momento de vulnerabilidade futura, bem como que ele estabeleça os limites de tal apoio, tudo enquanto ainda pode expressar sua vontade individualmente.

Nesse sentido:

[...] a tomada de decisão apoiada pode ser utilizada por qualquer pessoa maior que sinta a necessidade de apoio para o exercício de sua capacidade legal, tais como idosos, drogaditos ou alcoólico, pessoas que tenham dificuldade de locomoção, limitadas por sequelas de acidente vascular cerebral ou aquelas que estão nas fases iniciais de doença de Alzheimer, além daquelas que tem alguma deficiência física, psíquica ou intelectual. (MENEZES, 2016, p. 46).

Aliás, o art. 1.783-A do CC, em seu parágrafo 4º, menciona que “A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.” (grifo nosso).

Se o procedimento ao qual o indivíduo acometido da doença se submeterá tem grande probabilidade de acarretar deficiência intelectual, seja ela temporária ou permanente, parece que o ajuizamento prévio da tomada de decisão apoiada asseguraria que fossem observadas as vontades da pessoa com deficiência (quando já instalada), atendendo ao viés protetivo, que não pode ser excluído da lei.

Imagine-se, por exemplo, a incapacidade ou limitação cognitiva advinda do tratamento de um tumor cerebral inoperável, ou da evolução de determinada doença, e a necessidade de serem solucionadas questões cotidianas envolvendo a guarda de filhos incapazes, a gestão de patrimônio, ou mesmo o destino de eventual material biológico destinado à reprodução que tenha sido por ele armazenado (os dois últimos, aliás, direitos expressamente assegurados à pessoa portadora de deficiência no art. 6º do Estatuto).

Todavia, desse entendimento parece não comungar a 8ª Câmara do TJRS, que manteve sentença indeferitória do uso do instituto da tomada de decisão apoiada por pessoa que ainda detinha higidez mental completa (Apelação nº70079344834), sob o fundamento de que não se tratava ainda de pessoa com deficiência.

Segundo o julgado, a pretensão da autora era ter alguém para representá-la em caso de agravamento da doença, nos moldes de verdadeiro mandato⁴. O julgamento ainda é isolado e não foram encontrados outros precedentes similares. Hoje, o instituto da tomada de decisão

4 Tratava-se de mulher portadora de câncer de pâncreas que, diante da hipótese de sua doença agravar-se em breve espaço de tempo, pretendia antecipar sua vontade e designar seus apoiadores.

apoiada ainda fornece mais questionamentos do que respostas, mas a amplitude de suas possibilidades somente poderá ser conhecida com o incremento do uso e a multiplicação de demandas com as respectivas respostas a serem fornecidas pela jurisprudência.

Na verdade, ao contrário do que ocorria com o interdito de outrora, o apoiado de hoje mantém sua capacidade, sendo a restrição estabelecida sobre sua legitimidade para prática de determinados atos ocasionais da vida civil (ROSENVALD, 2015).

Como a nova concepção produz “uma ordem comprometida com a inserção social da pessoa com deficiência”, o instituto não despossa o indivíduo com deficiência de manifestar sua vontade, ser ouvido, respeitado e ver seus direitos assegurados, por isso, diante de tal respeito, pode ser realizado por acordo realizado entre apoiado e apoiadores, no qual se devem especificar quais os atos em que a legitimidade do apoiado dependerá da participação dos apoiadores para ser validada. Para todos os demais, a autonomia plena deve ser mantida.

Nesse sentido:

[...] beneficiário do apoio conservará a sua autodeterminação em todos os atos que não estejam incluídos no acordo. Assim, para satisfação dos atos ordinários da vida cotidiana, não necessitará de auxílio dos apoiadores. Mais uma vez, constatamos que o apoio tem natureza ortopédica, jamais amputativa de direitos (ROSENVALD, 2015, p. 756).

4 DA FUNGIBILIDADE DAS AÇÕES

Como se percebe, as ações de Tomada de Decisão Apoiada e Curatela são diferentes e embasadas em normas próprias de direito material e, apesar de seguirem o rito do procedimento voluntário e visarem à proteção da pessoa, não podem ser confundidas. Seriam como linhas paralelas tramitando alternadamente. Em razão de sua relativamente recente previsão, no que se refere à tomada de decisão apoiada, verifica-se que ainda existe uma dificuldade dos atores do sistema de justiça de absorver e replicar essas novas concepções de capacidade, deficiência e personalidade. Surge daí a questão sobre a possibilidade, ou não, de conversão da curatela em tomada de decisão apoiada.

Entende-se que não há fungibilidade entre os pedidos de decisão apoiada e curatela, muito embora seja permitido ao juiz o poder de adaptação dos procedimentos para melhor atender ao direito material da parte requerente.

Entretanto, a jurisprudência não vem aceitando a conversão do procedimento de tomada de decisão apoiada em curatela de ofício pelo Juiz, como é o caso do acórdão exarado no Recurso Especial nº 179539, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi em 04 de maio de 2021, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul considerou que o magistrado não pode, *ex officio*, determinar a conversão de uma demanda em outra, sem previsão legal que o autorize, sob pena de incorrer em hipótese de nulidade insanável, desconstituindo a decisão de conversão por ocasião do julgamento do agravo de instrumento nº 70084571389, pela 7ª Câmara Cível em 18 de novembro de 2020. No caso, os filhos da pessoa ingressaram com ação de tomada de decisão apoiada com o consentimento de seu pai, idoso de 80 anos, referindo que o mesmo apresentava diagnóstico bipolar obsessivo e recebia acompanhamento psicológico e tratamento psiquiátrico, com o uso de medicamentos, tendo, ao longo de sua vida, internado algumas vezes por conta do distúrbio psíquico e que a doença é incurável. Refeririam que jamais interfeririam na vida do pai, exceto no caso em que perceberam o interesse de pessoas em relação as boas condições do pai e os gastos extraordinários com algumas namoradas que, contudo, não tinham interesse em compartilhar o afeto com o pai, causando-lhe vulnerabilidade ainda maior. Entretanto, após a realização de audiência, restou determinado que o pai submetesse à perícia psiquiátrica e foi constatada a incapacidade plena para os atos da vida civil, notadamente os relativos ao tratamento de saúde e aos negócios patrimoniais. Os filhos do idoso anuíram com o laudo judicial e, pois, o pedido inicial poderia ser julgado procedente, porém foram tomados de surpresa com a determinação de readequação do pedido e conversão da ação para “interdição judicial”, sendo o idoso colocado em curatela provisória. Contra a decisão insurgiram-se sob o fundamento de que a decisão viola o pedido original formulado e que não desejavam cercar a autonomia pessoal de seu pai, uma vez que a curatela poderia causar prejuízos ao tratamento dispensado ao mesmo. O Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso e desconstituiu a decisão recorrida.

Cabe ponderar que em razão de interesse relevante posto em causa cabe ao juiz a nomeação de curador provisório, mediante prévia oitiva do Ministério Público, diante da situação fática delineada, conforme expressa autorização prevista no artigo 87 do Estatuto da Pessoa Com Deficiência⁵. Por outro lado, no julgado, verifica-se que houve preponderância da forma em detrimento do direito material na medida em que, ao que parece, no momento da perícia médica, restou apurada inviabilidade de praticar os atos da vida civil e, pois, a tomada de decisão apoiada talvez não fosse o instrumento suficiente para aquele caso concreto. A elaboração de um laudo pericial, através de uma equipe com formação multidisciplinar, nos moldes estabelecidos no § 1º do artigo 753 do Código de Processo Civil, possivelmente contribuiria para definir os níveis restritivos da capacidade e, por consequência, identificar qual dos institutos atenderia as peculiaridades da situação particular descrita acima.

A interpretação do artigo 85 do EPD (TERRA; TEIXEIRA, 2020, p. 41) deve ser no sentido de promover a pessoa com deficiência de forma proporcional às suas necessidades e funcionalidade e, assim, levando em conta que a regra é a capacidade e a autonomia será possível desfazer o ato ou o negócio, seja patrimonial ou existencial, quando restar comprovado, na situação em concreto, o desvirtuamento do ato que, ao invés de tutelar os interesses da pessoa com deficiência, o coloca em posição de vulnerabilidade, uma vez que “ela o praticou porque não tinha a compreensão necessária de seus efeitos”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma inovadora na legislação brasileira, as pessoas com deficiência receberam atenção adequada, mediante o advento de normas e princípios que buscam preservar-lhes os direitos e a própria dignidade. Essa legislação, de cunho libertário-protetivo, foi um inegável avanço e tenta trazer a integração de tais pessoas, em respeito à diversidade que hoje se exige na sociedade. Se já havia antes a procedimento restrito da interdição, a nova curatela e a tomada de decisão apoiada vieram aprimorar e

5 Art. 87. Em casos de relevância e urgência e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, será lícito ao juiz, ouvido o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, nomear, desde logo, curador provisório, o qual estará sujeito, no que couber, às disposições do Código de Processo Civil.

complementar de forma menos restritiva e com um viés de concessão de autonomia ao principal indivíduo por ela atingido e maior interessado.

A fixação do rol de legitimados, o novo procedimento e até mesmo as disposições das sentenças devem ser compreendidos nesse caráter de respeito à autonomia e inclusão social daqueles que, há não muito tempo atrás, eram marginalizados e escondidos por familiares e pela própria sociedade.

Muitas questões ainda pendem de respostas e a doutrina e a jurisprudência ainda estão em estágio de evolução para a concretude desses direitos. Por ora, cabe destacar que a lei forneceu importantes instrumentos para a proteção da pessoa com deficiência, na medida em que impôs um novo modelo de tratamento para questões que envolvem a capacidade relativa e a validade dos atos praticados dentro desse espectro.

Para as pessoas idosas e que em decorrência de enfermidade possivelmente terão sua situação agravada para uma deficiência que diminua a capacidade de tomada de decisão por si, a utilização da tomada de decisão apoiada pode ser um meio eficiente para proteção de seus interesses, com preservação da autonomia para as escolhas pessoais, a exemplo do tratamento médico que se faz necessário, bem como da eleição de indivíduo apto a auxiliar na organização e suporte na gestão da vida financeira.

Assim sendo, os indivíduos que elegessem seus apoiadores e indicassem os limites do encargo enquanto ainda possuem higidez mental poderiam externar suas escolhas, preservando assim a sua autonomia, de modo que o instituto também poderia se traduzir em medida antecipatória e acautelatória de pessoas que, em razão da idade, estão numa zona cinzenta na qual há risco concreto de que poderão vir a se tornar deficientes diante de enfermidade com potencial de agravar-se ao longo do tempo.

Busca-se, então, acolher e respeitar, dentro dos limites da proteção, a vontade de pessoas que antes não eram ouvidas, dando-lhes voz e visibilidade. Espera-se que o avanço seja realizado de forma rápida, eficaz, ultrapassando os conceitos e preconceitos que antes carregava consigo a anterior incapacidade absoluta.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena e ALMEIDA, Vitor. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à Luz da Constituição da República**. São Paulo: Ed. Fórum, 2018.

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: 07 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 186, de 2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Senado Federal, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/dlg/dlg-186-2008.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.145, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 07 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Tomada de decisão apoiada e curatela**: medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: <https://www.>

cnmp.mp.br/portal/publicacoes/245-cartilhas-e-manuais/9935-tomada-de-decisao-apoiada-e-curatela. Acesso em: 01 jul. 2022.

GONZAGA, Eugenia Augusta. **Direitos das Pessoas com Deficiência: garantia de igualdade na diversidade.** Rio de Janeiro: WVA, 2004.

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoa com Deficiência e o Direito ao Trabalho: reserva de cargos em empresas, emprego apoiado.** Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (org.). **Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência.** Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

LAGO JR, Antonio e BARBOSA, Amanda Souza. Primeiras Análises sobre o Sistema de (In)Capacidades, Interdição e Curatela pós Estatuto da Pessoa com Deficiência e Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 8, jul./set. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Joyceana Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 9, p. 31-57, jul-set/2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Volume I. Campinas: Bookseller, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (organizador). **Tratado de Direito das Famílias.** Belo Horizonte: IBDFAM. 2015.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **As pessoas com deficiência como sujeitos de direitos e deveres – Incapacidades e Suprimento – A visão do Jurista.** Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família contemporâneo**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

ROSENVALD, Nelson. A curatela como a terceira margem do rio. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v.16, p. 105-123, abr./jun. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. União homoafetiva como entidade familiar. Newsletter Jurisprudências. Brasília, 2011. Disponível em: <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=193683> Acesso em: 07 jul. 2022.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; TEIXEIRA, Ana Crolina Brochado; É possível mitigar capacidade e a autonomia da pessoa com deficiência para a prática de atos patrimoniais e existenciais?. *In*: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MENEZES, Joyceane Bezerra (Coords.). **Gênero, Vulnerabilidade e Autonomia: repercussões jurídicas**. Indaituba, São Paulo: Editora Foco, 2020.

INVENTÁRIO E PARTILHA EXTRAJUDICIAIS: ENTRE A LEI N.º 11.441/2007 E AS TENDÊNCIAS À DESJUDICIALIZAÇÃO

LARISSA OLIVEIRA PALAGI DE SOUZA¹

LUCIANA IGNÁCIO KRIEGER²

MARINA MAYER PEREIRA³

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o cenário jurídico passou a se alterar, de forma gradativa, em todas as suas esferas, uma vez que instituiu os direitos fundamentais como princípios que norteiam toda a legislação infraconstitucional. Com efeito, os princípios da dignidade da

- 1 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Pós-graduada em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Integrante dos grupos de pesquisa: “A Proteção do Consumidor como Direito Fundamental”, “Teoria do Direito: da academia à prática” e “Colisão De Direitos Fundamentais E O Direito Como Argumentação”. Advogada. Endereço eletrônico: larissaops@gmail.com.
- 2 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Pós-graduada em Direito Notarial e Registral pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Legale. 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. Endereço eletrônico: kriegerluciana@gmail.com.
- 3 Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Pós-graduada 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. Advogada. Endereço eletrônico: marinamayerrpereira@gmail.com.

pessoa humana, do acesso à justiça, da celeridade e da duração razoável do processo se tornam especialmente relevantes. O ordenamento jurídico pátrio passa, ademais, a direcionar maior atenção para a regulamentação e solução de litígios pela via extrajudicial, especialmente após a promulgação da Lei nº 11.441/2007 e do Código de Processo Civil de 2015, cenário no qual as serventias notariais e de registro ganham especial espaço e relevância para a concretização da garantia de acesso à justiça.

Desse modo, o presente trabalho tem como escopo verificar o movimento de desjudicialização das demandas familiares e sucessórias, notadamente, quanto à possibilidade de opção da via extrajudicial para realização de inventário e partilha. Atrelado à ideia de buscar meios adequados à solução de demandas, estuda-se a possibilidade do uso do inventário extrajudicial quando há testamento e herdeiro incapaz.

O tema apresenta extrema relevância no contexto atual, no qual o Poder Judiciário se mostra sobrecarregado, com processos que se prolongam por anos, acarretando incontestável desgaste emocional das partes, sobretudo quando se discute questões familiares e sucessórias, por toda a carga emocional envolvida nestes casos.

Nesse trilhar, a opção pelo inventário extrajudicial representa um atendimento aos princípios do acesso à justiça, cooperação, celeridade, e, ainda, uma solução ao excesso de demandas no Poder Judiciário. Assim, busca-se estudar outras possibilidades de utilização da via administrativa para a realização de inventário e partilha além do previsto na Lei nº 11.441/2007 e no Código de Processo Civil vigente, principalmente diante da existência do Projeto de Lei nº 217/2018 e do Projeto de Lei nº 3799/2019, que visam possibilitar a realização de inventário extrajudicial mesmo quando houver interesse de incapazes, bem como diante de decisões já observadas na jurisprudência que permitem a possibilidade da via notarial para a realização de inventário e partilha ainda que exista testamento ou interesse de incapazes.

O método adotado é o dedutivo, realizando-se pesquisas bibliográficas por meio de revisão da doutrina, da jurisprudência e da legislação, com o objetivo de expor o movimento de desjudicialização das demandas familiares e sucessórias; esclarecer as hipóteses de realização do inventário extrajudicial, por meio de escritura pública, bem como aquelas vedadas pela legislação, assim como explorar a importância e

confiabilidade da atividade das serventias registrais e notarias no cenário brasileiro, precipuamente, para que mais casos possam ser conduzidos pela via extrajudicial.

2 MOVIMENTO DE DESJUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS FAMILIARES E SUCESSÓRIAS

A garantia de acesso à justiça figura entre os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos. A Constituição Federal assegura, no artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). No mesmo sentido é o artigo 3º, *caput*, do Código de Processo Civil. Ademais, o dispositivo, no § 2º, determina a promoção, pelo Estado, da solução consensual dos conflitos sempre que possível (BRASIL, 2015).

A disposição constante no artigo 3º da codificação processual representa a necessidade de atualização da expressão “acesso à justiça”, bem como de sua aderência à realidade social e econômica atualmente vivida. A conjuntura do Judiciário contemporâneo reclama que a garantia de acesso à justiça passe por uma releitura, de maneira que a hodierna concepção de jurisdição deixa de ser centrada no Poder Judiciário e passa a buscar maior desempenho e promoção de solução justa dos conflitos, em tempo razoável, ainda que fora da via judicial (MANCUSO, 2020, p. 75-78).

Cappelletti e Garth (1988, p. 11-12), condutores de um dos mais relevantes estudos sobre o acesso à justiça, o descrevem como “o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não só proclamar direitos”. É nesse sentido que explanam que não basta a ampliação e atribuição de direitos sem haver mecanismos de reivindicação, pois o “acesso a outros direitos é precedido da efetivação do direito de acesso à justiça”. Chamam a atenção para alguns pontos a serem observados, como o enfoque processualista através do qual é visto o acesso à justiça; que os tribunais não são a única forma de solução de conflitos; e que deve ser encorajada e incentivada a utilização de meios alternativos, os quais podem trazer benefícios e causar impactos sociais.

Na qualidade de direito fundamental, o acesso à justiça se revela “essencial para a garantia e a efetividade dos demais direitos fundamen-

tais que compõem o mínimo existencial para a vida humana digna” (EL DEBS, 2021, p. 13). Um dos obstáculos apontados no estudo de Cappelletti e Garth ao acesso à justiça diz respeito à perfeita efetividade desse direito, de modo que identificaram obstáculos ao acesso efetivo à justiça, e apresentaram maneiras de atacá-los. Um dos obstáculos possui caráter processual, no sentido de haver “morosidade do processo, a sobrecarga no sistema judicial, o formalismo exacerbado, a falta de juízes e gestão, os quais dificultam a efetividade nas resoluções de conflitos” (ZAGANELLI, 2016, p. 187).

Sobre o tema, Boaventura de Souza Santos (2007, p. 4) assevera que diante das tensões e disjunções entre justiça procedimental e material, “o acesso à justiça é uma janela analítica privilegiada para se discutir a reinvenção das bases teóricas, práticas e políticas de um repensar radical do direito”. Dessa maneira, observa que a ideia central no contexto de inovações institucionais a fim de efetivar o acesso à justiça diz respeito à capacitação jurídica do cidadão, através da “valorização de experiências e estratégias que fomentem a aproximação entre a justiça e a cidadania” (SANTOS, 2007, p. 46).

Não é de causar estranheza que, à época da promulgação da Constituição Federal, em 1988, o constituinte tenha identificado o acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário, eis que essa era a realidade ao tempo da edição do texto constitucional. Não se pode, todavia, afirmar o mesmo dos dias atuais, nos quais, em mais de 30 anos de vigência, a sociedade vivencia um Poder Judiciário sobrecarregado, dando vida ao que é chamado de hiperjudicialização (HILL, 2020, p. 75).

Conforme relatório anual do Justiça em Números, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, o tempo médio de tramitação de um processo leva uma média de 2 anos e 3 meses, ao passo que, no segundo grau, esse tempo é reduzido para aproximadamente 10 meses. Além disso no ano de 2021, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 103,9 bilhões. A partir da edição de 2022 é possível observar a elevada taxa de congestionamento e longo tempo de tramitação das ações na Justiça Estadual, a qual é competente para as ações de família e sucessões. No ano de 2021, a taxa de congestionamento nas varas de competência especializada em família e sucessões atingiram 73% (BRASIL, 2022). Tais circunstâncias vão de encontro a garantias constitucionalmente previstas, como a da

duração razoável do processo e da garantia à celeridade de sua tramitação (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal).

Isso reflete que, no país, impera a cultura da judicialização excessiva, “sendo ainda muito tímido o costume de buscar-se a solução de casos concretos na esfera extrajudicial”, o que acaba por engessar o Poder Judiciário e, conseqüentemente, diminuir a eficiência e eficácia das demandas judiciais (EL DEBS, 2021, p. 86). Além disso, também atentando contra a efetividade do processo, a demora na prestação jurisdicional deixa de “garantir a entrega da solução judicial através da tutela adequada” (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 554).

À vista disso, passa-se a buscar soluções para além dos limites do Poder Judiciário, construindo-se, concretamente, a noção de “Justiça Multiportas”, como bem refere Flávia Hill (2021, p. 381). Para que a denominada Justiça Multiportas se torne uma realidade no Brasil, é imperioso que sejam construídas, de maneira concreta e laboriosa, novas portas, ao lado do Judiciário, para acesso ao sistema de justiça. O legislador pátrio se direciona para esse sentido, como demonstra a já mencionada redação dos parágrafos do artigo 3º do Código de Processo Civil. Ademais, a criação do Conselho Nacional de Justiça, através da Emenda Constitucional n.º 45/2004, resultou na efetivação da construção de acesso a outras portas no sistema de justiça pátrio, pois o órgão é autor de diversas iniciativas que fomentam a desjudicialização de demandas e conflitos no país (HILL, 2021, p. 382-383).

A desjudicialização surge como resposta à crise enfrentada, a nível mundial, pelas nações, para a resolução de controvérsias, eis que ao Poder Judiciário resta impossibilitado atender ao largo número de demandas de forma célere e eficaz. Tal cenário urge pelo surgimento de novos meios de solução de conflitos, com o objetivo de deslocar do Poder Judiciário algumas competências legais para outros setores (ZAVATARO, 2021, p. 80).

Diz respeito, portanto, ao fenômeno através do qual conflitos ou litígios, cuja solução normalmente demandaria intervenção judicial, passam a poder ser solucionados através de agentes que se encontram fora do Poder Judiciário. Flávia Hill entende que o *turning point* da desjudicialização pátria ocorreu com a promulgação da Lei n.º 11.441/2007, através da qual foi possibilitada a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais diretamente nos Tabelionatos de Notas, através de escritura

pública. A iniciativa teve alta receptividade pela sociedade, o que conferiu maior força ao movimento de desjudicialização (HILL 2021, p. 383-384).

A Lei n.º 11.441/2007 é um marco no ordenamento jurídico brasileiro, o qual inaugurou um novo modo de vislumbrar a resolução de demandas, reorganizando e reaproveitando o sistema posto anteriormente. A partir de então, cada vez mais o legislador atribui confiança à atividade notarial e registral para repassar a atribuição de certos atos, em consonância com os preceitos de efetividade e acesso à justiça, assim como a celeridade (SCHWIDERKE, 2021, p. 65 e 67).

Nesse cenário, a opção pela via extrajudicial para solução de demandas representa diminuição de gasto estatal com a tramitação do processo, diligências, remuneração de servidores, haja vista que o exercício da atividade notarial ocorre por conta e risco do particular, o que significa que o delegatário da atividade não recebe incentivo financeiro do Estado, pois ele próprio deve arcar com os custos de instalação e funcionamento dos serviços através das receitas advindas do pagamento dos usuários pelos serviços prestados (ARAÚJO, 2009).

A desjudicialização vem como uma revolução silenciosa, e tem seus procedimentos legitimados como instrumentos adequados em um Estado Democrático de Direito, uma vez que proporcionam o acesso a um devido processo legal e seus consectários: ampla defesa, contraditório e imparcialidade (HILL, 2020, p. 68-69).

As serventias extrajudiciais, com o advento da Lei n.º 11.441/2007, tornaram-se legítimas prestadoras de jurisdição, e a reestruturação dessa atividade ocorrida nas últimas décadas foi um forte influenciador para a evolução da desjudicialização no Brasil. Nesse trilhar, é deixada para trás a concepção de que a jurisdição é monopólio do Poder Judiciário. O foco passa a residir, desse modo, na atividade desempenhada e não mais em quem a presta (HILL, 2021, p. 386-387).

A missão do notário, nesse ínterim, é atuar na redução e composição de conflitos interpessoais, de modo a se caracterizar como um profissional de Direito capacitado, um agente público pacificador de conflitos privados, que atua de forma imparcial e independente, com “competência tanto para assessoria jurídica como para conferir autenticidade a atos, conferindo segurança jurídica nos documentos que produz, de

acordo com a lei, dotados de fé pública, com presunção de legalidade, executividade e eficácia” (ZAVATARO, 2021, p. 86-87).

Por conseguinte, o inventário e partilha são campos propícios para a consensualidade na solução de conflitos. Conforme previsão do artigo 610 do Código de Processo Civil, eles podem ser realizados por escritura pública, na via extrajudicial, quando se tratar de herdeiros maiores capazes, o que representa um acordo entre os herdeiros (ROSA; RODRIGUES, 2022, p. 407).

3 CONCEITO E HIPÓTESES LEGAIS DE CABIMENTO DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL

O inventário se trata de “uma exata relação, descrição e avaliação de todos os bens que o falecido possuía ao tempo de sua morte, para que cada herdeiro receba, com a partilha, o quinhão que lhe cabe” (LOUREIRO, 2016, p. 1.129). Em um sentido mais amplo, significa que o processo ou a série de atos praticados têm como objetivo apurar a situação econômica de uma pessoa ou de uma instituição, pelo relacionamento de todos os seus bens e direitos, ao lado de um rol de todas as suas obrigações ou encargos. A partilha tem a função de instrumentalizar a transferência da propriedade dos bens aos herdeiros (COSTA, 2019, p. 145).

Através do inventário, portanto, é promovido o levantamento e a arrecadação dos bens e direitos do autor da herança. Ao tomar conhecimento da situação econômica por ele deixada, a qual engloba encargos e obrigações, chega-se ao resultado, que constituirá o objeto da partilha (CARNEIRO FILHO, 2015, p. 2).

De acordo com Lôbo (2022, p. 308), “a busca crescente na população brasileira pela modalidade simplificada de inventário e partilha demandou resposta ao legislador”. Com o alastramento da ideia de que o acesso à justiça não se reduz ao acesso ao Judiciário, impõe-se a solução fora dos juízos quando as partes estão de acordo em “assuntos não contenciosos ou meramente administrativos, como se dá com o inventário consensual”, de maneira a deixar a solução para o Judiciário apenas quando há questões controvertidas, quando não há consenso entre as partes ou quando há interesse de incapazes, em razão de sua flagrante vulnerabilidade.

A Lei n.º 11.441/2007 foi a normativa que possibilitou a aplicabilidade do inventário extrajudicial no ordenamento jurídico brasileiro. À época, a referida lei alterou o Código de Processo Civil de 1973, para viabilizar a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa (BRASIL, 2007). A referida legislação buscou proporcionar novos métodos e mecanismos de solução de litígio, com o objetivo de se efetivar soluções mais justas, adequadas e céleres, em que se valorize a vontade das partes ou interessados, reduzindo os conflitos judiciais (SARDINHA, 2021, p. 83)

No Código de Processo Civil vigente, o procedimento de inventário e partilha está disciplinado nos artigos 610 a 673. Nessa seara, conceitua-se inventário extrajudicial como o procedimento, realizado em Tabelionato de Notas, a fim de estabelecer de que forma se dará a partilha dos bens deixados pelo *de cujus*, instrumentalizado por escritura pública, que constitui documento adequado para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituição financeira. Por outro lado, quando houver interesse de incapaz ou testamento a ser cumprido, o inventário deve ser realizado pela via judicial (ROSA; RODRIGUES, 2022, p. 391-392).

O artigo 610 do Código de Processo Civil prevê os requisitos para a realização de inventário extrajudicial: herdeiros maiores e capazes; consenso entre os herdeiros quanto à partilha dos bens; inexistência de testamento, exceto se caduco ou revogado; e a escritura deve contar com a participação de advogado. É visível que essa previsão facilitou a vida dos cidadãos e desburocratizou o procedimento de inventário ao permitir a realização desse ato em cartório de forma célere, simples e segura (BRASIL, 2015, n.p).

O artigo 215 do Código Civil, por sua vez, prevê os requisitos mínimos para realização de qualquer escritura pública. Salvo se previstos em lei outros requisitos, a escritura pública deverá conter: data e local de sua realização; reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas; nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação; manifestação clara da vontade das partes e dos

intervenientes; referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato; declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram; assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.

Dentro dessa perspectiva, visualiza-se a necessidade da identificação de todos os participantes para garantir a segurança do ato, devendo estar taxativamente presente o cumprimento de obrigações legais e fiscais. A apuração da capacidade jurídica dos interessados não deve ser feita no momento da abertura da sucessão, mas na data da realização da escritura do inventário e partilha (SARDINHA, 2021, p. 90-98).

A partilha e o inventário por escritura pública só terão validade caso exista concordância de todos os herdeiros, bem como não haja testamento deixado pelo falecido como instrumento de última vontade. Isso porque o testamento se caracteriza por ser um negócio jurídico em que expressada a última vontade da pessoa que formalmente dispõe de seus bens. Contudo, o testamento não possui, especificamente, conteúdo de ordem patrimonial, pois é possível que dispor sobre questões de outra natureza. Assim, quando o documento tiver disposições distintas ao patrimônio, como as existenciais, não haverá impedimento para a realização do inventário e a partilha por escritura pública (SARDINHA, 2021, p. 99).

Nesse viés, o tabelião é de grande importância, uma vez que, ao lavrar a escritura da partilha extrajudicial, não é mero executor da vontade dos herdeiros e advogados. Ele tem fé pública, recebeu delegação estatal e deve cumprir o múnus público. Portanto, pode o tabelião se recusar a lavrar a escritura, caso verifique que o negócio celebrado entre herdeiros está eivado de algum vício de vontade (ROSA; RODRIGUES, 2022, p. 436). Esse fato está pautado no artigo 32 da Resolução n.º 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça, mas o tabelião deverá fazer a recusa de forma escrita e fundamentada (SARDINHA, 2021, p. 103).

Atrelado a isso, importa mencionar que o inventário e partilha extrajudiciais passam a produzir seus efeitos de forma imediata no momento da lavratura da escritura pública, que prescinde homologação judicial. Ademais, “o traslado extraído da escritura pública é o instrumento hábil para averbação do registro dos imóveis, se houver, e para certificação da aquisição da titularidade dos bens, na forma como se deu a par-

tilha”; para levantamento de importâncias em instituições bancárias ou financeiras; e para a prática de quaisquer atos necessários dali decorrentes perante outros órgãos, tais como: Registro Civil das Pessoas Jurídicas, Detran, Junta Comercial, entre outros (LÔBO, 2022, p. 310).

Outro ponto sobre o assunto é que, diferentemente do que ocorre com o inventário judicial, que tem a competência territorial definida pelo domicílio do autor da herança, a escolha do tabelião para lavrar a escritura pública de inventário extrajudicial é livre, pois não há regramento, conforme o disposto no artigo 1º da Resolução n.º 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2007, n.p).

Por outro lado, assim como no inventário judicial, é garantido à parte requerer a gratuidade judiciária, prevista no artigo 5º, inciso, LXXIV, da Constituição da República, mesmo na esfera notarial. A gratuidade para realização da escritura está elencada no artigo 7º da Resolução n.º 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça. Para tanto, basta o interessado declarar a impossibilidade de arcar com os emolumentos, mesmo quando estiver assistido por advogado contratado (ROSA; RODRIGUES, 2022, p. 436-437). Todavia, o tabelião poderá se negar a conceder a gratuidade, desde que por escrito e fundamentadamente, quando entender que existem indícios de fraude (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 559).

Ainda, em via administrativa, será possível realizar o inventário negativo, o qual diz respeito àquele em que inexistem bens de partilha. Esse tipo de inventário visa a declarar que não existiam bens a serem transmitidos aos herdeiros, com objetivo de fazer prova perante credores de que não existem obrigações a arcar com encargos e dívidas deixadas pelo falecido (SEIDLER, 2021, p. 323).

Por fim, é necessária a presença de advogado para realizar o inventário extrajudicial, uma vez que a Lei n.º 11.965/2009 deu nova redação aos artigos 982 e 1.124-A do antigo Código de Processo Civil, e foi regulamentada pelo artigo 8º da Resolução n.º 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça. Logo, a presença do advogado se faz relevante por ser um profissional mais indicado para se certificar que, tanto os interesses dos herdeiros, quanto a legislação, estão sendo observados, para evitar nulidades futuras em todo processo (SEIDLER, 2021, p. 318). Deve-se enfatizar que a parte que não dispuser de condição econômica para

contratar um advogado, deverá ser representado pela Defensoria Pública (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 558).

Apesar de a lei prever, especificamente, as hipóteses de cabimento de inventário extrajudicial, o contexto social e movimento a favor da desjudicialização, eficiência e celeridade nos conflitos de família vem requerendo mudanças na aplicabilidade desse instituto. Nesse cenário, passa a ser questionada a possibilidade da realização do inventário extrajudicial quando houver interesse de incapaz em questão e quando houver testamento.

4 POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL: EXISTÊNCIA DE TESTAMENTO E HERDEIRO INCAPAZ

Conforme já abordado, o artigo 610 do Código de Processo Civil dispõe que o inventário será realizado pela via judicial quando houver testamento ou interessado incapaz. Por sua vez, o § 1º do referido artigo estabelece que, sendo capazes e concordes, os herdeiros poderão realizar o inventário e partilha por escritura pública, de forma extrajudicial (BRASIL, 2015, n.p). Em que pese a previsão legislativa, tanto a doutrina quanto a jurisprudência manifestam entendimento diverso.

Diante da tendência da desjudicialização das demandas e de que o acesso à justiça pode ocorrer por meios alternativos, Flávio Tartuce (2019, n.p) refere, quanto ao inventário, que sua posição “sempre foi no sentido de que os diplomas legais que exigem a inexistência de testamento para que a via administrativa do inventário seja possível devem ser mitigados”, ressaltando a necessidade do prévio processamento da abertura do testamento na via judicial. Da mesma forma, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2019, p. 558) entendem que apenas a homologação do testamento deve ser judicial, de modo que, se o testamento já foi homologado, “não se vislumbra qualquer óbice a impedir a partilha amigável, entre capazes, pela via cartorária”.

Nesse mesmo sentido, foram publicados alguns enunciados, que podem ser considerados um guia interpretativo, esposando o entendimento de que é possível a realização do inventário extrajudicial mesmo havendo testamento. São estes os enunciados: Enunciado 600 da VII Jor-

nada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal⁴; o Enunciado 77 da I Jornada sobre Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho de Justiça Federal⁵; Enunciado 51 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho de Justiça Federal⁶; Enunciado 16 do Instituto Brasileiro de Direito de Família⁷.

Além disso, a realização do inventário extrajudicial na hipótese de herdeiros capazes e concordes, ainda que presente disposição de última vontade pelo testamento, já era possível em alguns Estados, em razão de atos normativos das Corregedorias dos Tribunais, como do TJSP (Provimento n.º 37 da Corregedoria-Geral), do TJRJ (Provimento n.º 21/2017), do TJPB (Código Geral de Normas Judicial e Extrajudicial) e do TJPR (Ofício-circular 155/2018).

Nesse cenário, em 2019, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial n.º 1.808.767/RJ, entendeu que, de uma leitura sistemática do *caput* e do § 1º do artigo 610 do Código de Processo Civil, cumulado com os artigos 2.015 e 2.016 do Código Civil, extrai-se que é possível o inventário extrajudicial quando os interessados forem capazes e concordes, e estiverem assistidos por advogado, mesmo que haja testamento, desde que tenha sido previamente registrado judicialmente ou haja a expressa autorização do juízo competente.

Em seu voto, o Relator, Ministro Luís Felipe Salamão, referiu que “em se tratando de direitos disponíveis, não há razão de ordem pública para proibir o inventário extrajudicial quando o testamento já tiver sido

4 Após registrado judicialmente o testamento e sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial;

5 Havendo registro ou expressa autorização do juízo sucessório competente, nos autos do procedimento de abertura e cumprimento de testamento, sendo todos os interessados capazes e concordes, o inventário e partilha poderão ser feitos por escritura pública, mediante acordo dos interessados, como forma de pôr fim ao procedimento judicial.

6 Havendo registro judicial ou autorização expressa do juízo sucessório competente, nos autos do procedimento de abertura, registro e cumprimento de testamento, sendo todos os interessados capazes e concordes, poderão ser feitos o inventário e a partilha por escritura pública.

7 Mesmo quando houver testamento, sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial.

homologado judicialmente”. Considerou o Relator que o notário, ao lavrar o testamento – quando público – já o faz observando todas as suas formalidades e regras sucessórias, bem como observando a capacidade e a vontade manifestada pelo testador (BRASIL, 2019, n.p).

Nessa linha, em 2022, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.951.456/RS, pacificando entendimento já esposado pela Quarta Turma, decidiu por dar provimento ao pedido de homologação judicial de partilha realizada pela via extrajudicial, por partes capazes e concordes, a despeito da existência de testamento deixado pelo *de cuius*. No referido julgado, foi analisado que há uma antinomia entre o *caput* do artigo 610 e o § 1º, uma vez que possibilitam interpretações diferentes, pois o *caput* refere que, havendo testamento e herdeiro incapaz, o inventário deverá ser realizado pela via extrajudicial, e o § 1º dispõe que, se todos foram capazes concordes, poderá ser conduzido administrativamente. Desse modo, a interpretação literal do *caput*, tornaria sem efeito a previsão do § 1º.

Em seu voto, a Relatora, Ministra Nancy Andrichi entendeu que “diante da exposição de motivos da Lei nº 11.441/2007, do movimento legislativo pela desjudicialização de conflitos e da previsão dos arts. 2.015 e 2.016 do Código Civil”, é possível o inventário extrajudicial mesmo com a existência de testamento (BRASIL, 2022). É sobremodo relevante destacar que esse caso julgado pela Terceira Turma tratava de um pedido de homologação judicial do inventário realizado pela via administrativa.

Diante da interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do artigo 610 do Código de Processo Civil e do posicionamento majoritário da doutrina no mesmo sentido, verifica-se que é permitida a realização do inventário extrajudicial, ainda que exista disposição de última vontade, desde que seja realizada a abertura e confirmação judicial do testamento, nos termos dos artigos 735 e seguintes do Código de Processo Civil, ou posterior homologação judicial do procedimento administrativo realizado.

No que se refere à proibição da realização do inventário extrajudicial nos casos em que haja interesse de absolutamente incapaz e relativamente incapaz, faz-se necessário esclarecer que, consoante o disposto no artigo 3º do Código Civil, são absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos de idade, de modo que são relativamente incapazes,

conforme o artigo 4º, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; e os pródigos (BRASIL, 2002, n.p).

Ao ingressar nesse ponto, deve-se elucidar que, embora a lei processual refira “incapaz”, a existência de interesse de pessoa com deficiência não conduz, automaticamente, o procedimento do inventário para a via judicial, pois é imprescindível interpretar a regra do Código de Processo Civil em conjunto com a Lei n.º 13.146/2015 (Estatuto da pessoa com Deficiência). Esta legislação demonstra que a questão da capacidade da pessoa com deficiência deve ser analisada caso a caso, devendo ser preservada, sempre que possível, a sua autonomia. Da mesma forma, “a recusa à celebração da escritura pública em virtude da presença de herdeiro com deficiência deve ser devidamente motivada numa verificação de incapacidade, mas não numa negativa genérica” (ROSA; RODRIGUES, 2022, p. 444).

A despeito disso, tramita o Projeto de Lei do Senado n.º 217/2018, criado pelo Senador Paulo Rocha, sob relatoria da Senadora Simone Tebet, que visa a permitir realização de inventário extrajudicial mesmo quando houver interesse de incapazes e relativamente incapazes. A matéria está em análise pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, e a última movimentação ocorreu em 30 de abril de 2019.

O destacado projeto pretende alterar o artigo 610 do Código de Processo Civil, acrescentando os §§ 3º e 4º, com a seguinte redação, respectivamente: “havendo interessado incapaz, o Ministério Público deverá se manifestar no procedimento, para fiscalizar a conformidade com a ordem jurídica do inventário e da partilha feitos por escritura pública”; e, “na hipótese do § 3º, caso o tabelião se recuse a lavrar a escritura nos termos propostos pelas partes, ou caso o Ministério Público ou terceiro a impugnem, o procedimento deverá ser submetido à apreciação do juiz”. A justificativa da criação do Projeto de Lei se pauta na desjudicialização de atos consensuais (BRASIL, 2018, n.p).

Ademais, em 2019, foi criado o Projeto de Lei n.º 3799, pela Senadora Soraya Thronicke, que visa a alterar os dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil que tratam sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária e o inventário e a partilha. No ponto que importa abordar nesta pesquisa, o referido Projeto pre-

tende alterar o disposto no artigo 610 do Código de Processo Civil, para constar a seguinte redação no *caput* e no §1º: “inexistindo acordo entre os herdeiros e os legatários, proceder-se-á ao inventário judicial” e “se todos os herdeiros e os legatários forem concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, [...]”. Ademais, busca acrescentar os §§ 3º e 4º, dispondo que “se houver herdeiro incapaz ou testamento, a eficácia da escritura pública dependerá de anuência do Ministério Público” e “com a discordância do Ministério Público, o tabelião de notas não lavrará a escritura e o inventário será judicial” (BRASIL, 2019, n.p).

Como se verifica, os dois projetos em tramitação no Senado preveem que, mesmo na via extrajudicial, será obrigatória a intervenção do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica e dos interesses dos vulneráveis, observando o disposto no artigo 127 da Constituição Federal. Vale citar, inclusive, o Provimento n.º 63/2017, alterado pelo Provimento n.º 83/2019, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a possibilidade do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva. Os mencionados atos normativos preveem que o procedimento poderá ser conduzido pela via administrativa nas hipóteses em que o filho a ser reconhecido tenha, no mínimo, 12 anos de idade. Ou seja, mesmo sendo absolutamente incapaz, não há impedimento para a realização do reconhecimento fora do Judiciário, sendo obrigatória a intervenção do Ministério Público, conforme estabelece o Provimento. Sem o parecer favorável, o Oficial do Registro Civil não poderá realizar o registro.

Ademais, em que pese aparentemente impossibilitada a realização do inventário extrajudicial quando houver interesse de incapazes, em razão do disposto no artigo 610 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015, n.p), em 2021, o magistrado da 3ª Vara Cível da Comarca de Leme/SP, em decisão inovadora, concedeu alvará para a condução do inventário de forma extrajudicial, mesmo com a existência de filhos incapazes. No caso, o representante das crianças teve autorização para assinar a escritura pública de inventário e partilha junto ao Tabelião de Notas da Cachoeira de Emas, no Município de Pirassununga/SP (CAVALCANTI, 2022, n.p).

Poucos meses depois, a 2ª Vara de Família e das Sucessões da Comarca de Taubaté/SP também autorizou o processamento de um inventário pela via administrativa (JUIZ, 2021, n.p). No caso julgado, o autor era o pai de dois filhos menores de idade, e buscava a realização do

inventário dos bens deixados pela esposa. Consoante fundamentação da decisão, a via extrajudicial se justificava, pois a partilha fora realizada de forma ideal e sem nenhuma alteração dos quinhões, em observância ao disposto no artigo 1.829 do Código Civil (BRASIL, 2002, n.p), permanecendo garantidos os direitos dos infantes.

Conforme entendem José Luiz Germano, José Renato Nalini e Thomas Nosch Gonçalves (2021, n.p), “se a transmissão da herança se dá imediata e automaticamente com o óbito da pessoa, pelo chamado direito de *saisine* (CC art. 1.784), não há porque recorrer ao Judiciário, quando a partilha se fizer de forma ideal ou igualitária, havendo ou não menores interessados”. Os autores destacam que não há prejuízo aos vulneráveis na partilha, e que decisões como aquela proferida na Comarca de Leme/SP devem servir de inspiração para advogados, tabeliães, promotores de justiça e magistrados.

A opção de realização do inventário através da via extrajudicial traz celeridade aos procedimentos consensuais que, como se sabe, podem levar anos para serem concluídos de forma definitiva na via judicial, ao passo que têm a possibilidade de ser resolvidos em dias ou, no máximo, algumas semanas em cartório. A agilidade e presteza do serviço realizado em uma serventia se mostra extremamente pertinente, especialmente em casos que envolvem o direito de família e das sucessões, em razão da complexidade emocional geralmente envolvida nesse tipo de demanda.

Os registradores civis e os notários possuem grande responsabilidade quanto à extrajudicialização de demandas, e representam figuras importantes na solução das questões familiares e sucessórias, gerando uma cooperação, além de todo os membros do Judiciário, auxiliares da justiça e procuradores das partes, desses agentes privados que se encontram em colaboração com o Poder Público.

Outrossim, a intervenção do Ministério Público, no exercício de sua função de fiscal do ordenamento jurídico, para exarar parecer quanto à preservação dos interesses dos vulneráveis, representa mais um mecanismo de segurança jurídica para o procedimento quando realizado através da via administrativa. Vale reprimir, ainda, que as partes obrigatoriamente devem estar representadas por seus advogados, conforme o disposto na Resolução n.º 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça, o que também garante maior segurança ao procedimento.

Em tom derradeiro, é de ressaltar a fundamental função que os registradores detêm no direito de família e das sucessões, posto que representam, nos dias atuais, uma alternativa de acesso à justiça, circunstância que resulta não apenas assegurar a paz social e na celeridade, mas também no auxílio da mitigação do volume de processos que, não sendo os serviços delegados, acabam no Poder Judiciário.

5 CONCLUSÃO

Na conjuntura do judiciário contemporâneo, com os entraves da morosidade do processo e a sobrecarga do sistema judicial, causada pelo crescimento no número de demandas e falta de aparato pessoal e material, a resolução dos conflitos está sobremodo prejudicada. Dessa forma, o acesso à justiça reclama uma releitura, de modo que a jurisdição deixe de ser centrada nos processos judiciais e no Poder Judiciário, buscando-se, por meios alternativos, um desempenho e promoção de solução justa dos conflitos, de forma mais célere e efetiva.

Diante desse cenário, a Lei n.º 11.441/2007 foi um marco no ordenamento jurídico brasileiro, pois possibilitou a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais diretamente nos Tabelionatos de Notas, através de escritura pública, conferindo maior confiabilidade à atividade notarial e registral para delegar determinados atos, em consonância com os preceitos de efetividade, acesso à justiça e celeridade. Esse movimento de desjudicialização veio a ser concretizado com o Código de Processo Civil de 2015 que trouxe vários dispositivos que promovem a solução consensual dos conflitos.

Ainda assim, o artigo 610 da referida legislação processual dispôs que, havendo testamento e herdeiro incapaz, o inventário deve ser realizado pela via judicial. Todavia, forte na tendência jurisprudencial e legislativa de conduzir as demandas consensuais para solução extrajudicial, dispensando decisão judicial para tanto, a doutrina e a jurisprudência passaram a manifestar entendimento diverso da previsão legal.

Nesse cenário, promovendo uma interpretação sistemática do *caput* e § 1º do artigo 610 do Código de Processo Civil e dos artigos 2.015 e 2.016 do Código Civil, as Terceira e Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de que é possível o inventário extra-

judicial quando os interessados forem capazes e concordes, assistidos por advogado ou defensor público, mesmo que haja testamento – desde que tenha sido previamente aberto ou confirmado judicialmente ou haja homologação judicial posterior ao procedimento administrativo levado a efeito.

Quanto à realização do inventário pela via administrativa nos casos em que haja interesse de absolutamente ou relativamente incapaz, já existem decisões judiciais inovadoras, como as proferidas na Comarca de Leme/SP e Comarca de Taubaté/SP, que entenderam ser possível a condução desse procedimento pela via extrajudicial, pois ausente qualquer prejuízo para os vulneráveis. Portanto, extrai-se que, havendo autorização judicial prévia ou homologação posterior, com a manifestação favorável do Ministério Público – seja no âmbito do Tabelionato de Notas, seja no âmbito do Judiciário – é possível a realização do inventário por escritura pública, mesmo havendo interesse de incapazes.

Além disso, como visto, estão em tramitação no Senado o Projeto de Lei n.º 217/2018 e o Projeto de Lei n.º 3799/2019, que visam a alterar o disposto no artigo 610 da legislação processual, para permitir a realização do inventário extrajudicial nesses casos. Os referidos projetos estabelecem como requisitos que, além de as partes estarem representadas por seus advogados, os herdeiros estejam em consenso quanto a todos os aspectos da partilha e que o procedimento conte com a intervenção – e concordância – obrigatória do Ministério Público.

Sendo assim, com fundamento na confiabilidade dos serviços registrais, os quais se encontram presentes na maioria dos municípios do país e estão adaptados e inseridos nas realidades locais, necessário que seja cada vez mais possibilitada a condução dos procedimentos pela via extrajudicial quando houver consenso entre as partes, para que mais famílias tenham acesso a procedimento facilitado e com maior celeridade, bem como contendo a mesma garantia de segurança jurídica e de atenção aos direitos fundamentais dos envolvidos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Maria Darlene Braga. **Sistema Registral e Notarial**. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

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: 21 ago. 2022.

BRASIL. Lei n.º 11.441, de 4 de janeiro 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Lei n.º 11.965, de 3 de julho de 2009. Dá nova redação aos arts. 982 e 1.124-A da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L11965.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2016. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 217/2018. Altera o art. 610 da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, para permitir a realização de inventário extrajudicial quando houver possíveis implicações no interesse de incapazes. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133124>. Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. Projeto de Lei n.º 3799/2019. Altera o Livro V da Parte Especial da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498>. Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Recurso Especial n. 1.808.767/RJ. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 15.10.2019. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=I->

TA&sequencial=1876717&num_registro=201901146094&data=20191203&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 19 set 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **Recurso Especial n. 1.951.456/RS**. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Julgado em 23.08.2022. Disponível em https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202102372993&dt_publicacao=25/08/2022. Acesso em: 19 set 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARNEIRO FILHO, Humberto João. **Reflexões Sobre o Inventário e Partilha Extrajudiciais no Código de Processo Civil de 2015: O Resultado de Um Percurso Histórico-Dogmático**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol.5/2015. p. 119-113. Editora Revista dos Tribunais. Out/2015.

CAVALCANTI, Izaura Fabíola Lins de Barros Lôbo. É possível proceder ao inventário extrajudicial com herdeiro incapaz? **IBDFAM**, 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1779/%C3%89+poss%C3%ADvel+proceder+ao+invent%C3%A1rio+extrajudicial+com+herdeiro+incapaz%3F>. Acesso em: 20 set. 2022.

COSTA, Valestan Milhomem da. **Pragmatismos do inventário e partilha extrajudiciais**. Revista de Direito Privado. vol. 100/2019. p. 143 - 176. Jul/Ago, 2019;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Justiça em Números, 2022**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 20 set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Resolução Nº 35 de 24/04/2007**. Disciplina a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e extinção consensual de união estável por via administrativa. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/179>. Acesso em: 20 set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 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. 2022.

EL DEBS, Martha (coord.). **Cartórios e acesso à justiça**: A contribuição das serventias extrajudiciais para a sociedade contemporânea, como alternativa ao Poder Judiciário. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: sucessões. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

GERMANO, José Luiz Germano; GONÇALVES, Thomas Nosch; NALINI, José Renato. Um passo adiante. **IBDFAM**, 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1731/Um+passo+adiante>. Acesso em: 21 set. 2022.

HILL, Flávia Pereira. **Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais**: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 379-408, jan./abr. 2021.

HILL, Flávia Pereira. **Lições do isolamento**: reflexões sobre Direito Processual em tempos de pandemia. Rio de Janeiro: edição do autor, 2020.

JUIZ autoriza inventário extrajudicial mesmo com filhos menores de idade. **CONJUR**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-08/juiz-autoriza-inventario-extrajudicial-mesmo-filhos-menores-idade#:~:text=Juiz%20autoriza%20invent%C3%A1rio%20extrajudicial%20mesmo%20com%20filhos%20menores%20de%20idade&text=Sem%20verificar%20a%20exist%C3%A2ncia%20de,de%20idade%20envolvidos%20no%20caso>. Acesso em 19 set. 2022.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos**: Teria e Prática. 7.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Volume 6: Sucessões. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. **Inventário e Partilha**: Teoria e Prática. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da Justiça**, 2007. Disponível em: http://sociological.dominiotemporario.com/doc/REVOLUCAO_DEMOCRATICA_JUSTICA.pdf. Acesso em: 19 set. 2022.

SARDINHA, Cristiano de Lima Vaz. **Cartórios e acesso à justiça**: a contribuição das serventias extrajudiciais para a sociedade contemporânea como alternativa ao poder judiciário. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

SCHWIDERKE, Bárbara Tailise. **Lei 11.441/2007- Marco Emblemático da Desjudicialização**: Análise crítica e os novos desafios sob a perspectiva do tabelionato de notas. In: FERRO JÚNIOR, Izaías Gomes; SCHWARZER, Márcia Rosália (Org.). *Tabelionato de Notas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

SEIDLER, Jucélia Fátima. **Inventários e partilhas extrajudiciais e as inovações da Lei 11.441/2007**. In: FERRO JÚNIOR, Izaías Gomes; SCHWARZER, Márcia Rosália (Org.). *Tabelionato de Notas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Inventário extrajudicial com testamento**. **IBDFAM**, 2019. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1368/Invent%C3%A1rio+extrajudicial+com+testamento>. Acesso em: 19 set. 2022.

ZAGANELLI, Juliana. A (in)justiça do poder judiciário: o obstáculo econômico do acesso à justiça e o direito social à saúde. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo/SP, v. 15, n. 6, p. 185 – 199, set/dez. 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2959>. Acesso em: 19 set. 2022.

ZAVATARO, Marcia Cristina. **A importância do notário no processo de desjudicialização dos serviços**. Análise crítica e os novos desafios sob a perspectiva do tabelionato de notas. In: FERRO JÚNIOR, Izaías Gomes; SCHWARZER, Márcia Rosália (Org.). *Tabelionato de Notas*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

ORGANIZADORES



HANDEL MARTINS DIAS

Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito pela UFRGS. Professor do Curso de Bacharelado em Direito e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da FMP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos e Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Diretor no Brasil do Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos e Vice-Presidente para a América do Sul da Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Advogado.



ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO

Doutor em Direito pela UFRGS. Professor Titular da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Professor e Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Coordenador do Grupo de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e Direito como Argumentação do PPGD/FMP. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.



ROGÉRIO GESTA LEAL

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Universidad Nacional de Buenos Aires. Professor Titular dos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público e da Universidade de Santa Cruz do Sul. Professor visitante da Universidad da Coruña. Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.



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)