

Coletânea do **VIII SEMINÁRIO** **INTERNACIONAL**

Tutelas à Efetivação de
Direitos Indisponíveis

Organizadores

HANDEL MARTINS DIAS
ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
ROGÉRIO GESTA LEAL

volume
2



DIALÉTICA
EDITORA

CONSELHO EDITORIAL



Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia
André Luís Vieira Elói
Antonino Manuel de Almeida Pereira
António Miguel Simões Caceiro
Bruno Camilloto Arantes
Bruno de Almeida Oliveira
Bruno Valverde Chahaira
Catarina Raposo Dias Carneiro
Christiane Costa Assis
Cíntia Borges Ferreira Leal
Claudia Lambach
Cristiane Wosniak
Eduardo Siqueira Costa Neto
Elias Rocha Gonçalves
Evandro Marcelo dos Santos
Everaldo dos Santos Mendes
Fabiani Gai Frantz
Fabiola Paes de Almeida Tarapanoff
Fernando Andacht
Flávia Siqueira Cambraia
Frederico Menezes Breyner
Frederico Perini Muniz
Giuliano Carlo Rainatto
Gláucia Davino
Helena Maria Ferreira
Hernando Urrutia
Izabel Rigo Portocarrero
Jamil Alexandre Ayach Anache
Jean George Farias do Nascimento
Jorge Douglas Price
Jorge Manuel Neves Carrega
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

Ligia Barroso Fabri
Livia Malacarne Pinheiro Rosalem
Luciana Molina Queiroz
Luiz Carlos de Souza Auricchio
Luiz Gustavo Vilela
Manuela Penafria
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
Mauro Alejandro Baptista y Vedia Sarubbo
Milena de Cássia Rocha
Mirian Tavares
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
Susana Costa
Sylvana Lima Teixeira
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto



Coletânea do
VIII SEMINÁRIO
INTERNACIONAL

Tutelas à Efetivação de
Direitos Indisponíveis

volume
2

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

Copyright © 2024 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2024 by Handel Martins Dias,
Anizio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal (Org.)



DIALÉTICA
EDITORA

f /editoradialetica

ig @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

Coordenadora Editorial

Kariny Martins

Produtora Editorial

Yasmim Amador

Controle de Qualidade

Maria Laura Rosa

Capa

Isabella Carvalho

Diagramação

Isabella Carvalho

Preparação de Texto

José Rômulo

Revisão

Responsabilidade do autor

Auxiliar de Bibliotecária

Laís Silva Cordeiro

Assistentes Editoriais

Ludmila Azevedo Pena
Thaynara Rezende

Estagiários

Giovana Teixeira Pereira
Maria Cristiny Ruiz



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C694v Coletânea do VIII Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis – Volume 2 / organização Handel Martins Dias, Anizio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal. – São Paulo : Editora Dialética, 2024.
656 p. = (v. II)

Bibliografia.
ISBN 978-65-270-2826-0

1. Direitos Indisponíveis. 2. Ciências jurídicas. 3. Legislação.
I. Organizadores. II. Título.

CDD-340

SUMÁRIO

EL VALOR DEL TIEMPO COMO GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA	11
<hr/>	
IRIDE ISABEL MARÍA GRILLO	
EL DERECHO DE RECURRIR CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	17
<hr/>	
FRANÇOIS JULIEN-LAFERRIÈRE	
A AUDIÊNCIA VIRTUAL E O PROCESSO ORAL À LUZ DO JUÍZO 100% DIGITAL	31
<hr/>	
AUGUSTO TANGER JARDIM LAURA OLIVEIRA DORFMANN	
GLOBALIZACIÓN Y CONVENCIONALIDAD: MÓVILES DE LA AGITACIÓN EVOLUTIVA DE LA JURIDICIDAD	47
<hr/>	
PABLO DARÍO VILLALBA BERNIÉ	
LOS CONTENIDOS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN MÉXICO: HACIA ESCENARIOS DE MAYOR JUSTICIA Y BIENESTAR	75
<hr/>	
ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO	
DEMOCRACIA Y DESINFORMACIÓN DEMOCRÁTICA. UNA MIRADA CRÍTICA CONTEMPORÁNEA DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	101
<hr/>	
JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE	
LA RELEVANCIA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS: DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS INDISPONIBLES	121
<hr/>	
RIMI ONODERA OTSUKA	

**LA EDUCACIÓN COMO UN DERECHO HUMANO,
REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 3º CONSTITUCIONAL** 149

KARINA YOLANDA DEL SAGRARIO GARCÍA CARREÓN
ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO

**O CONSTITUCIONALISMO DE OCASIÃO, O JOGO
DURO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO STF** 167

MATEUS VIEGAS SCHÖNHOFEN

**ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS NA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APÓS A REFORMA
NA LINDB EM 2018** 185

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL
MATEUS HENRIQUE SCHOENHERR

**BIENES SUPRAINDIVIDUALES Y ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 29
DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS, PROPUESTA REGLAMENTARIA** 213

ROSA MARÍA DÍAZ LÓPEZ

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA TUTELA DA ORDEM URBANÍSTICA 239

GUSTAVO LEDUR
VITÓRIA SOUZA PAGNUSSAT

**RECURSO ESPECIAL: RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL
E ACESSO À JUSTIÇA** 261

THOMÁS HENRIQUE WELTER LEDESMA
GABRIEL PESSOTTI SILVA
FELIPE ANANIAS DE OLIVEIRA

**A DESOBEDIÊNCIA CONTUMAZ DOS DIREITOS DOS
CONSUMIDORES: UM ESTUDO DE CASO DA ENEL
COMO GRANDE LITIGANTE NO TJCE** 281

LARA DE SOUSA DUARTE

**A EFETIVIDADE DA AÇÃO INIBITÓRIA COMO
MEIO DE TUTELA OBJETIVA DOS DIREITOS DO
CONSUMIDOR EM MOÇAMBIQUE** 297

ALMEIDA ZACARIAS MACHAVA

DIMENSÕES DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO 317

FÁBIO WEBER LUDWIG

A DURAÇÃO DO PROCESSO COMO FATOR DE INFLUÊNCIA SOBRE A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS 337

MATHEUS PRESTES TAVARES DUARTE

A RACIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CIVIL E A POSSIBILIDADE DE CONVENÇÕES PROCESSUAIS VERSANDO SOBRE A EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PARA PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA 357

FELIPE DUTRA DE FREITAS

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL, MANIPULAÇÃO ALGORÍTMICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DOS DESAFIOS CONSTITUCIONAIS CONTEMPORÂNEOS 383

JÚLIA FARIAS MERTINS

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE (DES)LEGITIMAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS 403

ARTHUR BONIFÁCIO GARCIA

WELLINGTON BOIGUES CORBALAN TEBAR

DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO À CONVENCIONALIZAÇÃO: A APLICABILIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA 425

CINARA FURIAN FRATTON

PATRÍCIA CUNHA

DERECHO HUMANO A LA FAMILIA: NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. DESAFIOS Y LOGROS OBTENIDOS EN EL SIGLO XXI 445

ELENA DE LOS ÁNGELES GARCÍA VELÁZQUEZ

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO

NECESSIDADE DE FORTALECIMENTO DOS INSTRUMENTOS PROTETIVOS AOS VULNERÁVEIS QUE GERAM RENDA 465

ALEXANDRA NEVES PINHEIRO

ANA PAULA BRUDNICKI BARBOSA

DESYRRÊ MORAES LEMES MOTA

DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO: AUTONOMIA DA VONTADE E O PODER FAMILIAR NO FILME "UMA PROVA DE AMOR" 489

ALEX BRUNO ASSIS LOPES

CRIANÇA INTERSEXO E O "CIS-TEMA" QUE IMPÕE PROCEDIMENTOS PARA DEFINIÇÃO DE SEXO 505

BÁRBARA APARECIDA NUNES SOUZA

SINAIS EXTERIORES DE RIQUEZA NAS REDES SOCIAIS COMO CAUSA PARA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE ALIMENTOS 527

LUCIANA IGNÁCIO KRIEGER
MARINA MAYER PEREIRA
VICTÓRIA BARBOZA SANHUDO

RESPONSABILIDADE DO PAI BIOLÓGICO FRENTE AO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE: APONTAMENTOS ACERCA DO TEMA 622 DO STF 549

ELISANDRA ALMEIDA HLAWENSKY

PROTEÇÃO DA LEGÍTIMA NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO: AUTONOMIA *VERSUS* SOLIDARIEDADE 565

MARIA EDUARDA MIKIEWICZ DESPLANCHES
HELENA DE AZEREDO ORSELLI

TRAJETÓRIA DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS IMPOSTO AOS SEPTUAGENÁRIOS NO DIREITO BRASILEIRO 581

DÁLETY AZEVEDO DE CASTRO ELEUTHÉRIO
ELIZANGELA CERQUEIRA DA SILVA
GABRIEL FLORIANA DE ANDRADE DUTRA DA ROCHA

TRATA DE MUJERES EN EL ESTADO DE OAXACA, MÉXICO: UN ANÁLISIS DEL SISTEMA DE USOS Y COSTUMBRES 603

PASTOR SANTA ANNA GUTIÉRREZ
ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO

**UMA NOVA ANÁLISE SOBRE DIREITOS
REPRODUTIVOS E PLANEJAMENTO FAMILIAR:
PERSPECTIVAS DA LEI 14.443/2022** **621**

GEÓRGIA MANFROI

**PREÇO DO CUIDADO E AS CONSEQUÊNCIAS DO
CAPITAL INVISÍVEL DA MATERNIDADE** **637**

MARINA MARQUES GONTIJO

EL VALOR DEL TIEMPO COMO GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

IRIDE ISABEL MARÍA GRILLO¹

Es necesario tomar conciencia que estamos ya transitando el Siglo XXI, que ha sido calificado como el siglo de los derechos humanos, el siglo de la justicia, el siglo de las igualdades y de la participación ciudadana, lo que significa prepararnos para un nuevo orden social y político más justo del que somos y seremos protagonistas.

En primer término bueno es recordar en este ámbito que el Estado social democrático constitucional y convencional de derecho, se construye a partir de entender que la ley es una herramienta racional idónea para establecer límites legítimos tanto a las relaciones de derecho público como a las relaciones de derecho privado, reglando las llamadas relaciones de poder, en sentido sociológico, como probabilidad de orientar las conductas en determinado sentido.

El imperio de la ley se complementa con el sentimiento de relativa certeza que se experimenta respecto a que en la hipótesis de una afectación actual o inminente a sus prerrogativas individuales o colectivas, están habilitadas ante el órgano judicial las vías para hacer cesar tal estado de cosas.

En esta instancia histórica en que la demanda de justicia en todos los ámbitos es un requerimiento impostergable, deben diseñarse modelos referenciales de socialización que sirvan en ciertos casos de ajuste y en otros de desajuste del sistema social y el poder judicial y sus operadores

1 Profesora de Teoría y Derechos Constitucionales y miembro de la Cátedra Libre de Derecho Constitucional Indígena “Dr. Ricardo Altabe” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Chaco. Miembro del Consejo de la Judicatura y Jurado de Sentencia, en representación del Tribunal Superior de Justicia. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional.

cumplen un rol fundamental como agentes de control social a través de los procedimientos y mecanismos mediante los cuales la sociedad o los grupos consiguen que la conducta de sus miembros, ya sean grupos o individuos se ajuste a lo que de ellos se espera.

Si así no aconteciera y no se siguieran los modelos referenciales, la interacción se tornaría cada vez más dificultosa, y las magistraturas públicas, se percibirían cada vez más lejanas y menos creíbles, debilitándose el necesario consenso social.

Frente a los nuevos paradigmas, debemos abrir nuestras mentes, avanzando sobre los esquemas constitucionales de rango supremo y normativo que deben necesariamente prevalecer sobre los esquemas civilistas, penales, procesales, etcétera, instituidos por la legislación ordinaria de fondo y de forma derivada de las autoridades constituidas, es el gran desafío de este nuevo siglo en el que se va haciendo camino, y lo importante es que ese camino a veces lento pero siempre continuo y progresivo, paciente y perseverante, no vuelve atrás.

En sabias palabras de Aldo Etchegoyen, Co-Presidente de la Asamblea Permanente de Derechos Humanos, la independencia y el acceso a la justicia están interrelacionados: cuando la justicia no es independiente, sino que está condicionada por factores de poder (políticos, ideológicos o económicos), se afecta inmediatamente el acceso a ella. La justicia se transforma entonces en una forma de ejercer el poder, no el de la ley y el derecho, sino el de las instancias, a veces ocultas, que la utilizan en beneficio propio. Por eso, ambos ejes deben trabajar en forma conjunta. Falsear la ley y el derecho en beneficio de quienes manejan el poder significa cerrar la puerta a quienes más necesitan de la justicia².

Una segunda cuestión que someto a reflexión está vinculadas a la evolución normativa y el pluralismo jurídico vigente en materia de derechos humanos que la justicia constitucional debe garantizar, recordando que nuestro país cuenta con una rica legislación aunque muchas veces percibamos que se trata de un catálogo y hasta de una hiperinflación de derechos que no se cumplen. La difusión y armonización de la normativa regulatoria de los derechos humanos, de rango constitucional y convencional supremo respecto del resto del orden jurídico es un proceso que

2 Etchegoyen, Aldo, Palabras de Apertura en Pueblos originarios y acceso a la justicia. Proyecto Independencia y Acceso a la Justicia en America Latina-Parte 2. Ed.

estamos transitando en los distintos ámbitos y debe visualizarse desde un enfoque interdisciplinario y supone la necesaria revisión de modos de pensar, de sentir, de decir y de hacer, sobre todo desde una perspectiva actitudinal en pos de su realización, la que en muchos aspectos resulta incipiente y hasta vulnerable, pese a los logros obtenidos. Se ha señalado, con razón, que a partir de la recuperación de la democracia en 1983 en la Argentina y gracias al trabajo constante de organizaciones sociales, comenzaron a darse los primeros pasos en la obtención de leyes, Nos dicen desde los distintos pueblos que recorremos y con quienes interactuamos desde el poder judicial y la cátedra libre: Muchas leyes y poca justicia.

Estoy convencida que los procesos constitucionales, tales como el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data previstos en el art. 43 de la Constitución Nacional son herramientas legítimas para garantizar la plena operatividad de los derechos constitucionales, de manera individual o colectiva, y constituyen expresiones idóneas de la ciudadanía para ejercer su poder soberano, cumpliendo un rol fundamental las entidades asociativas en su defensa, como instituciones legítimas de una democracia abierta y participativa.

En este tiempo de debilitamiento de la legitimidad de las instituciones, es necesario fortalecerlas restableciendo la confianza, y para que ese poder y esa autoridad se reconozcan como legítimos, deben sustentarse en dos presupuestos, la verdad y la justicia en los que se asientan: el consenso y la eficacia. El consenso supone la unidad coherente de una sociedad, lo que le da vida propia y la diferencia de otras, en el sentido de que más allá de las siempre necesarias diferencias, disensos y hasta conflictos, existen ciertos modos de sentir, de pensar, de hacer y de ser, que le dan su impronta y su identidad. La eficacia, supone el cumplimiento, la efectividad de las pautas de conductas que se pactan e imponen como queridas y se reconocen también como propias por sus instituciones para que esa sociedad funcione, en el sentido de que deben cumplirse, porque están para ser cumplidas.

La crisis de legitimidad que afecta las instituciones requiere de respuestas urgentes y convincentes que deben provenir del seno de cada una de ellas. La sensación de anomia (ausencia de normas) así como la percepción de un Estado demasiado lejos del que no formamos parte o que muchas veces nos agobia, se debe en gran medida al resquebraja-

miento del sentimiento de pertenencia y a la ineficacia en la prestación de servicios públicos esenciales, desajustes del sistema que deben necesariamente reformularse.

Este tiempo social de la justicia y de los derechos humanos, en el que debemos seguir sin cansancio capacitándonos y entrenándonos responsablemente en su concreción, nos costó y cuesta aún más en términos de su realización por la fragilidad que revisten y por los intereses que afectan, asistimos a un tiempo muchas veces de tensión y violación de derechos humanos en democracia y hasta de descreimiento y combate que debemos enfrentar yendo a contracorriente en nuestro rol de pacificación social.

Es necesario consolidar el Estado social democrático y avanzar sobre los conceptos colectivos, el orden natural y convencional, con una mirada intercultural desde la perspectiva de los derechos humanos y fundamentales, de su cosmovisión y transversalidad, fortaleciendo las relaciones comunitarias sin que signifique desconocer la singularidad libre, falible y perfectible de cada persona humana y dimensionando la importancia del rol de las organizaciones sociales, la cooperación y solidaridad. Se trata de la construcción de nuevas modalidades en el ejercicio de las relaciones de poderes y la reformulación del concepto sociológico de autoridad como relaciones sociales, circulares, horizontales y abiertas.

El tercer aspecto reflexivo se vincula con la mirada institucional para el abordaje de la temática: me detendré vinculado a lo anterior, en el rol de las instituciones para el fortalecimiento de la legitimidad, como parte de los elementos que interactúan en el escenario en que desarrollan los elementos naturales y convencionales de la cosmovisión aludida, las instituciones cumplen un rol fundamental, las que desde una perspectiva sociológica pueden ser concebidas a partir de tres miradas: a) como pautas de conductas que describen lo que se considera adecuado, oportuno, legítimo en el ámbito de las relaciones sociales, estas pautas normativas se traducen en reglas convenidas de conductas, a través de leyes, costumbres, usos y hábitos. b) como grupos u organizaciones que se conforman a partir del entramado de relaciones sociales, y que se integran con personas, como elementos, bienes, organización y rituales, roles, funciones. Y c) como órdenes o sistemas normativos: que se configuran a partir de la interacción de las pautas de conductas y grupos que se interrelacionan y están vinculados a los grandes temas que componen los proyectos de vida

individuales y colectivos de las sociedades, en suma los consensos que constituyen la unidad coherente de las coincidencias trascendentales. Tales son los conocimientos y la educación, lo constitucional y convencional, la política y gobierno, la salud, la seguridad, la economía, la justicia, etc.

Recuperar la confianza fortaleciendo la legitimidad de las instituciones poniendo la mirada en el estado de situación de los derechos en su realización concreta nos lleva a poner la mirada en los cuatro elementos aludidos: las personas que las conforman, la administración de los bienes, su organización, y los roles y funciones que cumplen.

Se trata de reconocer y de eliminar nuestras ignorancias, preconceptos y estreñimientos mentales y espirituales en materia de derechos fundamentales, avanzando sobre los conceptos constitucionales, sobre los conceptos colectivos, reformulando paradigmas, repensándolos y cuestionándolos, en suma, preparándonos autoridades y ciudadanía, en pos de un orden social y político más justo. Saber es poder y los conocimientos constituyen a no dudarlo una fuerza productiva inconmensurable en los actuales tiempos sociales para fortalecer el estado social democrático.

Es necesario establecer y garantizar mecanismos o procedimientos de prevención y ante la lesión de los derechos, sanciones que se cumplan asegurando el acceso a justicia haciendo docencia sobre igualdades, los derechos humanos elevando nuestras voces por quienes no tienen voz y nos increpan desde las voces del silencio a hacer lo que debemos hacer.

En un tiempo en que los altos cuerpos se desmoronan, los poderes jerárquicos se deslegitiman todos los días. Replantearnos, a la manera indígena, nuevas relaciones de poder legítimas, que debemos revisar, construir y aprender desde los ámbitos indígenas sobre todo. Sin desconocer la legitimidad como principio conciliador entre naturaleza y convenciones (cosmovisión) y en que lo comunitario y lo colectivo perfectamente se concilia con lo individual y lo singular. Desde estos espacios de poder replantearnos como estamos y hacia dónde vamos en términos de proyectos de vida individuales y colectivos.

El cuarto y último aporte, está referido al valor del tiempo en el Estado Constitucional y Convencional de Derecho debemos tener presente los ámbitos de realización de derechos en términos de cumplimiento normativo, es decir de tutela constitucional efectiva y de tutela judicial efectiva. Replantearnos cómo estamos en materia de eficacia de contro-

les, en democracia, a partir de un conjunto de garantías que aseguren el cumplimiento de las normas pactadas, de las libertades, deberes y responsabilidades como criterios de legitimidad del poder público.

Recordemos que la civilización griega asigna dos sentidos referirse al tiempo, el cronos y el kairós. Cronos alude al tiempo cronometrado de días, horas, minutos y segundos, es el tiempo biológico, calendario, finito. El Kairós es el tiempo trascendente, el lapso indeterminado en que algo importante sucede o puede suceder, es el tiempo que trasciende y deja huellas que sólo con el paso del tiempo cronológico puede valorarse y dimensionarse en su real magnitud.

A estas miradas del tiempo corresponde agregar el tiempo indígena, que es un tiempo abierto, circular y en espiral, porque tiene un inicio y luego se desenvuelve sin límites hacia el infinito y que sólo puede comprenderse y luego interpretarse con sentido de pertenencia cuando nos sentimos parte de él y de la cosmovisión de los pueblos indígenas.

La legitimidad como principio conciliatorio entre la naturaleza y las convenciones en términos de un desarrollo sustentable y justo nos exigen conductas coherentes y la necesaria revisión de modos de pensar, de sentir, de decir y de hacer y sobre todo actitudinales, individuales y colectivos.

EL DERECHO DE RECURRIR CONTRA LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

FRANÇOIS JULIEN-LAFERRIÈRE¹

En derecho francés, el juez administrativo es juez de la legalidad de la actividad de la Administración, tanto material como la jurídica. A este respecto, le corresponde controlar la legalidad de los actos administrativos. Si bien este es su papel, los administrados deben poder someter a la apreciación del juez administrativo todos los actos –escritos y orales– cuyo autor pertenece a la Administración, en cualquier grado que sea, y decide en nombre de ella.

Este derecho fue proclamado por el Consejo de Estado francés en un fallo de 1950, *Dame Lamotte*, como un “principio general del derecho” que existe “incluso en ausencia de un texto legal”. Concretamente, para que este derecho sea efectivo, los justiciables deben tener acceso totalmente abierto al juez. Es decir que, más allá de la mera afirmación del derecho de recurrir (1), se debería suprimir las exigencias de admisibilidad obstaculicen el ejercicio de este derecho (2) y el juez debería ejercer un control entero de los actos que se le someten (3). En la realidad, si bien el derecho de recurrir es un derecho fundamental, componente del Estado de Derecho, no es absoluto, como todos los derechos. El principio, pues, se enfrenta a excepciones.

1 EL PRINCIPIO DEL “DERECHO DE RECURRIR”

El fallo fundador, *Ministro de Agricultura c. Dame Lamotte* dice que aunque una ley dispone que un acto –en este caso un acto de adjudicación– “no puede ser objeto de ningún recurso administrativo ni ordinario”, “ello no obsta para que [se] pueda presentar un recurso por exceso de poder ante el Consejo de Estado [...], recurso que puede interponer el interesado incluso en ausencia de un texto legal, contra todo acto admi-

1 Profesor emérito de Derecho público de la Universidad París Saclay (Francia)

nistrativo, teniendo el recurso como finalidad garantizar, de conformidad con los principios generales del derecho, el respeto de la legalidad”².

En la línea de este fallo, casi medio siglo más tarde, el Consejo constitucional afirmó el “derecho de ejercer recursos”³ cuyo fundamento relacionó con el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que proclama que “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”⁴. Por esta sentencia, el Consejo constitucional –cuya misión es controlar la conformidad de las leyes a la Constitución– “manifestó su atención de mantener o instituir, para todos los interesados, la posibilidad de impugnar ante los tribunales –en particular, administrativos– las medidas de aplicación de las leyes sometidas a su control” (Chapus, 2001).

A su vez, el Consejo de Estado, tomando nota de esta jurisprudencia, afirmó a diferencia de lo que dijo en el fallo *Dame Lamotte*, que “la vulneración, por un acto administrativo, del derecho de ejercer un recurso jurisdiccional equivale a desconocer un principio de valor constitucional”⁵.

A nivel supranacional en el continente europeo, el derecho de recurrir ha sido afirmado sucesivamente por la Corte Europea de Derechos Humanos, en los fallos *Golder c/ Reino Unido* de 1975 y *Deweert c/ Bélgica* de 1980⁶, y por la Corte de Justicia de la Unión Europea en su fallo *Marguerite Johnston* de 1986⁷.

Entendido al pié de la letra, el derecho de recurrir, aplicado en su plenitud, debería permitir a *todos* los administrados impugnar ante el juez administrativo *cualquier* acto o decisión emanada de *cualquier* autoridad administrativa, de la más baja a la más alta, ya centralizada, desconcentrada o local (estatal, regional, departamental o municipal).

2 CE, 17 de febrero de 1950, in “Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado francés, Grands arrêts”, 2ª edición en español, 2019, p. 508.

3 En francés: “droit d’exercer des recours”.

4 C. Const, 21 de enero de 1994, n° 93-335 DC.

5 CE, 29 de Julio de 1998, *Syndicat des avocats de France*, n° 188715.

6 CEDH, 21 de febrero de 1975, Serie A, n° 18, y CEDH 27 de febrero de 1980, Serie 1, n° 35.

7 CJCE, 15 mai 1986, aff. n° 222/84.

Una concepción tan amplia del derecho de recurrir es inimaginable, pues conduciría a una congestión de los tribunales. El recurso por exceso de poder –o recurso de anulación– no es una *actio popularis*, es decir, según la definición de la Corte Internacional de Justicia, el “derecho de cualquier miembro de una comunidad a adoptar medidas jurídicas en defensa de un interés público”⁸ o, según la del Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, una “acción ejercitable por cualesquiera personas físicas y jurídicas, hayan sido o no ofendidas o perjudicadas por el presunto delito”⁹ o, para completar esta definición y adaptarla al caso del recurso por exceso de poder, “por la presunta ilegalidad”.

Es por eso que el Consejo de Estado progresivamente ha condicionado el ejercicio de los recursos jurisdiccionales a condiciones cuya finalidad es restringir la posibilidad de impugnar la legalidad de los actos administrativos para garantizar la seguridad jurídica y evitar los recursos abusivos.

2 LAS CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD, OBSTÁCULOS AL EJERCICIO DEL DERECHO DE RECURRIR

Las primeras condiciones así impuestas a los autores de recursos se refieren a la admisibilidad de las acciones.

Como su nombre lo indica, las condiciones de admisibilidad son condiciones que debe cumplir el demandante o el acto impugnado para que el juez examine el recurso. La admisibilidad siempre se evalúa antes que el fondo¹⁰. Si la demanda no es admisible, el juez no irá más allá en el examen del recurso. Por lo tanto, en cuanto más se multiplican las condiciones de admisibilidad, menos es efectivo el derecho de recurrir pues, en ausencia de un examen del fondo, el recurso no permitirá saber si el acto impugnado es o no es legal.

2.1. Ante todo, para presentar un recurso contra un acto dictado por una autoridad administrativa, ha de asegurarse que se trata de

8 CIJ, 18 de julio de 1966, Asunto de África del Suroeste (Etiopía c. Sudáfrica),

9 Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, vº “Acción Popular”

10 Por ejemplo, cuando se pregunta “¿Me puede decir qué hora es?”, está en juego la admisibilidad de la pregunta, pues ha de saber primero si la persona interrogada tiene reloj para contestar, y si no tiene, la pregunta es “inadmisible”, pues esta persona no podrá contestar sobre el fondo de la cuestión.

un “acto lesivo susceptible de recurso”¹¹. Eso significa que el acto en cuestión puede producir efectos jurídicos y será oponible a las personas a quienes es aplicable (si es reglamentario) o a su(s) destinatario(s) (si es individual). En otras palabras, para ser recurrible, el “acto administrativo” debe modificar el ordenamiento jurídico, fijar reglas nuevas, afectar a los derechos y/u obligaciones de los administrados, directamente (si es individual) o indirectamente, a través de sus medidas de aplicación (si es reglamentario). Esta condición relativa a la “oponibilidad” del acto tiene por consecuencia que los actos “graciosos” y los “meramente interpretativos”, que no modifican el estado del derecho y no producen el menor efecto, tales como las “circulares”, “memorándum”, “notas de servicio” o “medidas de orden interno” no son actos susceptibles de recurso. Contra ellos, pues, no hay “derecho de recurrir”, porque se supone que un recurso no tendría ninguna utilidad. Pero, en derecho francés, el Consejo de Estado ha trabajado para reducir el ámbito de las circulares o medidas de orden interno “meramente interpretativas”, a fin de evitar que las autoridades administrativas abusen de este medio para escapar al control de legalidad¹².

También se opone a la intervención del juez contencioso administrativo la noción de “acto de gobierno”, es decir un acto dictado por un administrador de alto nivel –generalmente ministro o Jefe del Estado–, no en sus funciones administrativas, sino políticas o diplomáticas, especialmente en el ámbito de las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo, o de las relaciones internacionales¹³. En estas materias también, le Consejo de Estado francés ha extendido su control paulatinamente, por ejemplo al inventar la noción de “acto separable” de las relaciones entre Estados. Tal es el caso de un decreto de extradición que se destaca de las relaciones entre el país que extradita y el país que pidió la extradición, pues afecta directamente la situación jurídica de la persona extraditada¹⁴.

2.2. En segundo lugar, la admisibilidad del recurso de anulación está supeditada a una *condición de plazo*. Un acto administrativo no puede ser impugnado indefinidamente. A fin de conciliar dos imperativos

11 En francés: “acte faisant grief susceptible de recours”.

12 CE, 12 de junio de 2020, *Gisti*, n° 418142.

13 CE, 28 de marzo de 2014, *M. de B.*, n° 373064.

14 CE, 28 de mayo de 1933, *Decerf*, n° 46707.

aparentemente contradictorios, el derecho de recurrir –corolario de los principios de legalidad y de garantía de los derechos de los administrados– y la seguridad jurídica –que implica que las situaciones jurídicas no pueden ser cuestionadas sin límite de tiempo–, se establecen condiciones de plazo: después de cierto tiempo, contado a partir de la publicación (en caso de un acto reglamentario) o de la notificación (en caso de un acto individual), el acto administrativo se beneficia de la “impunidad jurisdiccional”. Por consiguiente, si un acto, aunque manifiestamente ilegal, no se impugna en el plazo determinado por la ley, producirá todos sus efectos jurídicos, y prevalecerá la seguridad jurídica sobre la legalidad.

Puede ser difícil calcular el plazo de recurso y, por lo tanto, saber si un recurso es o no es tardío. En algunos sistemas jurídicos, el plazo comienza a correr el mismo día de la publicación o notificación del acto controvertido, mientras que en otros comienza sólo el día siguiente¹⁵. También puede plantearse el problema de saber si el plazo puede expirar un día domingo o feriado, o si se prorroga hasta el día siguiente. Otra cuestión es el del plazo calculado en meses (por ejemplo, el plazo común es de dos meses en Francia), si empieza el 30 de diciembre y expira, normalmente, el 30 de febrero. En este caso, expirará el último día de febrero (y así se reducirá de dos días) o el primer día de marzo.

La condición de plazo también plantea el problema de la forma de publicación o notificación de los actos administrativos. ¿Cuándo deben ser publicados y cuándo notificados? ¿Cuáles son las modalidades de publicidad utilizadas para permitir que todos los administrados interesados puedan tener conocimiento del acto y así ser capaces de impugnarlo? La adecuación de la modalidad de publicidad al público interesado es una condición esencial de ejercicio del derecho de recurrir. Para un acto de alcance nacional, normalmente se publica en un boletín oficial nacional; si es un acto de una autoridad local será en el boletín oficial correspondiente, etc. En cuanto a los actos individuales, la notificación consiste en la entrega del acto a su(s) destinatario(s) por correo o en mano. Si se trata de un envío postal, debe efectuarse a la última dirección que el interesado ha comunicado al autor del acto, sino la notificación es irregular, el plazo no corre y el acto controvertido se puede impugnar si límite de tiempo.

15 Este es el caso en derecho francés.

Finalmente, se plantea otra cuestión: ¿Cómo los administrados pueden conocer el plazo de recurso aplicable contra un acto determinado? Las reglas de plazos a menudo son tan complicadas que su aplicación concreta es difícil y no al alcance de un administrado no especializado en derecho administrativo. Para paliar esta dificultad, en derecho francés existe la regla según la cual el plazo de recurso contra un acto individual no es oponible si no está mencionado en la notificación del acto en cuestión. En aquel caso, entonces, el acto debería ser impugnabile sin límite de tiempo. Sin embargo, el Consejo de Estado recientemente ha decidido en consecuencia que “el principio de seguridad jurídica implica que no pueden ponerse en tela de juicio sin condición de plazo las situaciones consolidadas por el transcurso del tiempo”, y ha decidido, de manera puramente pretoriana y arbitraria que un acto que ha sido notificado a su destinatario o del que su destinatario ha tenido conocimiento, sólo puede impugnarse durante un “plazo razonable” que “no puede exceder de un año a contar de la fecha de la notificación o del día en que el interesado ha tenido conocimiento de dicho acto”¹⁶. Aplicable a las decisiones implícitas en un primer tiempo, esta jurisprudencia fue extendida progresivamente a todos los actos administrativos individuales¹⁷. La regla legal de la no oponibilidad de los plazos en ausencia de su indicación en el acto de notificación así es abolida por la sola voluntad del juez contencioso administrativo supremo.

2.3. Otra dificultad surge cuando la autoridad administrativa que ha recibido una petición –por ejemplo una solicitud de licencia de construir o de permiso de residencia de un extranjero–, no contesta. El silencio administrativo bloquea la situación e impide al administrado autor de la solicitud hacer valer sus derechos. En ausencia de una decisión administrativa, no hay nada contra que recurrir. Para paliar este inconveniente y preservar los derechos de los administrados, se ha inventado el mecanismo de la “decisión implícita”. En vez de congelar la situación y privar el administrado de toda posibilidad de obtener lo que reivindica, el silencio administrativo equivale a la toma de una decisión. Esta decisión –que puede ser positiva o negativa, según los casos– será impugnabile, como

16 CE, 13 de Julio de 2016, *M. Cazbaj*, n° 387763.

17 CE, 9 de noviembre de 2018, *SCI Valmore*, n° 409872, y CE 18 de marzo de 2019, *M. Jounda Nguégoh*, n° 417270.

cualquier decisión administrativa. La principal dificultad que causa esta teoría de la “negativa implícita” o “aceptación implícita” es la del cálculo del plazo. En efecto, ya que no hay decisión materializada, no hay publicación ni notificación. Entonces, ¿cuál será el punto de partida del plazo de recurso? ¿será el día en que se envió la solicitud a la administración o el día en que ésta recibió?

2.4. La admisibilidad del recurso también depende de la jurisdicción ante la cual está planteado. La cuestión de competencia jurisdiccional es doble: en los sistemas de tipo francés, en que los tribunales contenciosos administrativos son distintos de los tribunales “judiciales”, primero ha de determinar si el acto en cuestión es realmente “administrativo”, es decir si ha sido dictado por una autoridad actuando en el ejercicio de sus facultades de autoridad pública y con el uso de prerrogativas de potencia pública o si se trata de un acto de “gestión privada”. En el primer caso, será de la competencia contenciosa administrativa, en el segundo caso se incluirá en la competencia judicial.

En un segundo tiempo, una vez determinado que el acto es competencia contenciosa administrativa, ha de saber cuál será el tribunal contencioso administrativo competente, a la vez desde el punto de vista territorial y material. Estas reglas varían de un país a otro y no se puede aquí entrar en detalles. Se puede precisar, sin embargo, que en derecho francés, en caso de que se recurra a un tribunal incompetente, éste debe evitar de declararse incompetente y transmitir la demanda al tribunal competente¹⁸.

2.5. La última condición de admisibilidad es la “interés legítimo” o “interés para actuar (en francés: “*intérêt pour agir*”) y de “legitimación activa” o “*locus standi*” (en francés: “*qualité pour agir*”). A diferencia de las condiciones anteriores, es una condición relativa al requirente, cuya finalidad es no abrir los tribunales a todos los administrados, sin filtro.

La legitimación activa es “la capacidad para actuar como parte demandante o recurrente en un proceso judicial”¹⁹ o, en otras palabras, “la facultad de poder actuar en el proceso, como actor, como demandado o como tercero, o representando a éstos” (Paliars, 1960). Abarca,

18 Code de justice administrative (Código de justicia contenciosa administrativa), art. R. 351-1 y s.

19 Diccionario panhispánico del español jurídico.

por ejemplo, la mayoría de edad, la habilitación para representar una persona jurídica.

El interés legítimo consiste en “tener interés personal, individual o colectivo, distinto de la situación jurídica que otros ciudadanos pueden tener respecto de la misma cuestión. Equivale a la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta”²⁰. Por su lado, el Tribunal Supremo de España sentenció que “el concepto de interés legítimo, base de la legitimación procesal [...], equivale a la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar esta”²¹.

El Consejo de Estado francés añade que el interés, además de ser “legítimo”, debe ser “actual” (debe existir en la fecha de interposición del recurso), “personal y directo”²² (el acto impugnado debe afectar personalmente al requirente, aunque afecte a otras personas, pero no a la colectividad entera), material o moral²³.

3 LOS GRADOS DE CONTROL DEL JUEZ, OBSTÁCULOS A LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE RECURRIR: DISCRETIONALIDAD, FACULTAD REGLADA Y ULTRA PETITA

El control del juez contencioso administrativo no es siempre de igual profundidad o, para decirlo de otra manera, el juez no controla los mismos elementos de todos los actos administrativos con la misma visión de lo que es la legalidad. El “grado de control” del juez depende de la libertad de que dispone la autoridad administrativa para tomar su decisión. En algunos casos, no tiene ningún margen de libertad: es lo que se llama la “competencia reglada” o “facultad reglada” (en francés: “compétence liée”); en otros casos, la administración puede decidir en toda libertad, sin que la ley u otra norma cuyo respeto se impone a ella le dicte el sentido de su decisión: se llama “poder discrecional” o “discrecionalidad” (en francés:

20 Diccionario panhispánico del español jurídico.

21 STS, 3.ª, 23-II-2015, rec. 595/2013.

22 CE, 10 de diciembre de 1997, *Sté Norminter Gascogne Pyrénées y Commune de Pia*, n° 158064 y n° 158192.

23 CE, 14 de noviembre de 2008, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*, n° 307364.

“pouvoir discrétionnaire”). Es evidente que el control que ejerce el juez contencioso administrativo no es el mismo según el acto impugnado ha sido dictado en situación de facultades regladas o de discrecionalidad.

3.1. Cuando la administración toma una decisión en situación de competencia reglada, el juez contencioso administrativo no se limita a controlar la competencia, el propósito, los hechos y el procedimiento. Además de eso, ejerce un control más exhaustivo de la adecuación de la decisión con las normas que ésta aplica, para determinar si la solución adoptada por el autor de la decisión es el que le imponían dichas normas. Según Agustín Gordillo, “las facultades de un órgano administrativo son regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el administrador debe seguir” o, en otras palabras, cuando las normas aplicables al caso “no admiten más que una solución justa” (Gordillo, [s.d.]).

La consecuencia de ello es que, “en el caso de la facultad reglada, el acto debe ser anulado por el juez cuando su objeto no es el que la ley previó”; y cuando la ley ha precisado ante qué circunstancias de hecho el administrador debe obrar en tal o cual sentido, el juez debe analizar cuáles eran las circunstancias de hecho para poder determinar si se dieron los requisitos previstos por la ley. Si bien “a primera vista parecería entonces que el juez controlara la oportunidad de la decisión, ello es sólo así indirectamente, pues precisamente la ley hizo de la oportunidad del acto –entendida según el criterio de la ley y no del agente estatal o del juez– una condición de su legalidad” (Gordillo, [s.d.]).

En situación de facultad reglada, pues, el control del juez contencioso administrativo es el más extendido. No se le escapa ningún aspecto de la legalidad del acto impugnado, en el límite de los motivos invocados por el autor del recurso, pues el juez no puede pronunciarse *ultra* o *extra petita*²⁴. Si en el recurso no se ha invocado un argumento que era susceptible de justificar la anulación del acto que impugna, el fracaso del recurso no se le puede imputar al juez sino al propio demandante.

24 Según la Sala civil de la Corte suprema de justicia de Colombia, el *extra petita* “se vislumbra cuando se pronuncia sobre cuestiones que no fueron materia de la controversia y que no podían contemplarse de oficio » y el *ultra petita* “ocurre cuando pese a que el fallo está centrado en los aspectos que integran el debate litigioso excede los límites que a ellos fijaron las partes o la ley” (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 7 de marzo de 2017, Sentencia SC-30852017).

3.2. A pesar de lo escrito más arriba, la discrecionalidad no autoriza a la administración a actuar arbitrariamente: el poder discrecional no es la arbitrariedad. Como lo sostiene Tomás Ramón Fernández, “el ejercicio de la libertad decisoria que la norma concede [...] concierne exclusivamente a la elección de una solución entre varias posibles, que permite a la autoridad administrativa *concretamente apoderada* dar satisfacción al *fin impuesto por la norma* a partir de los *hechos previamente constatados*” (Fernández, 1991).

De ello se puede deducir que, si bien el poder discrecional permite a la autoridad administrativa elegir el sentido de su decisión entre los que se le ofrecen, no lo puede hacer en cualquier condición. Siempre tiene que respetar un cierto número de reglas que constituyen el mínimo de limitaciones que se le imponen. Sobre el respeto de estas limitaciones, el juez contencioso administrativo ejerce su control, pues son elementos de la legalidad del acto en cuestión.

3.3. Por consiguiente, tanto en situación de discrecionalidad como de facultad reglada, el juez siempre controla:

- Si el autor del acto impugnado era apoderado para dictarlo. Es el control de la competencia del autor del acto que es parte del control mínimo porque sin respeto de las reglas de competencia entre las autoridades administrativas, no hay posibilidad de administrar. En efecto, si cualquier agente de la administración puede tomar cualquier decisión, la administración se transformará en anarquía, las decisiones se contradecirán una a otra, y desaparecerá a la vez la jerarquía de las normas –que es corolario de la jerarquía de las autoridades–, y la coherencia de la acción administrativa.

- El propósito para el cual se ha tomado la decisión criticada. Como lo escribe Fernández, el autor del acto administrativo debe satisfacer “al fin impuesto por la norma” sobre cuya base se ha determinado. Este fin debe ser el interés general, no un interés particular, y además debe ser el interés general en vistas del que se ha dictado la norma que fundamenta el acto en cuestión. En caso contrario, el acto sufre del vicio de “desviación de poder” que lo hace ilegal y susceptible de ser anulado. Por ejemplo, una licencia de construir no puede ser rechazada por un motivo basado en consideraciones presupuestarias. Aunque éstas son de interés general, no tienen relación con las reglas de urbanismo.

- Los hechos en consideración de los cuales se ha dictado el acto cuestionado. Aunque esté en situación de poder discrecional, la administración no puede tomar una decisión basada sobre hechos inexactos, pues situaciones de hecho diferentes llevan a tomar decisiones diferentes. Los hechos son motivos de las decisiones administrativas al igual que las normas que éstas aplican. El error de hecho –o error material– es una ilegalidad al igual que el error de derecho.

- Además de estos tres elementos del “control mínimo” del juez contencioso administrativo sobre todo acto administrativo, que contempla T. R. Fernández en el pasaje antes citado, se agrega un cuarto al que Diego Zegarra Valdivia, entre muchos otros, hace referencia: el control “del proceso de toma de la decisión” mediante en cual “los tribunales controlan que en la adopción de sus decisiones las autoridades administrativas han tomado en consideración todos los factores relevantes y no se han dejado guiar o influir por factores irrelevantes” (Valdivia, 2006). El control de la regularidad del procedimiento de toma de decisión es una garantía de la validez del fondo de la decisión y del respeto a los derechos de los administrados, pues permite tener en cuenta todos los elementos a disposición de la administración para tomar su decisión.

Lo que difiere entre el control “pleno” (caso de facultad reglada) y el control “restringido” o “mínimo” (caso de discrecionalidad) es la calificación jurídica de los hechos. En el caso de discrecionalidad completa –caso casi inexistente hoy en día–, el juez contencioso administrativo no controla la adecuación entre los hechos de la causa y la conclusión jurídica a la que el autor del acto impugnado ha llegado. En caso de discrecionalidad limitada, sólo se controla la desproporción manifiesta entre los hechos y el sentido del acto administrativo. En cambio, en el caso de facultad reglada, el juez exige una perfecta adecuación entre los hechos y la decisión administrativa. Se puede considerar que sólo en este último caso el recurso contencioso administrativo es realmente eficaz²⁵.

3.4. Como se ha aludido más arriba, el juez no puede pronunciar extra o ultra petita. Esta prohibición es la aplicación del principio según el que no se puede otorgar al demandante más que lo que ha pedido. Es decir que el juez es limitado en la amplitud de su decisión y, aunque sea

25 Sobre el tema de la eficacia del control del juez contencioso administrativo, véase, entre muchos otros: Del Mercado, 2011; Díaz, 1997.

evidente que el demandante no ha solicitado todo a lo que tenía derecho –por ejemplo, no ha evaluado su perjuicio a su justo valor, o no ha pedido la anulación de una disposición que le perjudicaba, etc.–, el juez no podrá conceder lo que no ha solicitado que le otorgara. Este límite de los poderes del juez no vale sólo para el contenido de la solución adoptada por la jurisdicción al contestar la demanda, sino también para los motivos de la sentencia que depende de los argumentos invocados por el demandante al apoyo de su recurso.

Si, en el recurso, se ha omitido invocar un motivo susceptible de justificar la anulación del acto impugnado, juez no examinara dicho motivo y, por consiguiente, no anulará el acto en cuestión. En este caso, el fracaso del recurso no se puede imputar al juez sino al propio demandante.

Sin embargo no es siempre así. En ciertos casos, el juez puede suplir el demandante y plantear de oficio un argumento que no fue invocado en el recurso. Los motivos que el juez puede plantear de oficio son los relativos a los “vicios de orden público”, mismos que el juez no puede e incluso no debe dejar sin sancionar, aunque el requirente no se lo ha pedido. La justificación de esta excepción a la regla del “ultra petita” es que el vicio en juego es tan grave que el juez de algún modo sería cómplice de la ilegalidad cometida por el autor del acto impugnado si no la planteara él mismo y la sancionara por la anulación del acto viciado.

En derecho administrativo francés, estos vicios son:

- la inexistencia del acto impugnado, sea materialmete (el acto nunca ha sido dictado y es fruto de la imaginación del demandante) o jurídicamente, por ejemplo porque se ha obtenido mediante fraude,

- la incompetencia del autor del acto, pues sin respeto de las reglas de competencia no hay respeto de la jerarquía y no hay coherencia de la acción administrativa,

- el desconocimiento del ámbito de aplicación de la regla de derecho, es decir la aplicación de una ley o reglamento que ni era susceptible de aplicarse

- la extemporaneidad del recurso o desconocimiento de las reglas de plazo, para evitar que el acto, aunque ilegal, pueda impugnarse sin límite de tiempo,

- la falta de interés para actuar, para evitar que el recurso de anulación se convierta en una actio popularis,
- la aplicación retroactiva de un reglamento,
- el desconocimiento de la autoridad absoluta de cosa juzgada²⁶.

4 CONCLUSIÓN

Sin bien el derecho de recurrir es un derecho fundamental, garante de la legalidad y del respeto del Estado de Derecho, este derecho conoce límites que relativizan su alcance. Como todos los principios jurídicos, es sujeto a excepciones. La tarea del Legislador y del Juez contencioso administrativo es, como en cualquier ámbito del derecho, limitar esas excepciones a lo necesario para el interés general. Las normas legales, reglamentarias o jurisprudenciales que rigen la materia deben respetar el principio de proporcionalidad que los debería guiar permanentemente.

Toda restricción al ejercicio del derecho de recurrir que no se justifica por una consideración de interés general es ilegítima y debe ser sancionada por la vía jurisdiccional. El juez, si bien es garante del respeto de la ley y del derecho en general, no puede aceptar que la ley imponga obligaciones inútiles a los justiciables. Tratándose del derecho de recurrir, no se justifican los límites pretendidamente fundados en el imperativo de seguridad jurídica si estos mismos límites, al restringir la posibilidad para los administrados de obtener la anulación de actos administrativos ilegales, atentan al principio de legalidad y al Estado de Derecho.

REFERENCIAS

AKOUN, Emilie. **Les moyens d'ordre public en contentieux administratif**. París: Mare et Martin, 2017.

CHAPUS, René. **Droit administratif général**. Tomo 1, 15ª edición, Ed. Domat Montchrestien, 2001.

DEBOURY, Christian. **Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse**. Paris: PUF, 1980.

²⁶ Sobre el tema, véase: Deboury, 1980; Akoun, 2017.

DEL MERCADO, Francisco García Gómez. Efectividad de las sentencias en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. **Revista “Economist & Jurist”**, set. 2011. Disponible: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/efectividad-de-las-sentencias-en-la-jurisdiccion-contencioso-administrativa/>.

DÍAZ, Alán Belén Gómez. La Eficacia de las Sentencias Contencioso Administrativas, entre la Dogmática y la Ingeniería judicial. **Revista de Administración Pública**, n. 144. Set./dez. 1997. Disponible: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/241421997144245.pdf>.

FERNADÉZ, T. R. **Arbitrariedad y discrecionalidad**. Madrid: Civitas, 1991.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Parte general, Tomo I, Cap. X, [s.d.]..

PALIARES, Eduardo. **Diccionario de Derecho Procesal Civil**, 2a. ed., México: Porrúa, 1960.

VALDIVIA, Diego Zegarra. Control judicial de la discrecionalidad administrativa: Viejo problema y nuevo excursus (sus alcances en la Doctrina Española). **Revista de Derecho Administrativo**, 2006.

A AUDIÊNCIA VIRTUAL E O PROCESSO ORAL À LUZ DO JUÍZO 100% DIGITAL

AUGUSTO TANGER JARDIM¹

LAURA OLIVEIRA DOREMANN²

1 INTRODUÇÃO

Vivemos a era cibernética. Testemunhamos o nascimento de um novo tempo e a própria transformação da sociedade. Abreviamos as distâncias e ampliamos significativamente o conhecimento humano em todos os campos do saber. O potencial da tecnologia foi solidificado a partir de sua intensificada utilização no período do Covid-19, doença letal que impactou todos os setores da humanidade, incluindo o direito e a consequente busca da Justiça.

A pandemia atuou como filtro catalisador da Indústria 4.0 e ensejou mudanças que perduram até os dias de hoje, evidenciando a importância e os benefícios da implementação da tecnologia em tarefas básicas do cotidiano. A obrigatoriedade do isolamento social exigiu a suspensão dos atos processuais, os processos paralisaram, porém, a tecnologia foi a responsável pela ativação do Poder Judiciário, se mostrando um meio eficaz, dando mostra de que veio para ficar.

A partir de então, diversos mecanismos restaram implementados, buscando comutar o ato presencial, defeso no período pandêmico, por mecanismos tecnológicos, dentre os quais encontram-se as audiências

1 Advogado. Doutor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

2 Advogada. Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

telepresenciais e por videoconferência, alternativas que permitiram, sem solução de continuidade, o exercício da atividade jurisdicional.

Diante deste cenário de alto acesso à informação, imperioso repensar nos limites que a virtualização dos atos processuais trouxe à vida dos indivíduos, bem como a maneira de adequação às exigências constitucionais de matriz processual.

Com a introdução do Juízo 100% Digital diante da Resolução CNJ nº 354/2020 elaborada em meio à pandemia, buscou-se maior equidade diante da construção complexa da aplicabilidade das normas. Convém lembrar quanto à:

[...] flexibilidade da justiça, que bem andaram os antigos dando à estátua a espada e não o cutelo, porque aquela verga, a simbolizar equidade, que serve de tempero para que a norma não se quebre, mas simplesmente se amolde às circunstâncias, dobrando-se à sinuosidade de cada caso concreto. (Dorfmann, 1989, p. 40).

Contudo, tais soluções, para adquirirem perenidade, devem estar em consonância com um modelo de processo civil orientado a uma tutela jurisdicional justa e tempestiva.

A contribuição que o presente artigo pretende alcançar é limitada a investigar potenciais efeitos da adoção de audiências virtuais sobre a concepção atual de processo oral. Para atingir este propósito o artigo é estruturado em duas *dimensões* de enfrentamento, divididas, cada uma, em duas partes. Em uma *primeira dimensão*, será apresentada, de modo sucinto, a identidade do modelo processual baseado na ideia de oralidade e como a produção e apreciação da prova são compreendidas neste modelo de processo (itens 2 e 3). Em uma *segunda dimensão*, o artigo passa a enfrentar os reflexos da virtualização do processo (tratando do juízo 100% digital, no item 4) no ato que melhor representa a ideia de oralidade: a audiência (no item 5). Assim, o texto parte de uma noção geral amplamente reconhecida pelo sistema de direito processual brasileiro (a oralidade e a produção da prova em audiência na presença física do juiz) para submetê-la a teste a partir de uma realidade específica e atual, ou seja, a audiência virtual no juízo 100% digital. Essa abordagem tem por objetivo questionar se existem (ou não) prejuízos à prestação da tutela jurisdicional justa e tempestiva em sentido amplo, e/ou se há uma ruptu-

ra significativa com o modelo de processo baseado na ideia de oralidade com a realização virtual da audiência.

Com base em análise teórico-discursiva, sem pretensão de esgotar temas ou de se fundamentar em pesquisa empírica, o presente artigo tem o objetivo de estudar a oralidade no processo civil à luz do Juízo 100% Digital, discutindo se a virtualização dos atos processuais a respeito o princípio da publicidade. Analisando um conceito de inclusão digital que seja compatível com os compromissos do direito processual e constituição.

2 NOÇÕES MINIMAS PARA UMA COMPREENSÃO DA ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL

Ao longo do desenvolvimento histórico do processo civil foram concebidas diversas alternativas para qualificar a prestação da tutela jurisdicional. Na transição dos anos 1800 para os 1900, houve uma mudança de paradigma de como o processo deveria estar estruturado e de como de ele deveria se desenvolver. Essa alteração tinha como força motriz a necessidade de superar os inconvenientes de um modelo de processo centrado, quase exclusivamente, na ideia de escritura. Segundo a compreensão da época os processos seriam mais eficientes (possibilitando uma melhor qualidade na prestação da tutela jurisdicional em menor tempo e de forma mais simples) se fossem adotados princípios orientados à ideia de oralidade.

Desde uma perspectiva italiana e considerando a sua influência para o direito processual brasileiro, o autor que materializou esse giro na concepção de processo foi Giuseppe Chiovenda (1923, 1938, 1965). Para o autor a oralidade era entendida como uma cadeia de princípios, sendo os principais a concentração (associada à tentativa de combater a dispersão dos atos processuais), a imediação (que combatia o formalismo existente na produção da prova perante agentes externos ao juízo e à sua apreciação por meio da concepção de *prova legal*) e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias (concebido de modo impedir que a tramitação do processo não fosse interrompida em face do manejo de diversos recursos e exceções típicas do processo comum).

Dentre os princípios propostos por Chiovenda o modelo oral contemporâneo ainda se vale dos princípios da concentração e da imediação, sendo fortemente mitigada (ainda que excepcionalidade do cabimento do

agravo de instrumento, prevista no art. 1.015 do CPC/15, possa indicar o contrário) a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. No que toca a concentração dos atos processuais, permanece valiosa a compreensão de que, sendo possível, deve ser praticado o maior número de atos processuais em um único evento. Evidentemente que tais atos devem ser praticados de forma concentrada na presença do juiz que, desejavelmente, já estaria em condições adotar as medidas adequadas para tutela dos direitos envolvidos. Para tal propósito, servem as audiências. É por meio das audiências que as partes, procuradores e juiz externam suas pretensões de forma simplificada, por meio da linguagem oral, concretizando (ao menos potencialmente) múltiplas atividades processuais de forma concentrada. Assim, em uma audiência é possível avaliar a oportunidade de ser celebrado um acordo, serem apresentadas postulações, oportunizadas defesas, produzidas provas. A audiência, portanto concentraria e simplificaria os atos.

Realizando análise do processo idealizado por Giuseppe Chiovenda, Michele Taruffo identifica o debate oral em audiência (antecedido pela troca de escritos preparatórios) como o elemento central do procedimento, na medida em que nele “se desenvolvem a organização da causa, a colheita da prova oral e o debate” de forma bastante simplificada, bem como atribuindo ao juiz “penetrantes poderes de estímulo às partes e de iniciativa autônoma para investigação da verdade dos fatos”. Além disso, afirma que “A disciplina das provas é notavelmente simplificada, introduzindo-se o interrogatório livre e direto das partes”. (Taruffo; Mitidiero, 2018, p. 239).

O direito processual brasileiro não ficou indiferente a ideia de oralidade preconizada por Chiovenda e posteriormente modificada por Mauro Cappelletti (cujos principais diferenciais sobre o tema foi a noção de processo por audiências e a audiência preliminar). Recomendava Mauro Cappelletti recomenda que uma oralidade adequada a uma socialização da justiça exigia que já na fase preparatória do procedimento, o juiz assumisse uma postura ativa e assistencial a respeito das partes “discutiendo con ellas la mejor formulación de las demandas y excepciones, colaborando con ellas en la búsqueda de la verdade” de modo que atuasse “a fin de que la victoria sea de la parte que efectivamente tenga razón y no de aquella que sepa prevalecer en virtud de la propia mayor fuerza económica o por la mayor habilidad propia o del propio defensor”. (Cappelletti, 1972, p. 79). Sem adentrar no mérito das reformas, a ideia proposta por Cappelletti deixou traços no direito processual brasileiro por meio das reformas de 1994

e 2002 ao artigo 331 do Código de Processo Civil de 1973. O Código de Processo Civil vigente (Lei nº 13.105/2015) não ficou insensível a evolução doutrinária e social. No que tange às audiências, o Código de Processo Civil de 2015 apresentou alterações, na medida em que optou por reservar à fase inicial do processo, antes mesmo da apresentação da defesa do réu, a realização de audiência de mediação e conciliação perante mediador ou conciliador e permitiu, ao final da fase postulatória, que, a critério do juiz, fosse realizada audiência para o saneamento da causa. Salienta-se que todas essas reformas antecederam os avanços tecnológicos exigidos de forma inadiável do poder judiciário por força da pandemia de Covid-19.

Chama a atenção que as reformas ocorridas ao longo do tempo “tiveram por pontos em comum o combate à morosidade e a adoção de técnicas para lidar com o aumento do número de processos.” (Jardim, 2022, p. 258). Diante disso, é possível a construção de um modelo processo oral consentâneo a atual realidade social e tecnológica e, ao mesmo tempo, à concepção de processo justo, operando como garantia à ampla defesa, ao contraditório e ao direito à prova e possuindo grande relevância para a apuração da verdade. Aliás, Mauro Cappelletti aduz que o processo com a palavra escrita não dispensa a palavra falada, porque a oralidade tem a vantagem de levar aos autos a espontaneidade, a imediatidade e a simplicidade. (Cappelletti, 1971)

Assim, com esta crescente evolução da oralidade em busca de uma maior eficiência na prestação jurisdicional, e o surgimento das mais recentes transformações tecnológicas do Poder Judiciário, deflagrada pelo Conselho Nacional de Justiça no biênio 2020 a 2022, os operadores do Direito vêm enfrentando desafios, principalmente no que diz respeito ao Juízo 100% Digital.

Considerando a delimitação do objetivo do presente artigo, passa-se a refletir sobre a produção e apreciação da prova produzida oralmente.

3 PRODUÇÃO E APRECIÇÃO DA PROVA ORAL NO PROCESSO ANALÓGICO

A palavra falada traz em si um poder insólito e, tal qual uma flecha lançada, não mais retrocede, não mais retorna ao arco. E aqui se encaixa a oralidade no processo civil, uma vez pronunciadas as palavras perante o Judiciário, desencadeia-se um complexo processo cognitivo

por parte do magistrado, voltado ao julgamento do feito, não sendo dado àquele que pronunciou as palavras, defendeu sua tese, apresentou suas razões apagar o que já dito.

O processo é uma sequência de atos cujo objetivo é alcançar a “verdade real”³. Para chegar a este desiderato, as partes gozam do direito de construir seu arcabouço probatório para convencer o juiz quanto a veracidade do enunciado fático. Este direito está imerso na Constituição Federal, que abrange diversas espécies e categorias de direitos fundamentais.

Estando a prova situada dentro do direito fundamental de defesa, seu propósito é proteger o direito dos indivíduos contra abusos de poder, proporcionando ampla liberdade e igualdade na sua dimensão defensiva. Convém mencionar que “[...] esta “função defensiva” dos direitos fundamentais não implica, na verdade, a exclusão total do Estado, mas sim, a formalização e limitação de sua intervenção [...]”. (Sarlet, 2021, p. 175). O Estado Democrático de Direito exige que a atividade jurisdicional seja caracterizada por um processo realmente efetivo, com sentenças justas e resultados úteis. Assim, é indispensável que se coloque à disposição das partes meios eficientes de participação, a fim de que o contraditório seja plenamente exercido, de modo a levar ao conhecimento do julgador um quadro fático com maior grau de corroboração, atingindo o *standard* probatório. Assim, a aplicabilidade da oralidade no processo beneficiaria a colheita das provas pelo juiz, onde, através de um diálogo entre as partes e terceiros, é capaz controlar a higidez da sua produção, bem como de absorver impressões mais complexas do litígio a fim de permitir uma melhor apreciação dos fatos provados. Junto à garantia do contraditório,

3 O tema da verdade e da sua construção no processo, não de hoje, tem preocupado aqueles que se dedicam, em especial, ao estudo da prova. A formulação que melhor representa o pensamento atual sobre o problema pode ser obtida com Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. Para os autores, existe uma clara distinção “entre busca da verdade e convicção de verdade”, na medida em que a essência da verdade filosófica é inatingível “não apenas pelo processo, mas por qualquer mecanismo que se preste a verificar um fato passado”. No entanto, apontam que “a impossibilidade de o juiz descobrir a essência da verdade dos fatos não lhe dá o direito de julgar o mérito sem a convicção da verdade”, tomada “a partir da consciência da impossibilidade da descoberta da sua essência, uma vez que é essa que demonstra a falibilidade do processo para tanto”, tampouco “pode impedir a eliminação dos conflitos”. A síntese apresentada é irretocável: “o juiz, para pôr fim ao conflito, deve estar convicto, dentro das suas limitações, a respeito da verdade, uma vez que a sua essência é impenetrável” (Marinoni; Arenhart, 2015, p. 97-99).

encontra-se a garantia do jurisdicionado à audiência oral com o juiz. O modelo da oralidade processual tem o escopo de exprimir de maneira simples e representativa, um complexo de ideias e discussões travadas frente ao magistrado. Segundo Greco, “o diálogo humano e público com o juiz da causa é um indispensável instrumento de autodefesa, eis que pode influenciar eficazmente na decisão da causa, em virtude de sua capacidade de transmitir ao juiz impressões reais do conflito desaguado do Poder Judiciário”. (Greco, 2002)

No campo da apreciação da prova, a partir de uma compreensão tradicional de oralidade processual, a prova oral coloca as partes e as testemunhas à frente do magistrado, permitindo-lhe sentir as particularidades psicológicas das pessoas envolvidas no processo, fornecendo esclarecimentos e subsídios necessários à avaliação das provas, colaborando assim na formação da convicção do julgador a respeito dos fatos. Tal prova, se valeria principalmente pela espontaneidade das afirmações dos sujeitos, que perderia seu valor caso levados à juízo de maneira escrita. Importante referir que, conforme explicitado em obra anterior, (Jardim, 2022) os magistrados em geral não possuem aptidão⁴ e/ou treinamento minimamente suficiente para aferir a verdade a partir do comportamento de uma testemunha ou de uma narrativa oral⁵. Ainda que houvesse um grande esforço por parte do juiz (ou de uma política pública judiciária no sentido de promover este ferramental), a impressão do juiz sobre os fatos exposta na decisão traria sérios problemas acerca do seu controle

4 Essa aptidão afigura-se como premissa para a atribuição de valor da imediação do juiz com a prova oral. Nas palavras de Vitor de Paula Ramos, “Todas essas ideias baseiam-se, portanto, na crença de que o juiz poderia, durante o depoimento, e com base em sua experiência, analisar circunstâncias subjetivas (modo de falar, grau de confiança, postura durante o depoimento etc.), e que essas seriam de grande valia para saber se o sujeito está ou não mentindo” (Ramos, 2018, p. 50).

5 Nas palavras de Michele Taruffo: “But everybody understands how uncertain and even unlikely is such a sort of psychological analysis that the trier of fact is supposed to perform on the witness. Most judges are not specially trained in testimonial psychology; at best some of them may have made some experiences in their judicial practice. When the triers of fact are lay jurors, the only basis of their psychological insights are the rough generalizations (that more often than not are based upon prejudice and bias) provided by common sense. From this point of view, the oral presentation of evidence has a doubtful efficiency as a method to obtain reliable information from credible witnesses” (Taruffo, 2008).

argumentativo. Em um processo minimamente racional⁶ e pautado pela segurança jurídica, não se pode esperar que uma decisão seja proferida com base em impressões pessoais subjetivas do julgador (some-se a isso o fato de que, durante a coleta das impressões, em geral, as partes e os envolvidos não estão em um ambiente habitual, o que faz com que suas condutas não sejam naturais, ou seja, afastem-se da verdade)⁷.

6 Sobre a irracionalidade da crença da percepção da veracidade de um fato pelo juiz em contato direto com um testemunho, é contundente a afirmação de Vitor de Paula Ramos: “Assim, por mais duro que possa parecer, o que o estado atual da ciência demonstra é que a ideia de que o juiz pudesse olhar para uma testemunha e ‘saber’ se ela está mentindo ou se está cometendo erros honestos não tem mais valor epistêmico do que quando na idade média se ‘verificava’ que alguém era culpado mediante a prova do *ferro incandescente* ou do duelo. É, isso sim, uma forma de ‘obtenção’ de ‘conhecimento’ tão irracional quanto” (Ramos, 2018, p. 133). Em sentido contrário, entendendo valiosa a impressão do juiz sobre o comportamento físico (“enrubescer, gesticular desproporcionalmente, buscar auxílio visual em seu advogado”) da parte: Ribeiro, 1998, p. 130. Também preocupado com a valoração da prova testemunhal Danilo Knijnik refere que “Nesse ponto, calha muito bem o exemplo formulado por Weber. O juiz que tem diante de si duas testemunhas, cujos depoimentos se contradizem radicalmente, por óbvio não poderia resolver a divergência a partir do zodíaco mais propenso à sinceridade, o que soaria absurdo, não obstante certas inusitadas situações já tenham sido examinadas pelos Tribunais -. Afastada a arbitrariedade, no sentido de que as decisões devem ser racionalmente formalizáveis com obediência material às leis do pensamento e com estrita obediência do conhecimento científico, é possível garantir certa dimensão objetiva ao convencimento judicial, sem apelar à figura do juiz ficto, que fica servindo, assim, mais como verdadeiro alerta metodológico e mecanismo de autocontenção. Ao fim e ao cabo, impende adotar, como proposta metodológica, a necessária modéstia judicial relativamente à confiança dos sujeitos processuais na resolução do juízo de fato, evitando-se que a exacerbação de subjetivismo acabe por transformar o mecanismo republicano da distribuição probatória numa espécie de “loteria legal”” (Knijnik, 2017, p. 31-32).

7 Acerca do contexto fático da audiência, já na década de 1980, José Carlos Barbosa Moreira relatava que: “La intermediación sirve a la comunicación; mas sólo bajo condiciones favorables le servirá bien. Sería deseable, en las personas que se encuentran en la audiencia, una sólida aptitud para expresar sus pensamientos y para comprender la expresión de los pensamientos ajenos. El encuentro debería realizarse en un ambiente tranquilo y agradable, propicio al nacimiento y al desarrollo de una relación de confianza recíproca. Por lo menos en Brasil, la realidad cotidiana no tiene mucho en común con esa imagen de fábula. El juez frecuentemente llega a la audiencia sin haber podido leer con atención el expediente; no sabe con precisión de qué se trata y que preguntas conviene formular al litigante o al testigo; no tiene, ni puede tener, criterio seguro para decidir sobre la pertinencia y la relevancia de las preguntas que por su intermedio solicita la parte que sean formuladas. Al juez le falta además, en general, la preparación psicológica que necesitaría para sacar de la

De qualquer sorte, a compreensão de que o juiz possa extrair a verdade dos fatos de um relato imediatamente colhidos das partes e testemunhas tem sido aceita e configurada nos termos do princípio da imediatidade. Nas palavras de Chiovenda (1938, p. 171), “imediatidade da ligação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deve avaliar”, onde o juiz forma sua convicção acompanhando diretamente o desenvolvimento do processo, desde a proposição, até a sua apreciação e crítica pelos advogados nos debates orais.

Porém, a lentidão do judiciário faz com que as partes e terceiros prestem depoimento sobre determinado fato muito tempo depois do ocorrido, podendo perder memória sobre estes fatos. Abrindo breve parênteses, a memória é um arquivo imperfeito das experiências dos indivíduos, pois estes são capazes de recordar apenas uma fração dos acontecimentos passados. Falar de falhas na memória é falar de falhas verificadas pela passagem do tempo pelo esquecimento. (Silveira, 2018). E a prova oral passa pelas falhas da memória do indivíduo. Este fenômeno coloca em xeque a confiabilidade e credibilidade da prova oral no processo, e, por mais difícil que seja a reconstrução da realidade histórica, este é um compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional. Assim, para buscar amenizar estes efeitos, é importante que haja a colheita da prova em tempo razoável, conforme o princípio da celeridade processual. Fechando parênteses, apesar da história narrada abrir caminho à imprecisão, esta oralidade proporcionada pelo processo é considerada um instrumento capaz de conjugar fragmentos de informação esparsos à um complexo de fatos coerentes e dotados de sentido, fornecendo uma heurística, ou seja, um método para descobrir aquilo que verdadeiramente ocorreu. (Taruffo, 2016)

4 O SURGIMENTO E OS DESAFIOS DO JUÍZO 100% DIGITAL

O direito processual civil brasileiro, refletindo as mudanças sociais, já vem experimentando grandes alterações no que toca ao implemento de tecnologias voltadas à sua virtualização. Contudo, além da prática de atos isolados por meio eletrônico (como, por exemplo, penhoras de bens, intimações etc) e da própria institucionalização dos sistemas proces-

oportunidad todo el provecho posible. La parte y el testigo, a su vez, no siempre saben expresarse bien o, aun cuando lo saben, se dejan perturbar por las formalidades judiciales, que les parecen extrañas; los perturba así mismo la presencia de personas que no conocen, o que más les gustaría no tener que encarar... No sorprende que los resultados sean muchas veces inferiores a los esperados” (Moreira, 1984).

suais virtuais (por meio dos quais os atos processuais deixaram de ser escriturados de forma física e passaram a ser concretizados por e acessados no ambiente digital), a epidemia do vírus da Covid-19 impossibilitou que, durante grande lapso de tempo, fosse praticados atos que permaneciam sendo praticados de forma presencial entre partes, procuradores e juízes. Diante desse contexto, a pandemia exigiu que o Judiciário abdicasse de modelos rígidos e ultrapassados, e adotasse soluções, provisórias diante das contingências⁸, mas que se tornariam definitivas⁹ diante do ganho que elas passariam a representar à prestação da tutela jurisdicional. É neste cenário que o Juízo 100% Digital foi concebido no Brasil.

O Juízo 100% digital foi introduzido em meio à pandemia nos termos da Resolução CNJ nº 354/2020 e que depende de concordância de ambas as partes para funcionar. Segundo o artigo 3º da Resolução supracitada, a opção pelo Juízo 100% Digital será exercida pela parte demandante no momento da distribuição da ação.

Diante do “novo normal”, caracterizado pela grande influência cibernética no cotidiano social, deve-se atentar para as dificuldades técnico-processuais evidenciadas pelas audiências virtuais, notadamente por caracterizar uma fase inicial efetiva da inserção digital no Poder Judiciário. Nessa linha, importante ressaltar a qualidade de internet entre as partes, bem como o conhecimento tecnológico para utilizar adequadamente todas as plataformas sociais disponíveis pelo Poder Judiciário.

É notório considerar algumas dificuldades detectadas *prima facie* na utilização das ferramentas tecnológicas nas audiências virtuais, como paradigma a pouca familiaridade de muitos *softwares* ou plataformas adotadas por cada Tribunal, tanto de juízes a partes extremamente carentes, as quais devem ser levadas em consideração.

8 Essa regulação emergencial ficou a cargo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que promulgou nos anos de 2020 e 2021 várias resoluções sobre o tema. São exemplos: a Resolução nº 312/20182 (possibilitando a ampliação da utilização do meio eletrônico para os seus julgamentos); a Resolução nº 313/20 (que estabeleceu “regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial”).

9 Esse fenômeno de aceleração dos processos históricos em momentos de emergências é reconhecido de forma ampla por Yuval Noah Harari (2020, p. 27-44).

Outro problema técnico diz respeito ao atraso na entrega de conteúdo audiovisual em virtude da má qualidade de internet. Há situações durante a coleta da prova oral, que a imagem não acompanha o que está sendo dito, prejudicando o andamento da audiência e atrapalhando a linha de raciocínio do profissional no momento de formular perguntas, o que configura um vício processual e, diante de tal situação, passível de anulação, uma vez que atingem os princípios fundamentais do Direito, tais como o princípio do devido processo legal, o princípio do contraditório e da ampla defesa, o princípio do acesso à justiça e o princípio da razoável duração do processo.

Obstáculo a ser considerado é quanto às audiências virtuais, que se agasalha a ideia de que a garantia da publicidade determina que seja possível assistir ao ato, da mesma forma que ocorria com o ato presencial, sendo de bom alvitre que o julgador possibilite o ingresso de quem quiser acompanhar a audiência, com o registro dos interessados, independentemente da concordância das partes. Assunto abordado no próximo capítulo.

5 A ORALIDADE NAS AUDIÊNCIAS VIRTUAIS: DESAFIOS PRÁTICOS

A realização de audiências virtuais está prevista no Código de Processo Civil, bem como na Resolução CNJ 354/2020 a qual foi introduzida em meio à pandemia do Covid-19 e dispõe sobre o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial. O objetivo era elevar a eficiência administrativa e operacional do Poder Judiciário, sem haver a paralisação das funções essenciais para a busca de uma tutela efetiva e adequada dos direitos dos cidadãos. Esta resolução alcança primeira e segunda instâncias da Justiça dos Estados, Federal, do Trabalho, Militar e Eleitoral, bem como os Tribunais Superiores com exceção do Supremo Tribunal Federal.

A virtualização dos atos processuais desconstruiu a concepção de sala de audiência como espaço físico (Reichelt, 2022), pois a prova oral, tais como o depoimento pessoal da parte e a oitiva de testemunhas, pode ser produzida através de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, quando estas residirem em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o

processo¹⁰. (Brasil, 2015). Assim, a prestação jurisdicional torna-se mais célere, pois “elimina-se a necessidade de realização de cartas precatórias para a prática desses atos, valorizando-se o contato do juiz do processo (e não o juiz deprecado) com a prova e, conseqüentemente, potencializando a imediação em uma perspectiva de processo oral.” (Jardim, 2022, p. 257).

Observa-se, pois, que a virtualização das audiências, permitindo o contato físico do juiz com a prova, mesmo que à distância, constituiu-se no avanço em direção a uma maior sofisticação da busca à verdade real, substituindo o método vetusto da produção da prova por carta precatória.

Ademais, o artigo 7º, I, da Resolução supramencionada tratou de equiparar a prova oral produzida de maneira telepresencial ou por videoconferência, à prova oral produzida presencialmente para todos os fins legais. (Brasil, 2020). Estas são circunstâncias relevantes a partir da leitura do artigo 217 do Código de Processo Civil, que preceitua a realização dos atos processuais na sede do juízo, como regra. Um exemplo passível de ser abordado possui previsão no artigo 360, II do Código de Processo Civil, o qual prevê que o juiz, no exercício do poder de polícia, deve ordenar que se retirem da sala de audiência os que se comportarem inconvenientemente.

O caso supracitado torna-se um enigma quando estamos perante audiências virtuais. Pois o acesso à audiência se dá através de um *link* capaz de criar uma sala virtual para resolução da lide, devendo o juiz dar o “aceite” para o indivíduo ingressar na sessão de julgamento. Ao exercer o poder de polícia em razão de um inconveniente, o juiz poderá retirar o sujeito da sala virtual, todavia, em razão do princípio da publicidade, deverá aceitar a presença de outras pessoas na audiência, podendo o sujeito, acompanhar as sessões através de outro *link* e dispositivo eletrônico, possuindo acesso aos atos praticados na audiência.

Nesta senda, destaca-se a problemática da oitiva das testemunhas no ambiente virtual, pois o Código de Processo Civil destaca a regra da incomunicabilidade das testemunhas, objetivando evitar que àquele que vá prestar testemunho, não seja influenciada pelo depoimento de outra. Da mesma maneira, é vedado à parte que ainda não tenha prestado seu depoimento, assistir o interrogatório da outra parte. E ainda, é possível identificar a regra da não consulta a escritos, aplicável igualmente à prova testemunhal, com o fulcro de evitar que a parte arquitete sua fala, tornando

10 Artigos 236, § 3º, 365, §§ 5º e 6º, 385, §3º, 453, §§1º e 2º do Código de Processo Civil.

fundamentalmente ineficazes as perguntas que lhe faça o juiz ou o advogado, retirando a espontaneidade da prova, elemento primordial quando se trata do princípio da oralidade.

Fiscalizações como essa perante uma audiência no ambiente virtual, tornam-se um desafio absolutamente impossível, pois o julgador não tem condições de averiguar a incomunicabilidade e a lisura do ato ante a multiplicidade de ambientes dos participantes, podendo a parte ou terceiro desprezar a lei para sagrar-se vitorioso na demanda.

Diante disso, deve-se estar atento à fundamentação judicial no momento de valoração da prova, que muitas vezes insurgirá questões de equidade entre os cidadãos. “A equidade, portanto, na aplicação da norma ao caso concreto, busca o amoldamento do preceito legal à espécie, objetivando neste característico processo interpretativo, um maior abrandamento e moderação da lei.” (Dorfmann, 1989, p. 39).

Assim, observa-se que transformação do processo físico para o digital, bem como a virtualização dos atos processuais é o início de uma nova era, um “novo normal”. Sendo mudanças que alteraram grandemente a cultura e os costumes jurídicos dos operadores do direito.

6 CONCLUSÃO

A sociedade está em constante evolução, e o processo precisa se adaptar com novas mudanças enfrentadas. Foi o que ocorreu com a pandemia do Covid 19, onde o Judiciário introduziu a Resolução CNJ 354/2020 que trouxe previsões expressas quanto à virtualização dos atos judiciais, permitindo amplo acesso à justiça e respeitando o viés do processo justo.

Pode-se afirmar que a prova oral em meio eletrônico recebeu *status* equiparado à prova produzida de maneira presencial, desde que cumpridas as formalidades legais, levando diversos desafios ao juiz perante audiência no ambiente virtual. Assim, considerando que não existe uma quebra na ideia de concentração e imediação na audiência, não se vislumbra, aprioristicamente uma violação à ideia de oralidade, na medida em que apenas o meio é alterado (do meio presencial para o meio virtual). Assim a ideia de presencialidade típica da noção de imediação, passa a ser entendida como atuação síncrona dos agentes do processo (sinalizando-se que é a sincronicidade que garante a concentração).

Em arremate ao tema tratado, verifica-se que o Brasil tem experimentado mudança significativa com vista a viabilizar um maior acesso à justiça, contudo, não obstante o esforço nesta direção, inúmeros problemas ainda abrolham no seio da sociedade, como é o caso da dificuldade da população em acessar os meios eletrônicos que possibilitem o alcance ao Poder Judiciário.

A par da dificuldade da população economicamente mais frágil, desprovida de recursos para contratar advogados privados, bem como suportar os elevados custos de um processo, um novo fator vem a se somar: o flagelo de acesso à justiça diante da notória deficiência estrutural da parte para participar de atos processuais que reclamem sua atuação como, *por exemplo*, audiências, gerando graves prejuízos à garantia de participação do processo. De tal sorte, mesmo diante da existência de recursos tecnológicos para a promoção da telepresencialidade, não pode o Estado se furtar de viabilizar meios operacionais (infraestrutura e pessoal) para garantir o acesso aos meios tecnológicos aos jurisdicionados, bem como, a ausência de interferência na produção da prova oral.

Mesmo diante deste percalço, suscetível de ser contornado, os benefícios da virtualização foram estrondosamente mais benéficos, de sorte que a cognominada quarta revolução industrial permite por trazer ao Poder Judiciário a excelência de um processo mais célere e efetivo, onde foi possível reduzir custos burocráticos, facilitando o acesso à informações, mediante ferramentas que estão em constante evolução.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 jun. 2023.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de Março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 01 jun. 2023.

BRASIL. CNJ. **Resolução N° 354, de 18 de novembro de 2020**. Dispõe sobre o cumprimento digital de ato processual de ordem judicial e dá outras provi-

dências. Brasília, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3579>. Acesso em: 01 jun. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro. *Procedure Orale et Procedure Ecrite*. Milano: Giuffrè, 1971.

CAPPELLETTI, Mauro. Proceso oral y proceso escrito [Procédure écrite et procédure orale – 1970]. In: CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1972.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile* [1906]. Napoli: Jovane, 1923.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Procedimento Oral**. Tradução Osvaldo Magon. São Paulo: Revista Forense, 1938.

CHIOVENDA, Giuseppe . **Instituições de direito processual civil** [Instituzioni di diritto processuale civile (1933-1935)]. Trad. J. Guimarães Menegale. 2. ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 1965.

DORFMANN, Fernando Noal. **As pequenas causas no judiciário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. **Mundo Jurídico**, [s.l], [2002]. Disponível em: https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/processo-justo_leonardo-greco.pdf. Acesso em: 03 jun. 2023.

HARARI, Yuval Noah. **O mundo depois do coronavírus**. In: HARARI, Yuval Noah. Notas sobre a pandemia e breves lições para o mundo pós-coronavírus. Tradução Odorico Leal. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

JARDIM, Augusto Tanger. **Processo Oral** - entre formação, transformação e reconstrução. São Paulo: Juspodivm, 2022.

KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção** [2009]. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Problemas de la intermediación en el proceso civil. **Revista de Processo**, v. 34, p. 191-196, abr.-jun. 1984.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo – do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

REICHELDT, Luis Alberto. A oitava de testemunhas em audiências telepresenciais sob a ótica do sistema de direitos fundamentais processuais no âmbito da Justiça Civil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 30, n. 117, p. 255-272, jan./mar. 2022.

RIBEIRO, Darcy Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. rev. e atual. 2 tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SILVEIRA, Karine Darós. **Falsas memórias e processo penal**. Porto Alegre: Canal de Ciências Criminais, 2018.

TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. **A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos setecentos a hoje**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

TARUFFO, Michele. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. *In: COLOQUIO “ORALIDAD Y ESCRITURA EN UN PROCESO CIVIL EFICIENTE”*, 2008, Valencia. [*Anales*] [...]. Valencia: Asociación Internacional de Derecho Procesal en Gandía Valencia, 2008. Disponível em: <https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2023.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Giuseppe Chiovenda: vida e obra**. São Paulo: Migalhas, 2018.

GLOBALIZACIÓN Y CONVENCIONALIDAD: MÓVILES DE LA AGITACIÓN EVOLUTIVA DE LA JURIDICIDAD

PABLO DARÍO VILLALBA BERNÍ¹

1 ADVERTENCIAS PREVIAS

Asistimos en estos tiempos, a semejanza de los cambios climáticos en el orbe, a un tsunami legal que promete arrasar con todas las ideas de otrora que sostenían a las ciencias jurídicas. Constituyen vientos huracanados de incontrolables efectos que se plantean con la globalización, sin embargo, estos efectos tienen que ser contrapesados por el orden doméstico de cada país, en muestras del multiculturalismo jurídico y de los localismos, que deberán armonizarse para crear el sumo derecho proteccionista. Ni que la avalancha globalizadora arrebate la tradición jurídica, ni que los órdenes internos permanezcan inmunes a los efectos de otorgar una mejor tutela como la propiciada por los Derechos Humanos. En el arte de saber armonizar y equilibrar estas dos fuerzas contrapuestas estará el secreto de lograr un excelso diseño de protección y litigación.

El derecho se va transformado continuamente, siendo la dinamicidad una de las constantes, así en este tiempo el Poder Judicial se ha

1 Doctor, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica “Ntra. Sra. de la Asunción”, Campus Itapúa, Encarnación, Paraguay, Prof. de Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Constitucional en dicha casa de estudios; Profesor de la Escuela Judicial del Paraguay; Profesor de posgrado en Maestrías y Doctorados en varias universidades nacionales e internacionales; Vicepresidente para Sudamérica de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Secretario General del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos; Presidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional; Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; Miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional; Miembro de la Red Interamericana sobre Derechos Fundamentales y Democracia RED-IDD; Investigador candidato del Conacyt-Paraguay; Conferencista internacional; Autor de varios libros jurídicos, libros colectivos y artículos científicos. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-5142-4801>.

convertido en un eslabón trascendente de la institucionalidad democrática, como elemento de consolidación de nuevos postulados jurídicos e incluso de nóveles paradigmas.

Desde un tiempo atrás advertir que la idea del constitucionalismo tradicional ha colapsado, al no dar respuestas a la dinámica constitucional atrapada en el movimiento huracanado de la sociedad. Es por ello que somos del criterio que las cosas deben ser repensadas y ajustadas a estas bisoñas mutaciones que irradia la convulsionada realidad social.

En este contexto invitar a replantear criterios con relación a la incidencia que tiene en el mundo del derecho la globalización, en especial su vinculación con el temario del control de convencionalidad y los derechos humanos. En cuestión de años el universo jurídico se fue transformando de una manera tan avasallante, que resulta difícil establecer las consecuencias que representa para lo judicial. Sin embargo, estos embates deben ser controlados por los órdenes internos, que estarán expectantes en recibir aquello que podría denominarse como globalización positiva, sin embargo evitar que se agudicen las diferencias, aquí es donde surgen todos los defectos de la globalización negativa, que no la propiciamos.

Ninguna duda cabe la necesidad de presentar batalla a lo rutinario, que ha llevado al ámbito jurídico a un estancamiento sin parangón del cual parece difícil salir, un *aggiornamento* que se encuentra enraizado en la sociedad latinoamericana, generando la falta de credibilidad en el servicio de justicia.

El cambio cultural generada a través de estos nuevos postulados deben ser comprendidos, para salir del añoso diseño puramente legalista, que por estos tiempos fue superado con creces a partir de la doctrina de los derechos humanos. Es aquello de volver a las fuentes para dejar de lado las hipocresías nacionales, con el objeto de proteger verdaderamente a los seres humanos. Así lograr una adecuada aplicación de los Tratados Internacionales que protejan derechos humanos, aun cuando en principio parecería atentar contra la Soberanía interna de cada Estado, sin dejar de reconocer que la aplicación de los Convenios internacionales de protección de derechos humanos se realiza por expresa anuencia de cada Estado que en uso de sus facultades soberanas han aceptado ser parte del tratado internacional. Por tanto, resulta una exteriorización de su soberanía.

Pasamos por un tiempo de mutación de paradigmas, eso no debería asustarnos, al contrario, debería motivar un trabajo señero en pos del logro de un mejor futuro para las generaciones venideras.

En este marco de influencia internacional, no corresponde dejar de referenciar a la *constitucionalización* del orden jurídico, que al compás de las ideas de rescate en favor de otorgar trascendencia a la Constitución como norma rectora dando respuestas a los continuos avatares que presenta al derecho procesal, reivindicando a la Norma Fundamental como esencial para la construcción del orden jurídico, supone la superación de las ideas positivistas planteando un post positivismo sobre la base del Estado Social de Derecho.

2 TENDENCIAS TRANSCULTURALES

En el orbe las distintas comunidades están en permanente ebullición respecto al Poder Judicial, justamente porque no responden a las necesidades ciudadanas, dentro de este contexto parecería ser que los países latinoamericanos asumen una posición de expectativa sin abandonar la visión insólita de permanecer estancado incapaces de reacción, como si con lo legislado fuera suficiente.

Llegó la hora de pasar a la acción, exponiendo sobre el tapiz los temas legales que avisten una verdadera reforma estructural, el momento de madurar el fenómeno jurídico, dando batalla frontal a lo rutinario a lo que está en boga, la tarea no es fácil y probablemente requiera de grandes debates, pero se debe huir del conservadurismo, para generar una nueva usanza basado en un modelo de justicia conveniente.

Un sistema legal basado en la justicia, en mecanismos efectivos de dilucidación de conflictos, igualitario, equitativo, es aquel que permitirá avizorar una estela rutilante en el horizonte jurisdiccional.

Al reflexionar con el objeto de verificar hacia donde se dirigen las ciencias jurídicas, con sus características comunes y no tan comunes, resalta fundamental una retrospectiva en el estudio de los fenómenos globales que afectan al entorno jurídico incidiendo en las grandes tendencias, las que en apariencia simularían moverse hacia distintos ejes cardinales, en sentido opuesto, cuando en puridad las líneas de convergencias son notorias, tal como se presenta con el multiculturalismo jurídico y la globalización.

Un enunciado muy dicente en estos días, hace creer que en el mundo todo se ha equiparado o por lo menos que hay una tendencia hacia una asimilación de armónicos conceptos propagados en el orbe. Una de estas cuestiones, sin duda es la búsqueda de un eficiente sistema jurídico para lo cual surgen soluciones similares que emigran de organismos internacionales manifestando un interés por equilibrar las distintas legislaciones. Agudizado por la inserción tecnológica, revolucionando la forma de hacer el proceso, o cuanto menos influyendo, en la recepción de una mayor información en el comportamiento de cada sistema, alentando el estudio de las virtudes y defectos específicos.

Otra confluente que se viene afirmando en la mayoría de las legislaciones, el respeto de las particularidades propias de cada localismo y nacionalismo, pero converge irrefutable que tampoco se puede escapar del fenómeno de la globalización como tema de discusión. Con estos antecedentes, partir en la búsqueda del ansiado método jurídico eficaz, que coloque al entorno ante un proceso justo, afianzando el logro de la paz social. Sin olvidar, que el pragmatismo como forma de vida y de pensamiento se ha ido introduciendo en occidente, y con ella ideas noveles, socavando y trastocando los cimientos de la litigación.

En este derrotero, explicitar las ideas contrapuestas del multiculturalismo y la globalización.

2.1 Multiculturalismo

La corriente del multiculturalismo legal responde a una idea de respeto y análisis de las distintas colectividades, insertas dentro de un marco jurídico-cultural prefijado. Cada pueblo tiene su esquema individual, derivadas de peculiaridades políticas, sociales y por supuesto jurídicas, generando una condición singularísima, que en líneas rigurosas discurre en satisfacer las necesidades de las culturas particulares, con matices característicos.

El “multiculturalismo” como fenómeno general, fecunda también al denominado “multiculturalismo jurídico”, identificando la creciente conciencia que en el ámbito del derecho existe una variedad de culturas (Taruffo, 2006, p. 5), extendido en áreas más delimitadas aun, tal como la administración de justicia y el esquema de litigación. La necesidad de una legislación uniforme en todos los países, más que un hecho

realizable sería algo así como un sueño, la utópica concepción de algo inalcanzable (Naizir Sistac, 2010, p. 216)².

Este fenómeno se percibe con mayor claridad en el derecho comparado, donde surgen las distintas facetas descubriendo un verdadero multiculturalismo procesal; de hecho, la función comparatista lleva al estudio de los distintos modelos jurídicos contemporáneos.

Entre tanto, no se trata estrictamente de diagnosticar las diferencias, sino también cotejar sus virtudes y defectos, para desde este conocimiento previo partir en el intento de edificar un diseño conveniente, duradero y apto, sin impedir que cada cultura tenga sus expresiones propias, al extremo de mantener el respeto a las diferencias.

Así, Taruffo refiere que el fenómeno tiene dos ribetes importantes: a) la estructura de varios niveles del multiculturalismo en el derecho; b) la tendencia hacia la fragmentación de los sistemas jurídicos y de las culturas jurídicas (Taruffo, 2006, p. 7). Ambas a su vez ofrecen interesantes derivaciones:

a) “La estructura de varios niveles del multiculturalismo en el derecho”, contiene la siguiente subdivisión:

a.1. El primer nivel del multiculturalismo es la diferencia entre sistemas, surgiendo en este plano la siempre vigente disputa entre el “*common law*” y el “*civil law*”, sin adentrarnos en esta distinción por ser bien conocidas sus diferencias.

a.2. En un nivel intermedio, corresponde la disquisición entre los distintos órdenes procesales de cada país, las heterogéneas legislaciones tienen divergencias y analogías siendo resaltante identificarlas para intentar su compatibilización. Se recalca que existe una fuerte resistencia a la armonización, aunque morigerados por la tendencia contraria.

Advertimos en el presente, que las tendencias originarias tanto del *common law* como del *civil law*, ya no se conservan en estado puro, ambas están confluyendo en más puntos de encuentros que desencuentros.

2 “La uniformidad de las legislaciones de todos los países pueden resultar ser una utopía porque sería desconocer una gran historia cultural y social de los pueblos, además de las huellas por las que se identifica cada sociedad sembradas a lo largo de su historia. Pretender que un grupo de países adopte una legislación idéntica no es compatible con los orígenes de la humanidad”.

a.3. El último nivel, se concentra en el interior de cada uno de los ordenamientos procesales nacionales. Cada Estado puede tener a su vez una fragmentación hacia adentro, con otros sub-ordenamientos procesales que son aplicados dentro de las subdivisiones territoriales. Ocurre primordialmente con los Estados federales, en donde los distintos Estados o provincias cuentan con normas jurídicas diferenciadas, aunque inspiradas en una norma general, el caso de USA, Suiza (26 cantones, todos con un código procesal diferente) (Taruffo, 2006, p. 12), México y Argentina (códigos procesales estatales y provinciales); entre los destacados.

b) La segunda característica del multiculturalismo jurídico, consiste en “el movimiento hacia la fragmentación y al localismo”, que a su vez resulta vivazmente dinámica. Los contornos generales del ámbito jurídico se trasladan hacia cada sociedad en particular, que al regular soluciones las enmarca en un localismo intenso.

Revela una suerte de abandono de aquello situado en el vértice superior (visión general), sin descartarla, aplicado como una norma específica, aunque sin el alcance buscado por los códigos tradicionales omnicomprendivos e incluso por la doctrina procesal.

Simboliza un despertar de lo particular que desplaza a lo general, coronando la heterogeneidad cultural, el desplazamiento de la atención de los grandes sistemas a las pequeñas comunidades. Priman agudamente las variables particulares, antes que los postulados generales recomendados desde fuera del contorno territorial.

2.2 Globalización

En contraposición al multiculturalismo procesal, surge la denominada “globalización jurídica” como la antítesis válida, tendencia que va en sentido contrario admitiendo una noción globalizante que busca la unificación de los sistemas jurídicos.

Versa sobre una idea que abarca más allá de lo jurídico, introduciéndose en todos los ámbitos, sean políticos, económicos, sociales y también jurídico, claro está, como parte de los eventos a que se somete el ser humano.

Partiendo del estudio de las distintas realidades, busca instalar en el contexto universal soluciones unificadas exhortadas de lo transnacional para asentarse de manera uniforme en la mayoría de las sociedades.

Incide desde un ámbito de la sociología jurídica, señalada por la ciencia como un factor trascendente de la cultura jurídica. Se acompasa de la afirmación que resulta acertado confirmar que la globalización ha traído una revolución social, antropológica y sociológica en el mundo, excediendo la perspectiva netamente jurídica (Monroy Galvez, 2009, p. 189).

Aclaremos sin rodeos, mostrarnos partidarios del movimiento que de “globalización positiva”, entendida como un proceso histórico inexorable de la humanidad al cual solo queda someterse, teniendo la virtualidad de unir a todos los que habitamos este planeta; pero sin que implique la aceptación de la denominada “globalización negativa”, que con todas sus coordenadas defectuosas repercuten desde el punto de vista económico, financiero y sociológico, visión que lejos de traer desarrollo agudiza la profundización de las miserias y diferencias entre ricos y pobres (Monroy Galvez, 2009, p. 182)³.

Si la globalización es mirada como símbolo de dominación, la rechazamos; en cambio, a la globalización integradora que acerque a los pueblos y sea un símbolo de unión de los seres humanos, bienvenida sea.

Ocurre que cuando se significa a la globalización, resuena entendida como una corriente económica donde marcan pautas las ideas capitalistas neoliberales, sin que contenga en esencia una visión de desarrollo con justicia social. Es justamente la ciencia jurídica la que debe poner un parapeto a modo de trincheras, con el objetivo de legislar las coordenadas de respeto a los derechos fundamentales del hombre.

Cobra pleno sentido que el derecho fue afectado por dicho mecanismo globalizante, que por un lado trae consecuencias positivas, si de conocer las normativas del derecho comparado y del respeto global a los derechos fundamentales referimos, punto de vista desde el cual se produjeron hechos positivos para la ciencia jurídica; no obstante que también deriva en miserias que desterramos por su negatividad.

Sin pretender entrar en un desarrollo temático de esta cuestión, presenta aspectos a ser tenidos en cuenta, como ser:

3 “Hay contundentes pruebas numéricas sobre su terrorífica eficacia: 1) El ingreso del 1% de la población más rica del planeta equivale al 57% de la más pobre; 2) El 10% de los más ricos de USA tienen tantos ingresos como el 43% más pobre del mundo (25 millones igual a 2.000 millones); 3) La relación de ingresos entre el 5% más rico y el 5% más pobre del mundo es de 114 a 1; y, 4) 2.800 millones de personas viven con menos de dos dólares por día”.

- a) Es un factor relevante que produce unificación y armonización entre los distintos esquemas jurídicos.
- b) Genera la circulación de modelos jurídicos. Ej. Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica; *Model Law* (preparado por UNCITRAL para el ámbito comercial); Código Procesal Civil Universal (*Trasnacional Rules of Civil Procedure*); entre los más importantes.
- c) Produce un efecto de “deslocalización”, implica la eliminación de la tradicional relación entre jurisdicción, soberanía y territorio del Estado- nación.
- d) Permite instalar el criterio de justicia transnacional, como último eslabón de la estructura jurídica.
- e) Visualiza un mandato hacia los ordenamientos nacionales, de reestructurar sus esquemas de litigación adaptándolas a los fenómenos uniformes recomendados desde lo supranacional.
- f) Orienta a la implementación de procesos sobre la base de principios.

2.3 Entrecruzamiento de ideas

El pluralismo de ideas supone tolerancia de la antagónica, e incluso la necesidad de comprender a la contraria, definitivamente en la democracia concurre tan importante el disenso como el consenso. En tal sentido se mueven estas ideas contrapuestas, que juegan como el “punto” y el “contrapunto” de la dimensión transcultural, subrayando otorgar mayor preeminencia al localismo o multiculturalismo o, en su defecto, dejar que la globalización avance raudamente arraigándose.

A semeja a la idea que no hay un único modo de mirar al mundo, así culturas diferentes pueden converger en algunos aspectos y, en otros, continúan con sus cúmulos de ritos, ceremonias y creencias que son vitales para ellas mismas. Implica el intento de generar una señal de partida desde la cual ambas tendencias confluyan en un pórtico que se abra, mostrando un sendero a transitar sin enfrentamientos. Para ello será fundamental reflexionar desde la teoría del derecho, en busca del diseño de sociedad pretendida.

Así las cosas, resultaría inapropiado soslayar la actual tensión entre fragmentación y globalización que existe en el interior del derecho y de la cultura jurídica (Taruffo, 2006, p. 21)⁴, al grado que cada aspecto del orden legal puede ser alcanzado por la tirantez entre localismo/fragmentación y globalización/uniformidad.

Pese a lo graficado, sería inexacto afirmar que no tenga antídoto. Resolver los problemas entre ambos, envolverá una profunda reflexión desde la teoría del derecho para encontrar una compuerta que se ilumine con la pócima buscada.

Asumimos el impedimento de poder encontrar alguna solución en esta investigación, por tratarse de un problema extremadamente complejo y en plena evolución. Sin embargo, creemos prudente estetizar algunas líneas al respecto:

- a) La tirantez entre localismo y globalización difícilmente se resolverá algún día, al contrario, son tendencias que deberán convivir.
- b) La globalización producirá la necesidad de mayores respuestas a los fenómenos globales, ante lo cual desde el ámbito interno deberán darse las soluciones necesarias, caso contrario el localismo sucumbirá por la presión externa; aunque difícilmente desaparezca.
- c) No fluye conveniente que la globalización arrase con la cultura jurídica de una sociedad, debiendo preservar las tradiciones jurídicas arraigadas en el ámbito interno, pero únicamente aquellas que resulten efectivas.

4 “Las dos tendencias que se han delineado operan de hecho como una especie de “empuje y contra empuje” o, si se prefiere otra metáfora, como polos de atracción en direcciones contrapuestas. Aquello que es (empujado) o (atraído) es el derecho, o cultura jurídica o ambos si se conciben en interacción recíproca. Sería sin embargo impropio pensar en el derecho o en la cultura jurídica como algo compacto, coherente y bien definido de una vez por todas.... Por decirlo así, esa tensión para por varias áreas del derecho y -junto con muchos otros factores que interaccionan en un contexto muy complicado- lleva a consecuencias diversas en el espacio y en el tiempo, en función de las diferentes situaciones concretas. (sic. más adelante agregar) Se debería, entonces, considerar que un importante efecto de la globalización sobre el derecho es la constitución de un orden jurídico débil, casi totalmente descentrado, una especie de red que une varios puntos periféricos, en la cual cada punto tiene sus peculiares (y en alguna medida “locales”) características.”

- d) Debe surgir una escuela comparatista fuerte, conformado por juristas del mundo que marquen pautas para las mudanzas, interpretando las diversas culturas.
- e) Identificar cuáles son los problemas jurídicos comunes, que en esencia son similares por doquier.

Como corolario, un intento por encontrar nuevas formas de pensar un sistema eficaz, una revolución cultural con el fin de construir una identidad propia, sin las utopías de vuelta atrás, con una visión sin retorno hacia un futuro mejor, evitando el aniquilamiento de una de las dos concepciones, al contrario, concordando su armónica convivencia.

2.4 Fronteras móviles

Acertadamente lo explicita Atienza, debe advertirse la idea que el derecho es una realidad dinámica, consistiendo no tanto en una serie de normas o de enunciados de diversa índole, además vincula, una práctica social compleja que incluye normas, procedimientos, valores, principios, acciones, agentes, etc. Ligado a ello, engloba la interpretación de las normas a la realidad judicial como un proceso racional y conformador del derecho (Atienza, 2006, p. 55).

Lo típico del enfoque dinámico, indica que todas las normas primitivas serán de competencia, es decir, preceptos que confieren una habilitación o autorización para crear normas (Prieto Sanchez, 2005, p. 108)⁵, asintiendo la adaptabilidad de la función jurisdiccional a la casuística individual. Tolera que el proceso fluctúe sobre fronteras móviles, avalando la recepción de institutos nuevos, como los orientados por los derechos humanos, que en un primer momento regulaban sobre la tutela de los derechos civiles y políticos (derechos de primera generación); luego extenderse a los derechos de segunda generación protegiendo los derechos

5 Agregaba: “La denominación “dinámico” está también justificada, porque este sistema se caracteriza precisamente porque cambia; a diferencia del sistema estático, que es siempre igual a sí mismo (mientras no cambien sus normas primitivas o independientes, claro está), resulta esencial al sistema dinámico la idea de cambio, de incorporación y eliminación de normas o, como suele decirse, de promulgación y derogación. Por eso también a diferencia del sistema estático, en un sistema dinámico son perfectamente concebibles las contradicciones normativas, dado que distintas autoridades habilitadas (o incluso la misma en momentos sucesivos) pueden dictar normas de contenido contradictorio”.

económicos, sociales y culturales de las personas, en defensa del interés colectivo; para sin demoras hacerse expansivo a los de tercera generación tal como el derecho al desarrollo, a la paz, al medio ambiente, y a la propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad (Pureza, 2002, p.106); finalmente por estos tiempos propender al amparo de los derechos de cuarta generación basados en la sociedad informática, evitar la exclusión digital, derechos de los animales, internet como derecho humano, sin que la evolución haya concluido puesto que ya comienza a hablarse de una nueva generación de Derechos Humanos a ser protegidos en breve.

La obligatoriedad de la aceptación de los derechos humanos como parte integrante del ordenamiento jurídico, prácticamente ha compelido a concebir un sistema procesal dinámico, llevando consigo reconocer un catálogo de libertades que nunca podrá protegerse con una obra cerrada y estática, y sí acaso, con un ordenamiento abierto, ágil y riguroso.

3 CONTITUCIONALIZACIÓN

En este orden de ideas, resultaría inapropiado dejar de reflexionar sobre el fenómeno de la Constitucionalización del orden jurídico, que supone un criterio de racionalización sobre lo Constitucional dejando de lado la superficialidad imperante, indagado como un nuevo marco teórico, no exento de polémicas, por cierto. Como también comporta un criterio metodológico para comprender lo Constitucional y lo Convencional, que primordialmente supera a la teoría, para justificar la aplicación jurídica de los derechos fundamentales y de la tutela de los derechos humanos.

Consiste en la marcha y resultado de la transformación del Derecho causado por la Constitución (García Figueroa, 2005, p. 163), conllevando la idea de impregnación de todo el espectro jurídico por las normas constitucionales (Guastini, 2005, p. 49). La Constitución pasa a tener una visión unificadora, posicionándose como remedio a los efectos destructivos del orden jurídico, mediante una previsión de mayor rango, un derecho más alto (Zagrebelski, 2006, p. 39), de fuerza obligatoria incluso para el legislador, que debe condicionar su actuación a la misma. La premisa genera la noción, que más allá de la literalidad normativa, están los valores y los principios inmanentes consagrados en la Constitución que no merecen soslayarse.

Plantea que no hay problema jurídico que pueda evitar estar constitucionalizado, irradia la creencia indubitada que no pueda ser posible una esfera politizada separada o inmune a la influencia constitucional. Según Prieto Sanchís, “*no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado*” (Prieto Sanchís, 2007, p. 213), trasuntando que cualquier tipología jurídica desemboca en una argumentación de los derechos fundamentales (Bernal Pulido, 2009, p. 93).

Sin dudas la Constitucionalización retrata la imagen que el orden jurídico se visualiza constitucionalizado, comporta que las normas de rango inferior tienen que estar acorde con los principios y valores formales y axiológicos de la Constitución (Tamayo Jaramilo, 2011, p. 83), pero no solo eso, sino que en cada casuística se deben aplicar programáticamente los principios y valores consagrados en la norma superior.

4 LOS GRANDES SISTEMAS CONSTITUCIONALES⁶

Cuando se invoca al sistema jurídico, debe abordarse el recuento de la diferenciación entre los dos grandes sistemas, el *civil law* y el *common law*, partiendo desde allí en pos de intentar comprender la situación actual, donde ha mudado literalmente su concepción original, siendo importante el análisis para dilucidar lo que acontece en el radio constitucional latinoamericano.

Ocurre que el Continente Americano fue un caldo de cultivo para las innovaciones del ámbito constitucional, donde a consecuencia de una deficiente teorización se instituyeron modelos constitucionales híbridos, mezcla de ambas concepciones empujando hacia un mar de confusiones.

Tanto el *civil law* como el *common law* tuvieron su génesis en circunstancias sociales, políticas y culturales totalmente diferentes, derivando que de ambas visiones del derecho se formaran tradiciones jurídicas distintas, con institutos y fenómenos jurídicos propios de cada concepción.

La secuencia evolutiva que se fue presentando con el juez constitucional, obliga en estos tiempos a repensar conceptos que por décadas se han impuesto, para readecuarlos. “*Un texto sin contexto es un pretexto para no entender el texto*”, axioma transmitido por Duncan Kennedy que se ajusta a lo tratado.

6 Se derrrolla con amplitud el temario en VILLALBA BERNIE, 2016.

Se avizoran nuevos paradigmas a comprender, no correspondiendo seguir ligados a preceptos tan básicos como aquel planteando que el juez no puede salirse de la ley, que la debe aplicar aunque sea injusta (axioma positivista), pues la sociedad actual ya no soporta estos postulados tan primitivos. Sabido resulta, que la justicia no se agota en la legalidad, ante lo cual, como lo sostiene Zagrebelski “*el juez que es solo un escrupuloso observador pasivo de la ley, no es un buen juez*” (Zagrebelski, 2006, p. 34).

Recordar que el *civil law* forjado a partir de las banderas de la Revolución Francesa (1.879), conllevó a la creación de un nuevo orden jurídico, un nuevo derecho que florecería a la luz del constitucionalismo francés, levantando velas a una realidad histórica distinta al constitucionalismo inglés.

a) *Revolución francesa*: La Revolución Francesa, comprendió que para concretar sus fines la vigencia de la ley era imprescindible, otorgaron inmensos poderes al Parlamento, sometiendo a los jueces a la supremacía parlamentaria, es aquí donde nace el Juez como “*bouche de la loi*” (juez boca de la ley), solo debía aplicarla y no interpretarla, pues esa tarea estaba reservada al Parlamento. La idea básica consistía en amarrar al juez al texto de la ley, impidiendo su facultad interpretativa.

El grado de tensión incontrolable que ocasionó la Revolución Francesa, hizo que no solo se busque el derrocamiento de la monarquía, sino también de sus personeros principales donde los jueces proyectaban una imagen en consonancia con los intereses aristocráticos. No solo versó sobre hacer caer a la monarquía, sino a todo lo que representaba el poder de la realeza francesa, donde los jueces eran parte vital de aquel engranaje.

El foco revolucionario afectó principalmente a la clase aristocrática y a los jueces, los que en su mayoría fueron martirizados, los que se salvaron fueron destituidos. Los revolucionarios enfatizaron las ideas de un nuevo derecho, una nueva sociedad donde el Parlamento tendría un papel fundamental, aceptando la visión de Montesquieu⁷ de la separación

7 Es interesante referir a la bibliografía de Montesquieu, quien nació en Charles-Louis de Secondat justamente de una familia de magistrados, cargo que ejerció por herencia de su tío, desempeñándose como *President a mortier* en el *Parlament de Bourdeaux*, sin dejarse seducir por las facilidades de su cargo y posición social. Renunció a su cargo de juez y tuvo la audacia de denunciar las relaciones irregulares de los jueces con el poder, fue allí que idealizó su teoría de división de poderes.

de poderes, pero con un Poder Judicial subordinado al Parlamento, institución que representaba los intereses del pueblo.

b) *El derecho inglés*: En el *common law* la innovación fungió diferente, también hubieron grandes disputas buscando superar las anomalías del absolutismo monárquico inglés, pero con diferente tónica. La *Bill of Rights* de 1.689, tuvo como característica el sometimiento del monarca a la ley, Guillermo de Orange fue obligado a ajustarse a la ley para acceder al trono mediante un acuerdo entre éste y el Parlamento. En aquella normativa, destacaba entre sus principios fundamentales la protección de la persona humana y las garantías procesales en favor de la libertad política, pero fundamentalmente demostraba la sumisión del Soberano a la ley.

Podría decirse, que sin dudas la Revolución inglesa también venció al absolutismo incluso antes que la revolución Francesa, pero en Inglaterra no tuvo las consecuencias de aquella, porque el Parlamento no asumió otro poder absoluto, como ocurrió en Francia, la monarquía siguió vigente, imponiendo el acatamiento de la Ley, estando obligado a respetar los privilegios y libertades tradicionales de los ingleses.

No se planteó un nuevo derecho, sino el mejoramiento del derecho ancestral inglés, que no promovía repulsión alguna, sino simplemente lo fueron mejorando paulatinamente y de acuerdo a las necesidades sociales de aquella época. En este contexto el juez era visualizado como un amigo del pueblo, porque de hecho fueron los jueces los que pusieron límites al soberano. El juez inglés no fue sometido a la Ley, mediante sus poderes se le otorgaba la potestad de controlar los actos legislativos, es decir, incluso el Parlamento era sumiso a los designios de los jueces ingleses.

Muestra que el *common law* apostó y confió en el Poder Judicial, mientras el *civil law* esclavizaba a los jueces al Parlamento (Marinoni, 2013, p. 53). En Inglaterra, los jueces fueron la garantía de control de la aplicación del derecho, obligaba tanto al Parlamento como al Soberano a su sujeción.

c) *Revolución de Estados Unidos*: Por la relevancia histórica que ha tenido en el orbe jurídico, corresponde analizar también la Revolución Americana, dando origen al Constitucionalismo de Estados Unidos, a los efectos de poner a consideración un par de cuestiones de trascendencia.

El constitucionalismo americano, al igual que el inglés, construyó sus cimientos sobre la base de una apuesta en favor del Poder Judicial, con confianza en los jueces. En un primer momento con un apoyo medido, pero luego fue la idea que se consolidó.

A partir del caso *Marbury vs Madison* se crea la doctrina del control de constitucionalidad, refrendando que el Poder Judicial se convierta en una verdadero “Poder”, hasta esa sentencia no es que no se diera un control de constitucionalidad, sino que los fallos de la Corte Suprema Americana solo se habían atrevido a proclamar la inconstitucionalidad de leyes estatales, afectando a los distintos Estados, pero sin un carácter general.

En cambio con *Marbury vs Madison* por vez primera se declaró la inconstitucionalidad de una Ley Federal emanada del Congreso de los Estados Unidos, el Poder Judicial actuando como verdadero poder imponía límites a otro Poder (Legislativo) del Estado, a un igual. Mediante esta decisoria se denota el verdadero *imperium* del Poder Judicial, que en adelante fue visto como un igual ante el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, reviendo la postura inicial de Montesquieu que no idealizó al Judicial como un Poder, sino como un mero administrador de justicia, sin facultad de interpretar y declarar la nulidad de lo resuelto por otro poder del Estado.

Tanto el control de constitucionalidad, como la visión del Poder Judicial en igualdad de posicionamiento con los otros poderes del Estado, surgieron en el Derecho Americano.

d) *Modelo austríaco*: Mucho tiempo después del modelo francés, se origina en Europa el denominado “Modelo Kelseniano” de control de constitucionalidad concentrado a cargo del Tribunal Constitucional Austríaco.

Al modelo constitucional difuso de los Americanos del Norte, los europeos le opusieron el modelo de control concentrado en un Tribunal Constitucional. Los norteamericanos construyeron su sistema alrededor del caso judicial, encomendando la tarea del control de constitucionalidad a los jueces, reservando la última decisión a la Corte Suprema. En cambio los europeos, prefirieron concentrar la tarea en tribunales creados para el efecto o bien dotando al Tribunal Superior del país la potestad de resolver cuestiones constitucionales. Han tenido un desarrollo paralelo, en andariveles distintos:

- i. El sistema norteamericano, en un control caso por caso sin efectos derogatorios sobre la ley cuestionada; el europeo, asintiendo la derogación formal de la ley constitucional.
- ii. El sistema norteamericano, en un control posterior aplicada a la casuística; el europeo, con matices, pero caracterizado por un control previo y abstracto.
- iii. El control norteamericano, es incidental ejercido en el curso del proceso; el europeo, asume un rol más específico, una función jurisdiccional autónoma, aplicada por órganos especiales, tratando de dar respuesta a un proceso autónomo de constitucionalidad, con efecto *erga omnes* de ser necesario.
- iv. Efecto para el caso concreto en el norteamericano; efecto *erga omnes* en el europeo.

El modelo europeo tuvo como un primer ejemplo válido a la Constitución Checoslovaca de Febrero 1.920 (meses antes a la austriaca), que fue un modelo puro de control concentrado, pero paradójicamente el Tribunal Constitucional checoslovaco no llegó a ejercer jurisdicción alguna, no conociéndose fallos jurisprudenciales del mismo en su corta duración de 18 años.

Por eso, adquiere gran relevancia el modelo austriaco, al punto de avalar que fue en Austria donde se origina el control de constitucionalidad concentrado, a consecuencia de la Constitución Austriaca de Octubre 1.920 donde se crea el Tribunal Constitucional, comenzando a tener predicamento esta idea al facultar el control de las leyes de la federación.

Luego de lo ocurrido en Austria, se condensa gran parte del debate constitucional sobre la protección de la Constitución, consagrando la rigidez constitucional que se presentaba como elemento insustituible del mecanismo de protección.

Tanto el *civil law* como el *common law* tuvieron en mira vencer al absolutismo, de hecho lo lograron, pero con distintos mecanismos, cuando en Europa Continental (Francia) se trató de sustituir al poder absoluto del juez, reemplazado por otro Poder absoluto, la Asamblea Soberana o Parlamento; en Inglaterra en cambio, la lucha contra el absolutismo consistió en oponer a las pretensiones del rey, los privilegios y libertades tradicionales de los ingleses, representados y defendidos por el Parlamento (Marinoni,

2013, p. 50). Derivó que en Francia el absolutismo se erradicara por la su-
misión del soberano a la ley, dando mayor trascendencia al Parlamento, en
cambio en Inglaterra, fue un criterio de contención al arbitrio real.

La situación fue distinta en USA y en Austria, donde se trataba
de controlar a los poderes públicos, que también lo lograron con dife-
rentes mecanismos, uno consolidado en América del Norte, el otro en
Europa Continental.

En líneas generales, todos ellos tuvieron en común controlar al Po-
der Público, distribuyendo el poder, para garantizar gobernantes que evi-
ten caer en el absolutismo y los mesianismos dictatoriales. La historia de-
muestra que fue logrado a medias, basta recordar los gobiernos totalitarios
europeos, que conllevaron a la barbarie de dos guerras mundiales. Recién
luego de la culminación de los conflictos armados europeos, comenzó a
tener predicamento la cuestión constitucional, al extremo de afirmar que es
una doctrina que comienza a consolidarse recién desde la década del 90 en
adelante, con la intromisión doctrinaria de los Derechos Humanos.

5 LATINOAMÉRICA: EL GRAN LABERINTO

Cuando en el *common law* se apuesta a confiar en los jueces, el
civil law no se origina en una confianza, sino en una gran desconfianza
hacia los mismos. Quizás en estos temas que parecen insignificantes,
como de su falta de comprensión, es que en Latinoamérica tengamos
tantos inconvenientes para constituir un gran Poder Judicial que actúe
como referente indiscutido. Porque cuando se instituyeron las Constitu-
ciones, no fue clarificado el posicionamiento teórico adoptado forjando
un sistema híbrido, mezcla del constitucionalismo europeo afincado en
la Revolución Francesa, como en postulados americanistas derivados es-
pecialmente de la Revolución Americana.

Entonces la tesis radica en desenredar si se instauró un sistema
constitucional de confianza o desconfianza en los jueces, apreciando que
la mayoría de las Constituciones latinoamericanas optaron por dar con-
fianza a los jueces, pero basado en postulados del constitucionalismo eu-
ropeo, una incoherencia sistémica.

Parece un contrasentido, que de hecho lo es, la conjunción *civil
law*-confianza en los jueces, que supone una evidente asistematicidad,

conduciendo en la praxis a la consolidación de un nuevo modelo híbrido o mixto, claramente Latinoamericano. Subyace que la inexactitud en la percepción de estas anormalidades asistémicas, suscitaron la incesante búsqueda por hacer eficaz al diseño constitucional, arribando a la actualidad donde conviven el modelo concentrado y el difuso, provenientes del *civil law* y del *common law* respectivamente.

Basta recordar, que el modelo político de control de constitucionalidad francés, que en puridad no debería ser considerado un modelo de control de constitucionalidad al resultar todo lo contrario, no pudo ser sostenido en el tiempo ni en la mismísima Francia, encaminando a que estas irregularidades hayan sido ajustadas -no subsanadas- en la Constitución de 1958 y luego reacomodada nuevamente en el año 2008 con la reforma constitucional, sin apostar por un control jurisdiccional puro, pero morigerando el control parlamentario.

Resulta consabido, que otro escenario se visualizó en el resto de Europa Continental, donde a través de la visión kelseniana se afincó el denominado control concentrado de constitucionalidad, a fines del siglo XIX, al reglar que debían ser jueces especializados los que controlaran y ejercieran dicha actividad. Fue el emerger de los tribunales constitucionales.

Nótese, que en la misma Europa se generaron dos modelos, el político-francés y el jurisdiccional-austriaco (kelseniano), con la constante que ninguno apostó en dar confianza a los jueces, los que siguieron sin poder realizar el control de constitucionalidad, que en la hipótesis kelseniana estaba reservada a un Tribunal Constitucional especializado y concentrado. En ambos casos europeos, se observa con notoriedad que ni el modelo político, ni el jurisdiccional, confiaron en el juez común para ejercer el testeado de constitucionalidad, lo que saltaba al tapete era una gran desconfianza hacia los jueces inferiores. Aunque podamos coincidir que en el caso austriaco, se expresa una confiabilidad pero reducida a un órgano especial y concentrado.

No ocurrió lo mismo en Inglaterra y en Estados Unidos, donde proliferó un sistema de control difuso de constitucionalidad de gran confianza en los jueces, al punto de poder afirmar que todos los jueces son constitucionales.

Sin vueltas el sistema que tuvo mayor éxito en el control constitucional fue el que otorgó confianza a los jueces para esa tarea, así la

justicia constitucional tuvo un mayúsculo desarrollo en EEUU, donde los valores fundamentales fueron ejercidos por vía de un control difuso de constitucionalidad.

Entonces tenemos, por un lado aquellos países que entronizaron el sistema de desconfianza (sea por el modelo político o por la jurisdicción concentrada) tendiendo a perpetuar el principio de legalidad, por sobre la argumentación en principios; por el otro, los países que apostaron por el modelo de confianza en los jueces, como es el caso de los países anglosajones. Ante una idéntica problemática elaboraron soluciones distintas y absolutamente contrapuestas.

Interesa en consecuencia, retratar como han incidido estas cuestiones en Latinoamérica donde se produce una mezcla de conceptos, modelos y sistemas, quizás teniendo como antecedente la involución y orfandad teórica de estos lares, donde se asimiló en parte la desconfianza y en parte la confianza.

Veamos porque:

- a) Una gran mayoría apostó por una predominancia hacia el control concentrado, pero sin erradicar el control difuso.
- b) Se asimiló a nivel constitucional, cuestiones teóricas del derecho americano, como del Europeo Continental, en una excentricidad teórica.
- c) Se apostó en confiar en los jueces, pero sin confiar de modo absoluto.

Las confusiones en cuanto al análisis y aplicación del temario, en muchas ocasiones impidieron un avance en pos de una mejor protección de las garantías constitucionales.

6 LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El transcurrir del tiempo y en especial los cambiantes vaivenes de la modernidad han obligado a una permanente evolución del contexto jurídico, en especial a partir de la entrada en escena de la supranacionalidad de la tutela de los derechos humanos.

Sobreviene indudable e incuestionable, el gran impacto ocasionado por el fenómeno de los derechos humanos sobre los ordenamientos

jurídicos internos de los distintos Estados partes que han reconocido los Convenios y Tratados internacionales sobre la materia, evidenciando que la aceptación como parte integrante del repertorio legal ha acarreado modificaciones en las legislaciones nacionales con el propósito de armonizarlas, justamente a los derechos humanos.

La protección de los derechos humanos desde el ámbito supranacional, constituyen un cúmulo de normativas que reconocen al “ser humano” como portador de derechos inherentes a su condición de tal más allá de su raza, sexo, nacionalidad o religión (Vega, 2006, p. 46). Los mismos sobresalen a consecuencia de pertenecer a la condición humana y por esta razón son objeto de protección. En cambio, el derecho de los Estados o de las Naciones, refieren al ámbito interno preocupado de cumplir el rol sociológico de pacificar y civilizar las relaciones sociales de los integrantes de una comunidad específica, por medio de la fuerza si fuere necesario.

Los derechos humanos encarnan valores o bienes globalmente similares a los que, a nivel interno protegen los derechos fundamentales, es decir, los derechos humanos se movilizan en el orden internacional y los derechos fundamentales tienen su ámbito de aplicación en el derecho interno.

Las normativas internacionales de derechos humanos, componen los derechos que tienen como fin específico poner límites a los poderes de los Estados, condicionando a que ejecuten sus poderes de coercitividad interna dentro de un contorno bien delimitado que respete a la persona humana, centro de la tutela.

Obliga a elevar una mirada hacia la influencia que tienen los compendios internacionales que consagran la protección de los derechos humanos. Dicha irradiación de efectos presentada en el ámbito constitucional, ya no puede limitar sus fronteras estrictamente al marco constitucional, al proyectar consecuencias mediante orientadores derivados desde lo internacional marcando nuevos rumbos que inciden en todo el ámbito jurídico, tanto de fondo como de forma, obliga a una readecuación -si hiere falta- o al cumplimiento real en caso de encontrarse legislado.

En este contexto se enmarcan los derechos humanos, ejerciendo influencia desde fuera de las fronteras a todo el contorno constitucional de los diversos países. En contrapartida, la nueva concepción de “Constitucionalización” evidencia un estrecho acercamiento con el orden inter-

nacional, a partir del reconocimiento literal realizado en la Constitución de los Tratados Internacionales, donde les otorga validez y vigencia a los Derechos Humanos.

Este orden de legalidad supranacional viene a romper el esquema clásico de la hermenéutica interna de cada Estado signatario, obligando a comenzar con un movimiento de adecuación a las normas internacionales, merecedoras de un serio y riguroso análisis en el orden interno (Villalba Bernié, 2016, p. 196).

Hoy día, ya no debe seguir interpretándose a la compilación jurídica nacional sin una visión integralizadora que deviene de la legalidad supranacional, intentando una sistematización efectiva del pensamiento orientador de los derechos humanos en los distintos procesos esquematizados en cada fuero de los Estados parte. Generalmente cuando se referencia a derechos humanos, pretenden entroncarlo con el derecho procesal penal, sin embargo, la incidencia se da en todos los fueros y materias.

Trasmite la imagen de un primer contenido político que pivotea sobre la relación individuo-Estado introduciendo el concepto de Ley Universal; como segundo significado, contiene una aspiración de legalidad que condiciona y obliga a los Estados a respetar y garantizar a los seres humanos sometidos a su jurisdicción estándares jurídicos mínimos en materia de derechos y garantías individuales, derechos que se consideran inherentes a la condición humana y anteriores al Poder de los Estados; por último plantea un tercer aspecto, entendido como metodología crítica de análisis de la relación derecho-poder y de la relación poder-dominación.

Si bien yace innegable, que la incidencia del orden supranacional se da más acertadamente en el plano constitucional, no es menos cierto que estos deberán ser hitos orientadores a los efectos que los derechos humanos se inserten definitivamente, para que a nivel interno se pueda operativizar la protección de los derechos fundamentales, introduciendo en los sistemas procesales normas de protección de los derechos humanos. Generar un novel paradigma jurídico y en especial procesal, concebido a partir de una supra valoración de los derechos humanos.

En la actualidad ya no sirve una visión sectaria esquemática y restrictiva, que solo trate al proceso constitucional o civil o penal o laboral como tal, sino requiere de una visión macro, comenzando por analizar si ésta materia concurre ajustada a las normativas de derechos humanos,

y en caso que no lo esté, adecuarlas inmediatamente a las mismas; y en la hipótesis que el orden legal radique posicionado en un proceso de reforma, se construya sobre la base de los principios orientadores del orden supranacional, para aquilatar un modelo basado en el respeto a los derechos fundamentales.

7 DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La constitucionalización trasunta también la incidencia del ámbito supranacional de los derechos humanos, mostrando que el tradicional concepto del *control de constitucionalidad* ha variado de eje, sin perder trascendencia, pero compartiendo escena con el control de convencionalidad.

La idea de *control de constitucionalidad* ha sido una visión unívoca y de aceptación común, oscilando sobre distintos posicionamientos que generaron cuanto menos el sostenimiento de dos escuelas clásicas, la americana (de control difuso) y la europea (de control concentrado), y por estos lares (Latinoamérica), podríamos agregar una tercera opción mixta, de control ambivalente concentrado y difuso a la vez, o la que se podría denominar como multimodal.

El control de constitucionalidad se convierte así en la espina dorsal del mundo jurídico enarbolada por la Constitución. Todo el ejido legal gira en torno a esta idealización que no tiene una expresa consagración legislativa actuando como un orden implícito.

Referenciando al *control de constitucionalidad*, aflora con fuerza la idea de la Supremacía Constitucional, que comporta la obediencia debida a la Constitución como el orden superior del sistema de fuentes de un orden jurídico determinado. Dicho de otra manera, el sometimiento de todos los órganos del Estado y de los ciudadanos en particular a la Constitución, a la ley, siendo esta función ejercida mediante el Control de Constitucionalidad, que indica el marco general en el cual se desenvolverá el contexto jurídico y político.

En la otra escena se encuentra el “*control de convencionalidad*”, que constituye una noción puesta de moda en el Derecho Internacional, a partir de la novedosa doctrina esbozada por la Corte IDH en el año 2006

proferida en el caso “*Almonacid Arellano vs Chile*”, que si bien no fue el primer caso en el cual se cita⁸ a la terminología, se realiza una descriptiva funcional del concepto.

En líneas generales, el control de convencionalidad dimana del “principio de convencionalidad” ligado a la obligación que tienen los Estados de adoptar en el derecho interno todas las disposiciones necesarias para asegurar a sus ciudadanos el ejercicio pleno de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En forma específica, el “Control de Convencionalidad” alude a la obligación judicial que tienen los órganos jurisdiccionales internos de aplicar el Pacto de derechos humanos, conllevando incluso la de inaplicar las normas que la contravengan. Técnicamente constituye un mandato realizado a los jueces nacionales, obligando a controlar en cada uno de sus fueros y materias la vigencia de la Convención. De hecho, la Constitucionalización equivale a la humanización en el sentido que el derecho llega a ser caracterizado como un esfuerzo institucional para hacer triunfar a los derechos humanos (Vigo, 2016, p. 32), el principio de convencionalidad pasa a ser el brazo ejecutor de esta idea básica.

Actúa en consonancia con el sistema de control de Constitucionalidad jurisdiccional difuso, donde todos los jueces de cualquier materia e instancia están obligados a efectuar el control de convencionalidad de las normas internacionales que son parte del orden interno (como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos y de otros documentos que integran el sistema de protección) debiendo aplicar las normativas de derechos humanos en prelación a las leyes positivas que no contengan dicha protección o, incluso, que se contrapongan a aquellas.

Las previsiones referenciadas en los párrafos anteriores, denotan la obligatoriedad por parte de los Estados de cumplir con el control de convencionalidad en todo tipo de proceso, sea del orden penal, civil, laboral, administrativo, constitucional, parlamentario o de cualquier índole que fuere, siempre que requiera investigación mediante la viabilización de un modelo procesal.

8 Véase, Caso *Myrna Mack vs. Guatemala*, 2001, donde se utiliza por vez primera el término control de convencionalidad; luego en caso *Tibi vs. Ecuador*, 2004; caso *López Álvarez vs. Honduras*, febrero 2006; Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, septiembre 2006.

Implica que el Control de Constitucionalidad y el Control de Convencionalidad actúen fusionados en pos de brindar una mejor protección, donde la Convención deberá prevalecer por encima de la Constitución, cuando verse como una mejor garantía de los derechos humanos en aplicación del principio *pro-homine*, a contrario *sensu*, las normas internas prevalecerán ante el orden internacional si protegen mejor y con mayor calidad a los seres humanos, en aplicabilidad del mismo principio. Ya no interesa que cuerpo legal sea el que contiene la tutela más calificada de los derechos fundamentales conculcados. Lo que ocurre en la práctica, es que generalmente resulta el ámbito internacional o las interpretaciones jurisprudenciales de la Corte IDH las que generan una aventajada y perfeccionada salvaguarda de los mismos.

8 DESAFÍOS

La idea del derecho reposa en una visión globalizante y holística que actúa en armonía, donde los instrumentos legales se brindan en pos de una excelsa protección de los derechos fundamentales; tal cual lo hacen en una orquesta sinfónica los distintos instrumentos musicales, cumpliendo un rol trascendental en la ejecución de los arpeggios y acordes que representarán a la obra musical. En la ciencia jurídica no debería realizarse una mirada parcializada resolviendo solo sobre Códigos sin mirar al todo legal, que comprende al constitucional y al convencional, porque de hacerlo así, sería como la composición musical ejecutada por un solo instrumento visión parcializada y superficial que no propenderá a una tutela global y adecuada.

Los Derechos Humanos se han convertido en el eje de la metamorfosis del derecho latinoamericano, que a partir de la globalización, pero sin perder la esencia cultural que impregna a cada pueblo en particular, invitan a ajustar la normativa doméstica, sin que implique copiar modelos foráneos sino apostando por las visiones jurídicas proyectadas por los ámbitos académicos regionales. Escapar del eurocentrismo académico, como también de los modelos provenientes de América del Norte, fortaleciendo la idea latinoamericana de un control de constitucionalidad y de convencionalidad que desde Manuel Crescencio Rejón en el Siglo pasado en Yucatán, (al crear el amparo constitucional) muestra una clara

inclinación MULTIMODAL mezcla de los distintos sistemas de control, que por cierto nos hace distintos.

No significa renegar de los modelos clásicos concentrados o difusos, que deberán ser profundizados en el orbe académico sin negar su relevancia, tendrán que ser optimizadas sustentadas en el sistema mixto de control constitucional multimodal creación Latinoamericana, con las variables de perfeccionamiento que fueron desarrolladas en este continente. Claro que estas variables merecerán ser ajustadas permanentemente, solo así fluirá con ímpetu el control de convencionalidad, visión que plantea un mejoramiento de los órdenes internos.

A modo de síntesis, la transformación permanente del ámbito judicial, hacen que se planteen la apertura de nuevos surcos, haciendo que cuestiones tan arraigadas en el derecho vayan mudando al paso de la influencia de las nuevas coordenadas. Algunas de las mutaciones son imperceptibles y casi normales, como la necesidad de la humanización del proceso, en cambio otras transformaciones requieren de posturas legislativas y doctrinarias firmes tal el caso del asentimiento de la doctrina del control de convencionalidad, que requiera de una mutación de mentalidad.

Plantea la exigencia de apuntalar cimientos que convaliden las transformaciones, sobre todo cuando de ser bien utilizadas se convertirán en elementos fructíferos para hacer del proceso un ágil medio de resolución de conflictos.

Tanto la constitucionalización como la convencionalización del proceso plantean ribetes de transformación, de aquello que era analizado como tradicional, para asentar una nueva teoría general del proceso, desde allí trasladarse a cada una de las áreas que ajustarán sus parámetros a los noveles postulados.

Así las cosas, comprender la evolución quebrando el rígido principio de supremacía constitucional, que en rigurosidad sugiere una supremacía constitucional, impregnada de derechos humanos.

El escenario bosqueja un sistema constitucional e internacional integrado, donde la aplicabilidad de los nuevos cánones jurídicos recomendados por el ámbito internacional basado en principio *pro hómine*, sea el norte a seguir.

En condensada síntesis, todos los ámbitos de la litigación impregnada de principios rectores de derechos humanos, proyectando una nueva cultura jurídica como también una incipiente concepción del litigio judicial.

REFERENCIAS

ATIENZA, Manuel. El derecho como argumentación. Barcelona: Editorial Ariel, 2006.

BERNAL PULIDO, Carlos. El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho, **Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia**, Bogotá, 2009.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. *In: Neoconstitucionalismo*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El Caso Italiano**, publ. en *Neoconstitucionalismo*. 2.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obligatorios**. Lima: Editorial Pa-lestra, 2013.

MONROY GALVEZ, Juan F. Globalización, derecho y proceso. *In: Constitución y proceso: libro homenaje a Juan Vergara Gotelli*. Lima: Jurista Editores, 2009.

NAIZIR SISTAC, Juan Carlos. Armonía del Derecho Procesal Civil Colombiano y el arbitraje internacional para acceder a la justicia de un mundo globalizado. **XXXI Congreso Colombiano de Derecho Procesal**, Universidad Libre de Colombia, 2010.

PRIETO SANCHÍS, Luis, El constitucionalismo de los derechos. *In: CARBONELL, Miguel (dir.). Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PRIETO SANCHIZ, Luís. **Apuntes de Teoría del derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

PUREZA, José Manuel. **El Patrimonio Común de la Humanidad: ¿Hacia un Derecho Internacional de la Solidaridad?** Madrid: Editorial Trotta, 2002.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. **La decisión judicial.** Medellín: Colombia, 2011, t. I.

TARUFFO, Michele. **Sobre las fronteras.** Escritos sobre la justicia civil. Bogotá: Editorial Temis, 2006.

VEGA, Juan Carlos. Los Derechos humanos: idea política, metodología de análisis crítico, legalidad supranacional. *In: Derechos Humanos: legalidad y jurisdicción supranacional.* Córdoba: Editorial Mediterránea, 2006.

VIGO, Rodolfo Luís. **Constitucionalización y judicialización del derecho.** México: Porruá, 2016.

VILLALBA BERNIE, Pablo Darío. **Derecho Procesal Constitucional: contenidos esenciales.** Bogotá: Editorial Nueva Jurídica, 2016.

VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos.** Asunción: Editorial La Ley, 2014.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **La exigencia de justicia.** Madrid: Editorial Trotta, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Madrid: Editorial Trotta, 2005.

LOS CONTENIDOS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN MÉXICO: HACIA ESCENARIOS DE MAYOR JUSTICIA Y BIENESTAR

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO¹

1 INTRODUCCIÓN

El mundo del derecho a la protección de la salud está lleno de normas, principios y directrices que se repiten una y otra vez. La aspiración de alcanzar niveles elevados de atención médica es importante porque representa el derecho humano a tener condiciones dignas para lograr el desarrollo humano sostenible. Este derecho está interrelacionado directamente con otros derechos humanos, pero desafortunadamente, en el contexto actual, existe una brecha significativa entre lo que se dice que se pretende y la realidad, principalmente debido a la pobreza y la desigualdad social que prevalecen en Latinoamérica y en México en particular

El desarrollo humano es un proceso mediante el cual una nación o región invierte una parte de sus recursos económicos en mejorar las condiciones de vida de sus ciudadanos. Este proceso se logra al crear las condiciones necesarias para satisfacer las necesidades básicas de la población y respetar sus derechos humanos fundamentales.²

1 Abogado, Doctor en Derecho Público, profesor e Investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH), profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Director de la *Revista Primera Instancia* y presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Vicepresidente en Investigaciones de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional. <https://orcid.org/0000-0003-0367-4716>. Grupo de Investigación Derecho procesal convencional de derechos humanos de la UNACH. Contacto: alfonso.martinez@unach.mx.

2 Concepto. Desarrollo humano, <https://tinyurl.com/52k2z2hj>

El desarrollo humano no debe ser determinado solo por el producto interno bruto de un país, sino por la calidad de vida que ofrece a su población en general. El índice de desarrollo humano se utiliza para medir el desarrollo humano y considera factores como la salud, la educación y los ingresos económicos³.

Enfermedades como la diabetes mellitus, la hipertensión, las enfermedades cardiovasculares y la obesidad son el resultado de una mala nutrición y la falta de infraestructura hospitalaria adecuada en muchas regiones del país, especialmente en las áreas donde viven las poblaciones más pobres. Además, un gran porcentaje de la población no tiene acceso a la seguridad social debido a la falta de afiliación a instituciones públicas. La pandemia de Covid-19 ha dejado en evidencia estas deficiencias (López Calva; Vélez, 2003).

2 CONTENIDO JURÍDICO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

El derecho a la protección de la salud previsto en la constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos, establecen para el cuidado parámetros altos de atención para toda la población sin distinción, lo que implica, de manera general, ampliar la esperanza de vida digna. En el aspecto preventivo, mejorar las condiciones de alimentación,⁴ de vivienda⁵, contar con un medio ambiente sano⁶, tener acceso al agua para uso personal y doméstico⁷, evitar el sedentarismo, controlar los niveles de estrés, entre otras medidas, en caso, de que se presenten enfermedades, tener el acceso a la atención médica calificada; contar con medicamentos adecuados de calidad, seguros y eficaces; personal médico

3 Cfr. López-Calva, Luis F. y Vélez Grajales, Roberto. Estudio del desarrollo humano, PNUD México, 2003, <https://tinyurl.com/4ezy6s6z>

4 Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.

5 Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa.

6 Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar.

7 Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible.

competente⁸, en las diversas especialidades, e instituciones que presten el servicio sanitario en los diferentes niveles de atención⁹, con la finalidad, en lo posible, de recuperar el estado de salud.

El artículo 4º de la Constitución dispone que: Toda Persona tiene derecho a la protección de la salud...La Ley General de Salud definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social.

Dentro del derecho convencional, la protección a la salud es un derecho humano fundamental para el desarrollo humano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), por primera vez en la sentencia del Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, de 8 de marzo de 2018, señaló que el derecho a la salud está protegido por el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH), derecho que se deriva de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en los numerales 34.i y 34.l¹⁰, que establece, entre los objetivos básicos del desarrollo integral, el de la “defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica”, así como de las condiciones que hagan posible una vida sana, productiva y digna. Por su parte, el artículo 45.h¹¹ destaca que “[la persona]

8 Especialistas en la ciencia que estudia las enfermedades que afectan al ser humano, los modos de prevenirlas y las formas de tratamiento para curarlas.

9 Los niveles de atención son una forma organizada de organizar los recursos en tres niveles de atención, en síntesis, medicina general, especializada y de alta complejidad diagnóstica y de tratamiento.

10 Artículo 34 de la Carta de la OEA dispone: Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] i) Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica [y] l) Condiciones [...] que hagan posible una vida sana, productiva y digna.

11 Artículo 45 de la Carta de la OEA prevé: Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos: [...] h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social [...].

solo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones mediante la aplicación de principios y mecanismos”, entre ellos el: “h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social”¹².

El artículo XI de la Declaración Americana permite -agrega la Corte IDH- identificar el derecho a la salud al referir que toda persona tiene derecho “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”¹³.

Como se puede apreciar el derecho a la salud está correlacionado con diversos derechos humanos, de forma directa y deben protegerse de manera integral en base al principio de interdependencia¹⁴.

Esquema 1: Derecho a la salud y el principio de interdependencia



Fuente: Propia.

- 12 Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Sentencia de 8 de marzo de 2018, párrafo 106.
- 13 Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Sentencia de 8 de marzo de 2018, párrafo 109.
- 14 Implica que entre los derechos humanos no existe jerarquía alguna, tanto los derechos civiles y políticos, así como los DESCAs y los que tenga este estatus, deben ser respetados y protegidos por el Estado, así también la afectación de uno impacta en los otros y viceversa, lo que significa que debe darse igual atención a todas las clases de derechos humanos aplicación, promoción y protección.

El derecho a la salud está consagrado por un vasto *corpus iuris* internacional; *inter alia*: el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales (DESC), el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre DESC. Además, el derecho a la salud se reconoce en el artículo 5 apartado e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial el artículo 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el artículo 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el artículo 28 de la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, y el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este derecho también se encuentra plasmado en varios instrumentos regionales de derechos humanos, como en el artículo 17 de la Carta Social de las Américas; el artículo 11 de la Carta Social Europea de 1961, en su forma revisada; el artículo 16 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y recientemente en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Además, el derecho a la salud ha sido reconocido en la sección II, apartado 41, de la Declaración y Programa de Acción de Viena¹⁵, y en otros instrumentos y decisiones internacionales.

3 PARÁMETROS JURÍDICOS DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

La Corte IDH ha determinado que a los Estados se les impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana, e inclusive los reconocidos en materia interna. Asimismo, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte IDH ha recurrido al *corpus iuris internacional* y nacional en la

15 Conferencia Mundial de Derechos Humanos, aprobados el 25 de junio de 1993, Viena. Apartado 41. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la importancia del disfrute por la mujer del más alto nivel de salud física y mental durante toda su vida. En el contexto de la Conferencia Mundial sobre la Mujer y de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así como de la Proclamación de Teherán de 1968, la Conferencia reafirma, sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres, el derecho de la mujer a tener acceso a una atención de salud adecuada y a la más amplia gama de servicios de planificación familiar, así como a la igualdad de acceso a la educación a todos los niveles.

materia para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención ADH, a fin de derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho.¹⁶

Así la Corte IDH, en su facultad contenciosa, ha aplicado los parámetros tal y como lo prevé el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), la exigencia del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

Los casos son analizados de acuerdo con las circunstancias y necesidades particulares de cada víctima, según lo que se acuerde con cada una de ellas y después de una evaluación individual.¹⁷

a) Garantía del mejoramiento de la prestación médica de calidad y eficaz

La Corte IDH ha recordado que la obligación general de protección a la salud se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población. Este derecho abarca la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en cada Estado. El cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar este derecho deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados, y deberá realizarse de conformidad con los recursos disponibles de manera progresiva y de la legislación nacional aplicable.¹⁸

b) Exigibilidad inmediata y principio de progresividad

La Corte IDH considera pertinente recordar que existen dos tipos de obligaciones que derivan del reconocimiento de los DESC, los cuales se encuentran protegidos por el artículo 26 de la Convención ADH: aquellas de exigibilidad inmediata, y aquellas de carácter progresivo. Al

16 *Cfr.* Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia 4 de julio de 2006, párrafos 89 y 90.

17 Caso Garzón Guzmán y otros Vs. Ecuador. Sentencia de 1 de septiembre de 2021, párrafo 114.

18 Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile. Sentencia de 1 de octubre de 2021, párrafo 100.

respecto, la Corte IDH recuerda que, en relación con las primeras (obligaciones de exigibilidad inmediata) los Estados *deberán adoptar medidas eficaces a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para los DESCA, y en general avanzar hacia su plena efectividad*. Respecto a las segundas (obligaciones de carácter progresivo) la realización progresiva significa que *los Estados parte tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de dichos derechos, en la medida de sus recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados*. Asimismo, *se impone la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados*. En virtud de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (artículos 1.1 y 2) resultan fundamentales para alcanzar su efectividad.¹⁹

c) Medidas regresivas

La Corte IDH determino que el Estado violó el principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención ADH, por las alegadas medidas regresivas que habría adoptado en detrimento a la plena realización del derecho a la salud para personas que viven con el VIH en Guatemala. En ese sentido, los representantes sostuvieron que el Estado, a pesar de tener conocimiento de la existencia de una epidemia de VIH en su territorio, adoptó medidas regresivas y no dispuso del máximo de sus recursos disponibles para prevenir la propagación del virus y garantizar el derecho a la salud. Específicamente, los representantes se refirieron a las barreras legales en materia de patentes que han impedido el abastecimiento permanente de medicamentos de bajo costo por parte del sistema de salud público. De igual forma, los representantes se refirieron a obstáculos en materia de contratación administrativa y a actos de corrupción.²⁰

d) Consentimiento informado

Los Estados tienen la obligación internacional de asegurar la obtención del consentimiento informado antes de la realización de cualquier

19 Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala. Sentencia de 17 de noviembre de 2021. párrafo 104.

20 Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 23 de agosto de 2018, párrafo 140

acto médico, ya que éste se fundamenta principalmente en la autonomía y la autodeterminación del individuo, como parte del respeto y garantía de la dignidad de todo ser humano, así como en su derecho a la libertad. El consentimiento informado consiste “*en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo*”.

Esta regla no sólo consiste en un acto de aceptación, sino en el resultado de un proceso en el cual deben cumplirse los siguientes elementos para que sea considerado válido, a saber, que sea previo, libre, pleno e informado. En este sentido, los prestadores de salud deberán informar al paciente, al menos, sobre:

- i) la evaluación del diagnóstico;
- ii) el objetivo, método, duración probable, beneficios y riesgos esperados del tratamiento propuesto; iii) los posibles efectos desfavorables del tratamiento propuesto;
- iv) las alternativas de tratamiento, incluyendo aquellas menos intrusivas, y el posible dolor o malestar, riesgos, beneficios y efectos secundarios del tratamiento alternativo propuesto;
- v) las consecuencias de los tratamientos, y
- vi) lo que se estima ocurrirá antes, durante y después del tratamiento.²¹

e) Gastos de transportación para la atención médica

La Corte IDH considera oportuno que el Estado brinde gratuitamente, a través de instituciones de salud especializadas y de forma inmediata, adecuada y efectiva, el tratamiento médico, psicológico y/o psiquiátrico que requieran los padres de Manuela, incluida la provisión gratuita de medicamentos, previo consentimiento informado y por el tiempo que sea necesario. Asimismo, los tratamientos deberán prestarse, en la medida de lo posible, en los centros elegidos por los beneficiarios.

21 Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Sentencia de 26 de marzo de 2021, párrafo 119.

De no contar con centros de atención cercanos se deberán sufragar los gastos relativos al transporte y alimentación. Para tal efecto, las víctimas disponen de un plazo de 18 meses, contado a partir de la notificación de la sentencia, para requerir al Estado dicho tratamiento.²²

f) Regulación de la prestación de servicios

La Corte IDH ha establecido que la operatividad de dicha obligación comienza con el deber de regulación, por lo que ha indicado que los Estados son responsables de regular con carácter permanente la prestación de servicios (tanto públicos como privados) y la ejecución de programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de calidad. La Corte IDH ha tomado en cuenta la Observación General No. 14 del Comité DESC sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. En particular, en dicha Observación destacó que el derecho abarca la atención de salud oportuna y apropiada, así como los siguientes elementos esenciales e interrelacionados de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en cada Estado²³:

A') Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

B') Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

22 Caso Manuela y otros Vs. El Salvador. Sentencia 2 de noviembre de 2021, párrafo 282

23 Caso Hernández Vs. Argentina. Sentencia de 22 de noviembre de 2019, párrafo 77.

i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

C') Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

D´) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.²⁴

g) Derecho a la salud. Interés superior del niño

La Corte IDH advierte que el mismo Comité Derechos del Niño (CDN) ha considerado que los Estados deben situar el interés superior del niño en el centro de todas las decisiones que afecten a su salud y desarrollo, incluidas aquellas que involucren actos que intervengan con la salud de los niños. En ese sentido, el CDN ha señalado que los Estados deben revisar el entorno normativo y enmendar las leyes y políticas públicas para garantizar el derecho a la salud. Respecto a los agentes no estatales, ha indicado que el Estado “*es responsable de la realización del derecho del niño a la salud, independientemente de si delega la prestación de servicios en agentes no estatales*”. Lo anterior conlleva el deber de que los agentes no estatales reconozcan, respeten y hagan efectivas sus responsabilidades frente a los niños y niña²⁵.

Criterios mexicanos:

Finalmente, se reproducen diversos criterios de la SCJN y de los TCC respecto de la al derecho a la protección de la salud, la asistencia médica tratamiento, el principio de progresividad y el registro sanitario de medicamentos.

a) Derecho humano a la salud. La asistencia médica y el tratamiento a los pacientes usuarios de alguna institución que integre el sistema nacional de salud, deben garantizarse de forma oportuna, permanente y constante.

Hechos: Una persona promovió juicio de amparo indirecto en contra de la omisión de un Hospital Regional del Instituto Mexicano del

24 Cfr. Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Sentencia de 8 de marzo de 2018, párrs. 120 y 121, y Comité de DESC, Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 11 de agosto de 2000, U.N. Doc. E/C.12/2000/4, párr. 12

25 Caso Vera Rojas y otros Vs. Chile, Sentencia de 1 de octubre de 2021, párrafo 107.

Seguro Social (IMSS) de entregarle oportunamente el medicamento que requiere para el control de la enfermedad que padece.

Criterio jurídico: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que las autoridades del Estado que se encuentren directamente obligadas a garantizar el derecho humano a la salud deben brindar asistencia médica y tratamiento a sus pacientes usuarios de forma oportuna, permanente y constante; este último, además, debe ser entregado tomando en cuenta su estado de salud, así como sus requerimientos médicos y clínicos, tomando particular importancia cuando se trata de padecimientos en los que el éxito del tratamiento dependa, principalmente, del óptimo cumplimiento en la toma de medicamentos, es decir, en aquellos casos en los que la adherencia deficiente al tratamiento sea determinante para la progresión de la enfermedad.

Justificación: Ello, pues la lucha contra las enfermedades, en términos amplios, representa la práctica de esfuerzos individuales y colectivos del Estado para facilitar la creación de condiciones que aseguren a las personas asistencia y servicios médicos, lo cual no se limita al acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, sino también al tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades. Esto como parte del estándar de protección del derecho humano a la salud, reconocido en los artículos 4o., párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 11 y 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.²⁶

b) Derecho humano a la salud. El estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente su plena efectividad.

Hechos: Una persona promovió juicio de amparo indirecto en contra de la omisión de un Hospital Regional del Instituto Mexicano

26 Tesis: 1a. XIII/2021 (10a.). Semanario Judicial de la Federación. Libro 84, marzo de 2021, Tomo II, página 1225. Registro digital: 2022890.

del Seguro Social (IMSS) de entregarle oportunamente el medicamento que requiere para el control de la enfermedad que padece el cual, por su parte, se limitó a justificar esa falta de entrega por la inexistencia física del medicamento.

Criterio jurídico: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que, en aras de garantizar el derecho humano a la salud, el Estado debe adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, su plena efectividad. En esa tesitura, tiene la carga de la prueba de demostrar que realizó el esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición para satisfacer, con carácter prioritario, sus obligaciones mínimas requeridas en materia de salud.

Justificación: Lo anterior, en virtud de la diferencia entre la “incapacidad” y la “renuencia” del Estado a cumplir con dicha garantía, en atención a que la “incapacidad” del Estado para garantizar el derecho humano a la salud parte de su obligación de adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo de los recursos de que disponga, o bien, justificar que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para garantizar ese derecho; mientras que la “renuencia” del Estado se presenta cuando no está dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud, violando entonces las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De ahí que las violaciones del derecho a la salud pueden producirse por no adoptar las medidas necesarias que emanan de las obligaciones legales, como no contar con políticas o legislación que favorezca el nivel más alto de salud posible, o no hacer cumplir las leyes existentes en la materia.²⁷

c) Derecho a la salud. En materia de salud mental, el principio de progresividad en el suministro de medicamentos debe garantizarse sin discriminación.

En atención a los deberes previstos por el artículo 1o., párrafos primero y segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con los más altos estándares internacionales, se advierte

27 Tesis: 1a. XV/2021 (10a.). Semanario Judicial de la Federación. Libro 84, marzo de 2021, Tomo II, página 1224. Registro digital: 2022889.

que la obligación progresiva del derecho a la salud relativa al suministro de medicamentos implica, por lo menos, otorgarlos sin discriminación para todas las personas en general y, en particular, a los grupos vulnerables. Esta obligación no conlleva que cualquier medicamento que se solicite deba ser suministrado, sino que una vez que se decide que un medicamento es parte del cuadro básico, el Estado no puede negar de manera regresiva estos medicamentos a quien los requiera ni otorgarlos de forma discriminatoria. Por otro lado, derivado del deber de otorgarlos sin discriminación, para que una autoridad pueda válidamente excluir a un grupo de personas de la prestación de un servicio fundamental para la debida protección de la salud, no basta con que refiriera a preceptos jurídicos genéricos, sino que debe evidenciar en forma contundente que tal distinción tiene fundamento legal o que la diferencia en el trato y el servicio tiene un sustento objetivo y racional, pues de lo contrario es discriminatoria.²⁸

d) Derecho humano a la protección de la salud. Para garantizarlo, el instituto mexicano del seguro social debe suministrar a sus beneficiarios los medicamentos que se les prescriban, aun cuando no estén incluidos en el cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud. La protección de la salud constituye un derecho fundamental que el Estado está obligado a garantizar; y que está tutelado por los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de los cuales se advierte que los servicios básicos de salud consisten, entre otros aspectos, en la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud, para cuyo efecto habrá un cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud. No obstante, no debe entenderse como un impedimento o una restricción para los beneficiarios de las dependencias y entidades que prestan el servicio de protección de la salud, el hecho de que algún medicamento no esté incluido en ese cuadro básico, como se advierte del criterio del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis

28 Tesis: 2a. LVII/2019 (10a.). Semanario Judicial de la Federación. Libro 70, septiembre de 2019, Tomo I, página 420. Registro digital: 2020588.

P. XIX/2000, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XI, marzo de 2000, página 112, de rubro: “Salud. el derecho a su protección, que como garantía individual consagra el artículo 4o. constitucional, comprende la recepción de medicamentos básicos para el tratamiento de las enfermedades y su suministro por las dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos.”. Por tanto, atento a la visión progresiva con la que deben apreciarse los derechos fundamentales del gobernado, dichas dependencias y entidades, entre las que se encuentra el Instituto Mexicano del Seguro Social, deben suministrar a sus beneficiarios esos medicamentos, aun cuando no estén en ese cuadro básico, siempre que exista una prescripción médica que lo avale.²⁹

e) Registro sanitario de medicamentos. Su naturaleza, alcance y finalidad. De los artículos 194, 368 y 376 de la Ley General de Salud, así como 1 y 3 del Reglamento de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, deriva que compete a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS), como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Salud, ejercer el control sanitario nacional, el cual comprende múltiples acciones para verificar las actividades relacionadas con la salud humana conforme al marco jurídico vigente, ya sea mediante verificaciones, supervisiones, monitoreo, muestreos, la imposición de sanciones o medidas de seguridad, así como el otorgamiento de las autorizaciones sanitarias para permitir a una persona pública o privada llevar a cabo actividades relacionadas con la salud humana, las cuales pueden tener el carácter de licencias, permisos, registros o tarjetas de control sanitario. Así, los registros sanitarios son autorizaciones especiales para ciertos productos que por su uso y naturaleza pueden incidir en un riesgo sanitario para la población, como los medicamentos y fármacos. De ahí que el registro sanitario de medicamento constituya el acto administrativo a través del cual la autoridad sanitaria avala que un medicamento o fármaco es eficaz, seguro y de calidad, lo que no implica la autorización para comercializarlos libremente, ya que su comercio o distribución tiene que sujetarse a las diversas disposiciones de regulación de comercio de medicamentos, en tanto que la COFEPRIS sólo verifica cuestiones estrictamente

29 Tesis: IX.1o.1 CS (10a.). Semanario Judicial de la Federación. Libro 22, septiembre de 2015, Tomo III, página 2014. Registro digital: 2010052.

sanitarias, por lo que el referido registro únicamente avala la seguridad, calidad y eficacia del medicamento o fármaco.³⁰

4 PARTICULARIDADES Y CONTEXTOS DE LA ATENCIÓN DE LA SALUD

A nivel mundial la pandemia del Covid-19, el cambio climático, los conflictos que impiden controlar los brotes, los mitos de la vacunación, la resistencia a los antibióticos, y los productos alimenticios nocivos son sólo algunos de los obstáculos para prevenir millones de muertes en esta década que comienza, según la ONU, sin embargo, la eliminación muchos de ellos no es una cuestión médica sino política.³¹

A continuación, se describen algunos de los escenarios que influyen de manera determinante en la salud de las personas, sin que se aborden todas las circunstancias que inciden en este campo, porque como se ha dicho, la protección a la salud es un derecho que se interrelaciona con muchos más.

a) Pobreza

Abatir la pobreza es una cuestión fundamental de los DESCAs, porque esta situación impide el desarrollo humano y atenta contra la dignidad de las personas. Latinoamérica es una de las regiones del mundo que se caracteriza por la desigualdad social, aunado a que, en México, la mala alimentación provoca ser uno de los países, donde la población tiene un alto porcentaje de obesidad, lo que causa diabetes, hipertensión, ataque o derrame cerebral, alto colesterol, entre otros males para la salud, estas dos variantes ante los parámetros exigibles del derecho a la protección de la salud, que es asegurar el disfrute más alto del nivel posible, representan un gran reto para cualquier administración que se digne de ser democrática.

30 Tesis: 1a. XCV/2014 (10a.). Semanario Judicial de la Federación. Libro 4, marzo de 2014, Tomo I, página 558. Registro digital: 2005815.

31 ONU. Los 13 desafíos de la salud mundial en esta década, <https://tinyurl.com/2vanu75u>

La condición de pobreza reduce las capacidades de las personas, limita sus libertades, coarta y obstaculiza su futuro y genera múltiples factores de vulnerabilidad que generan exclusión y discriminación. Estos factores de vulnerabilidad generan círculos viciosos que refuerzan y perpetúan la condición de pobreza durante el ciclo de vida de cada persona e incluso tienden a heredarse a la siguiente generación³².

El Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL), de acuerdo con las mediciones que emite, da lo siguientes datos: el bienestar económico el ingreso de la población inferior a la línea que pobreza extrema por ingresos, ha ido incrementándose del 2016 (14.9%) hasta el 2020 (17.2%) en el caso de la población con ingreso inferior a la línea de pobreza, también se ha ido incrementando del 2016 (50.8%) al 2020 (52.8%).

Las carencias sociales se han ido aumentando también, de acuerdo con las cifras del 2020: el rezago educativo 19.2%, el acceso a los servicios de salud 28.2%, el acceso a la seguridad social 52% (respecto de 2018 53.5%), la calidad y espacios de vivienda 9.3% (ligera disminución respecto de 2018 11.5%), el acceso a los servicios básicos de vivienda 17.9% (leve avance en relación de 2018 19.6. %), y el acceso a la alimentación nutritiva y de calidad 22.5%.

32 CNDH. Derechos Humanos y Pobreza. Políticas públicas frente a la pobreza con la perspectiva de derechos del artículo 1º constitucional, p. 3, <https://tinyurl.com/3n9s86n2>

Gráfica 1: Medición de la pobreza 2020 del Coneval México.

MEDICIÓN DE POBREZA 2020

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS



Bienestar económico	\$	
Población con ingreso inferior a la línea de pobreza extrema por ingresos	2016	14.9%
	2018	14.0%
	2020	17.2%
Población con ingreso inferior a la línea de pobreza por ingresos	2016	50.8%
	2018	49.9%
	2020	52.8%

Población (porcentajes) comparación 2016-2018-2020



Carencias sociales



coneval

Lo que se mide se puede mejorar



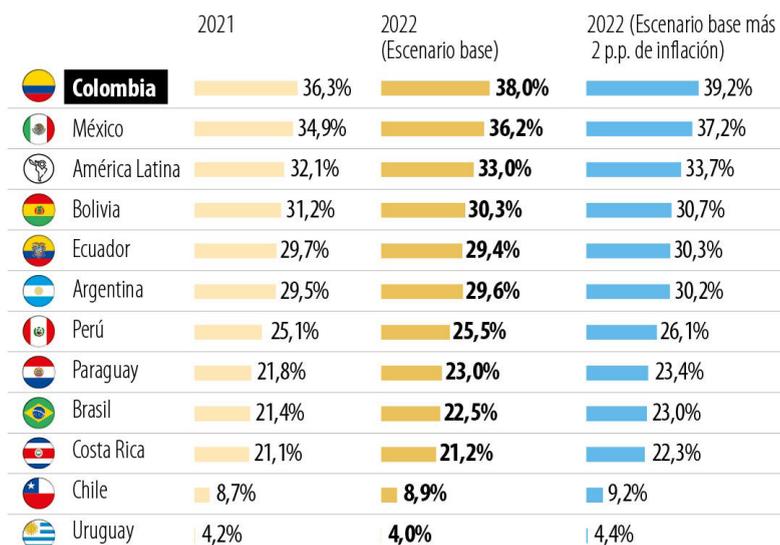
Fuente: Coneval.

La Comisión Económica para América Latina (CEPAL)³³ prevé un aumento de la pobreza en Latinoamérica, agregando factores como el Covid19 y la guerra en Ucrania, como se muestra en la siguiente gráfica:

33 Becerra, Javier, Pobreza extrema en América Latina subirán a 14,9% en 2022 por Guerra en Ucrania, LR, <https://tinyurl.com/52jp2xf9>

Gráfica 2: Proyecciones de la pobreza de la Cepal para 2022

PROYECCIONES DE POBREZA DE LA CEPAL PARA 2022



Fuente: Cepal Gráfico: LR-GR

Fuente: Cepal

Para medir el acceso a los servicios de salud, se tiene que contar con información sobre otros elementos asociados al derecho a la salud como podría ser la accesibilidad a estos servicios entre la población rural y la urbana. Por ejemplo, 16.3% de la población rural le tomó dos o más horas trasladarse a un hospital en 2020; mientras que esto ocurrió solo para el 3.2% de la población urbana.³⁴

b) Obesidad

Las personas con obesidad se triplicaron desde 1975 y las que padecen hambre aumentaron 11% en los últimos cuatro años, según el Panorama de la Seguridad Alimentaria y Nutricional 2019³⁵. La obesidad

34 Coneval. Nota técnica sobre la carencia por acceso a los servicios de salud, 2018-2020, 5 de agosto de 2021, p. 18, <https://tinyurl.com/muxuvbj2>

35 OPS. Naciones Unidas pide acciones urgentes para frenar el alza del hambre y la obesidad en América Latina y el Caribe, 2019, <https://tinyurl.com/22ty7xjc>

tiene una relación directa con las causas de mortalidad: enfermedades del corazón, diabetes mellitus, enfermedades del hígado, en la siguiente grafica no suma el 100%, solo se consideran las principales causas, excluyendo el paro cardiaco:

Gráfica 2: Las tres principales causas de mortalidad en México (1er semestre 2021)³⁶



Fuente: INEGI

La Federación Mundial de Obesidad, en febrero de 2022, informó que México ocupa el 5º lugar de obesidad en el mundo: 21 millones de mujeres que padecen obesidad, con un 41% de casos nuevos, y 15 millones de hombres con una prevalencia³⁷ del 31%. Se estima que para

36 INEGI. Estadística de defunciones registradas de enero a junio de 2021 (preliminar), <https://tinyurl.com/5evz5mdu>

37 La prevalencia es una medida de la frecuencia de ocurrencia de casos nuevos de una enfermedad dentro de una población definida durante un período específico.

2030, el 36.8% de las personas del país tengan obesidad, con un incremento anual del 1.6%. Esto equivale a más de 35 millones de adultos para la siguiente década, cifra clasificada por este organismo como muy alta³⁸.

A pesar de estos lastres, el INEGI reporta que la esperanza de vida en México ha aumentado considerablemente; en 1930 las personas vivían en promedio 34 años; 40 años después en 1970 este indicador se ubicó en 61; en 2000 fue de 74 y en 2019 es de 75 años³⁹.

Otros factores:

La automedicación y la falta de personal médico necesario en el país por el número de habitantes.

Automedicación, una mala costumbre que puede tener graves consecuencias. En México se calcula que más del 80 por ciento de la población se automedica, es decir, usa medicamentos por iniciativa propia sin indicación médica y sin receta⁴⁰.

El principal motivo para automedicarse se relaciona con la levedad de los síntomas; el consejo de familiares en un 46,87% refleja su fuente de información; existe influencia por la publicidad especialmente televisión e internet; finalmente el 71% tiene conocimiento de las consecuencias que acarrea el automedicarse (Oviedo Cordoba, 2021).

México tiene 2.4 médicos por cada 1 000 habitantes, en relación con 3.4 en promedio en la OCDE, y cuenta con menos de un tercio del número de enfermeros/as y camas de hospital por cada 1 000 habitantes que el promedio de la OCDE.⁴¹

5 SEGURIDAD SOCIAL

La seguridad social es un derecho complejo o de fundamental en la vida de las personas, tanto en el aspecto preventivo, pero sobre todo cuando se encuentran en estado de vulnerabilidad, sea por la avanzada edad, enfermedad o situación económica, así la seguridad social se in-

38 Alianza por la Salud alimentaria. México ocupa el 5º lugar de obesidad en el mundo, <https://tinyurl.com/3nf9hvpz>

39 INEGI. Cuéntame de México, <https://tinyurl.com/7dmxnmac>

40 GOB MÉX. Automedicación, una mala costumbre que puede tener graves consecuencias, Secretaría de Salud, <https://tinyurl.com/267f7zb3>

41 OCDE. Health at a Glance 2017: OECD Indicators <https://tinyurl.com/yc66pt5u>

tegra por diversos derechos humanos, los cuales están regulados en las constituciones y en los tratados internacionales de derechos humanos, como el derecho a la protección de la salud: el derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad; el derecho a la disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible; el derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa, al medio ambiente sano, entre otros.

Es evidente que las desigualdades sociales no permiten que toda la población sea beneficiada del derecho a la seguridad social adecuada, por ello se hace necesaria la intervención del Estado, para proteger a las personas carentes de recursos para afrontar diversas vicisitudes de la vida misma, a través de la justicia social redistributiva, sin embargo es grave también, que aquellos que cuentan con un sistema de seguridad social oficial, sean víctimas de los malos servicios que prestan las instituciones públicas.

El propósito (de la seguridad social) es eliminar, en la mayor medida posible, las desventajas que no tengan su origen en una decisión voluntaria y que sólo deriven de circunstancias adscritas que estarían fuera del control de los sujetos (Zuñiga-Fajuri, 2011, p. 201).

El derecho a la seguridad social debe ser protegido tanto en el ámbito nacional como convencional, contar con la garantía de protección judicial, que haga efectivo y exigible el conjunto de derechos que integran a la seguridad social, implica el acceso a la justicia, de lo contrario la gran cantidad de disposiciones sustantivas previstas en las constituciones y en los tratados internacionales de derechos humanos serían letra muerta.

El acceso a la justicia como un derecho fundamental que guarda gran importancia no sólo por ser un derecho humano en sí mismo, sino también porque es a través de él que se garantiza el respeto-o en su caso, reparación- de todos los demás (Ibañez, 2015, p. 7).

La seguridad social es una forma o herramienta indispensable para atenuar la pobreza, la gran discordancia social de las posibilidades reales de desarrollo humano, ello exige la presencia del Estado para proteger a la población cuando atravesase por una situación que le afecte en la salud y el empleo, el cumplimiento cabal de los DESC necesariamente

implica un ineludible rediseño en la administración pública, aunado a ello el Estado se compromete jurídicamente a una serie de obligaciones convencionales, las que para poder desempeñar, debe instituir los servicios necesarios de calidad, dotar a la colectividad de las prestaciones que permitan tener una vida digna, para cada ser humano o para las colectividades que se encuentren dentro de su jurisdicción, en esencia es la función y razón de ser de cualquier Estado que se precie de ser democrático y más aún del Estado social de derecho (Martínez Lazcano, 2017, p. 30).

La seguridad social es un derecho crucial para mitigar la pobreza y prevenir la exclusión, ya que contempla el derecho de todas las personas a obtener y mantener prestaciones sociales, como dinero, bienes y servicios, con el objetivo de contar con protección ante riesgos, imprevistos o cualquier situación que impida adquirir los ingresos necesarios para vivir dignamente, como aquellas personas que necesitan cubrir gastos excesivos de salud, o quienes no tienen recursos suficientes para mantener a su grupo familiar (Díaz; Saldívar, 2016, p. 18).

Mario de la Cueva, citado por Martínez Narváez, dice que la seguridad social consiste en: “Proporcionar a cada persona, a lo largo de su existencia los elementos necesarios para conducir una vida que corresponda a la dignidad de la persona humana”, menciona entre estos elementos: “a) educación, b) la oportunidad de trabajo, c) disfrute de la salubridad y d) la seguridad de ingresos ante cualquier contingencia” (Martínez Narváez, 2013, p. 24).

La seguridad social es un derecho humano y por lo tanto le corresponde a toda persona humana contar con la asistencia integral cuando la requiera, así lo disponen los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, respectivamente:

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (artículo 22).

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial

la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (artículo 25.1).

La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social (artículo 25.2).

6 CONCLUSIONES

La protección del derecho a la salud establecida en las fuentes constitucionales y convencionales se ve obstaculizada por factores como la pobreza y la desigualdad social. Para lograr un acceso pleno a la atención médica, es necesario implementar políticas públicas inclusivas que permitan el acceso a recursos sanitarios para toda la población, sin discriminación alguna. Esto implica garantizar la disponibilidad de personal médico calificado, medicamentos de última generación y una infraestructura adecuada para responder a las necesidades individuales y colectivas de salud.

Aunque la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales ha establecido estándares jurídicos en materia de salud, es necesario combatir las deficiencias estructurales que impiden su aplicación efectiva. La garantía de no repetición y una evolución progresiva en este campo son esenciales para garantizar el acceso a la salud de todas las personas.

La seguridad social es un instrumento integral necesario para atender las diversas circunstancias a las que se enfrentan los seres humanos a lo largo de la vida, por lo que es fundamental garantizar el acceso a ella para todos.

REFERENCIAS

BECERRA, Javier. Pobreza extrema en América Latina subirán a 14,9% en 2022 por Guerra en Ucrania, **LR**. Disponible en: <https://tinyurl.com/52jp2xf9>.

DÍAZ, Eric; SALDÍVAR, Reynaldo, *et al.* **20 Claves para conocer mejor los derechos sociales, económicos y culturales**. ONU-DH, México, 2016.

IBÁÑEZ, Juana María. **Manual auto-informativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia.** Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2015.

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime. **Sistemas regionales de protección de derechos humanos.** Bogotá: Editorial Nueva Jurídica, 2015.

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime. **Derechos económicos, sociales y culturales.** Bogotá: Editorial Nueva Jurídica, 2017.

MARTÍNEZ NARVÁEZ, Gregorio. **Un sistema en busca de salud.** Fondo de la Cultura Económica. México, 2013.

OVIDO CORDOBA, Haidy, *et al.* **Realidades de la práctica de la automedicación en estudiantes de la Universidad del Magdalena**, v. 20, n. 62, p.531-556, 2021. Disponible en: <https://tinyurl.com/bdek9uat>.

ZÚÑIGA-FAJURI, Alejandra. Teorías de la justicia distributiva: una fundamentación moral del derecho a la protección de la salud, *Convergencia*, **Revista de Ciencias Sociales**, v. 18, n. 55, p. 201, 2011. Disponible en: <https://tinyurl.com/bdhfcm8s>.

DEMOCRACIA Y DESINFORMACIÓN DEMOCRÁTICA. UNA MIRADA CRÍTICA CONTEMPORÁNEA DESDE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE¹

1 INTRODUCCIÓN

Actualmente se observa en Latinoamérica que es parte de una dinámica propia de los procesos históricos en los cuales se producen movimientos de avances y retrocesos, de flujos y reflujos, que permiten pensar que la marea conservadora que actualmente asola a la región puede ser superada por una nueva onda de luchas y triunfos democráticos orientados a la consolidación de conquistas importantes en el ámbito de la participación ciudadana en torno de cuestiones sociales, ambientales y culturales (De La Cuadra; Paredes, 2017).

No obstante, resulta imperativo dejar constancia que las referidas idas y venidas no pueden ser materia del albur, desidia o providencia. Por ende, la democracia precisa contar con una estrategia para su defensa, desarrollo, consolidación. La misma debe contar con una visión integral, interdisciplinaria, aplicativa. Ello, a efectos de combatir la manipulación y desinformación democráticas, en procura y protección de los derechos y libertades de todas las personas. Y es que no se puede actuar frente al

1 Decano de la Facultad de Derecho y Doctor Honoris Causa en Derecho Internacional por la Universidad de Wisdom (Nigeria). Global Advisor y Global Director Legal Maters de la Wisdom University (Albania). Presidente de la Escuela Interdisciplinaria de DD. FF. Praeeminencia Iustitia. Doctorados en Derecho y Administración por la UNFV. Autor y coautor de más de cien libros y tratados en Derecho Constitucional, Penal y Administrativo. Co Director Científico de los Códigos Penales Comentados de Ecuador, Colombia, Chile y Panamá. kimblellmen@outlook.com; <http://lattes.cnpq.br/0707774284068716>; <https://www.linkedin.com/in/jorge-isaac-torres-manrique-42a76924/>; <http://orcid.org/0000-0001-5202-3886>.

nuevo escenario que vivimos. La contemporaneidad que reviste nuestra democracia nos sitúa ante un reto al que no podemos evadir.

En ese sentido, en la presente entrega asumimos el respectivo compromiso, planteando y desarrollando aspectos estratégicos, a saber: amenazas, salvaguardas y desafíos de los derechos fundamentales a la información y a la democracia.

2 NATURALEZA E IMPORTANCIA DE LA DEMOCRACIA

Para entenderla, amerita analizar desde la creación 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, la vulneración de la democracia, así como, la sistemática presencia de la corrupción, desnaturalizan, contrarían, la quintaesencia del Estado y de los legítimos intereses y derechos fundamentales de la población.

3 ¿QUÉ DEBEMOS ENTENDER POR DEMOCRACIA?

Se trata de concebir la democracia como un régimen político construido por determinados actores (ciudadanos activos y efectivos, sociedad civil y sistema de partidos), dentro de determinados marcos institucionales (sistema electoral, sistema político, ley de partidos) y en determinadas condiciones (desarrollo económico, estado consolidado y nación) (López Jiménez, 2006).

Y es que, además apreciamos una crisis de la democracia de naturaleza sui generis. Ello, en tanto, que la misma se llega a considerar como tal por la mera plasmación de la garantía elecciones libres.

4 IMPORTANCIA DE LA DEMOCRACIA

Sostener y defender la vigencia, desarrollo y consolidación resulta tener una capital quintaesencia. Antes de pasar a explicar, consideramos pertinente precisar que la democracia no es lo mejor, pero es lo mejor que tenemos. Ello, en tanto que el ser humano abraza una naturaleza antidemocrática, al actuar basilarmente en atención a dos consideraciones: la jerarquía y la territorialidad.

Así, nuestra especie es jerárquica y territorial; toda especie jerárquica y territorial no es igualitaria, la democracia es igualitaria; lo único que es normal a nuestra especie es mandar o someterse, pero sentirse igual a los demás, o decir ‘todos vamos a ser hermanos’, demanda tal esfuerzo y el ser humano ha tenido tal repugnancia a esforzarse y a responsabilizarse (Vargas Luza, 2020).

Como señalamos, la democracia abraza beneficios, verbi gratia: i) Reduce la corrupción, ii) Acceso a la información pública, iii) Sociedad colaborativa, iv) Democracia directa, v) Democracia deliberada, vi) Inclusión, igualdad y no discriminación, vii) Modernización del Estado (Ford, 2019).

5 LA DESINFORMACIÓN COMO AMENAZA A LA DEMOCRACIA

5.1 Medios de prensa. Cuando operan al servicio de los intereses del gobierno de turno, vendiendo su línea editorial.

Ello deviene en tremendamente perjudicial, en vista que, si la población es engañada con información sesgada, manipulada, falsa; su capacidad crítica y fiscalizadora para con el Estado, se reduce o se anula.

5.2 Redes sociales. En octubre de 2018 The Omidyar Group publicó el artículo titulado: *Is Social Media a Threat to Democracy?*, donde se recogen y plantean las cuestiones clave del porqué las redes sociales son una amenaza para nuestra democracia. Las mismas ponen en entredicho los principios fundamentales de nuestras democracias, esto es, la confianza, la información, el diálogo, un sentido compartido de la realidad, el consentimiento mutuo y la participación, ya que por lo visto las redes sociales no tienen nada de inocente en cuanto a manipulación política. El problema parte de las características y atributos de las redes sociales y de su principal objetivo empresarial, retener y monetizar la atención pública. Los resultados de estos objetivos tienen como resultado consecuencias no deseadas y que ponen en peligro la credibilidad de nuestras democracias y que el artículo agrupa en torno a los siguientes puntos:

i) Las cámaras de eco, polarización e hiper partidismo, ii) Difusión de información falsa y/o engañosa, iii) Conversión de popularidad en legitimidad, iv) Manipulación por parte de líderes «populistas», gobiernos y

actores marginales, v) Captura de datos personales y mensajes/publicidad dirigidos, vi) La interrupción de la plaza pública (Gonzalo Penela, 2018).

6 DEMOCRACIA CONVENCIONAL Y DIGITAL, COMO SALVAGUARDAS DE LA DEMOCRACIA

6.1 Democracia Convencional. Es aquella que tiene por perfil, ser asumida de manera clásica, invariable. Vale decir, desde una visión de la misma muy limitada por parte de la población. Entonces, la cual considera equivocadamente, que la democracia resulta ser meramente un sinónimo de elecciones libres.

No obstante, desconoce el origen del Estado. Por ejemplo: i) Que, el Estado fue creado por la población, ii) Que, la misma lo solventa con los impuestos que sufraga, de manera directa e indirecta, todos los días, iii) Que, pueden ejercer libremente y de manera pacífica su derecho de protesta ciudadana, iv) Que, el Presidente de la República es el mandante y que el pueblo es el mandante. Esto es, que el Estado se encuentra sometido al mandado del pueblo y no a la inversa.

6.2 Democracia Digital. Se entiende por democracia digital o e-democracia poner Internet y la tecnología al servicio de la ciudadanía, para que contribuyan en la consolidación del sistema democrático (Ford, 2019).

Respecto de las condiciones para la democracia digital, tenemos: i) Democracias consolidadas, ii) Alta penetración de la banda ancha, iii) Economías en crecimiento, iv) Mayor oferta y demanda de TIC, v) Una ciudadanía más activa (Ford, 2019).

Resulta imperativo abordar los casos emblemáticos de ciudadanía movilizada. Así tenemos, que el éxito de las redes sociales se debe a la penetración de Internet, específicamente de Internet móvil, algo que aumentará en los próximos años. Esto se traduce en un notorio incremento de personas que podrán acceder a las redes y así informarse y expresarse libremente. Respecto de los mismos podemos citar: i) Caso “La Repartija” (2013), ii) Caso “Ley Pulpín” (2014), iii) Caso #NiUnaMenos (2016), iv) Caso #FueraChavarry (2018-2019) (Ford, 2019).

7 IMPORTANCIA DEL COMBATE A LA DESINFORMACIÓN Y DEMOCRACIA

Democracia participativa. Si bien es cierto que el ejercicio de la democracia deviene en muy visible al momento de las elecciones de autoridades, el mismo no resulta ser lo bastante necesario.

En ese sentido, deviene en imprescindible la activa participación de la ciudadanía, a efectos de supervisar el accionar de las autoridades, so solamente en el tema del ejercicio de los derechos fundamentales a la transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas. Además, se debe tener presente que dicha actitud de participación ciudadana de la democracia, tiene que ser permanente y sostenible.

8 DESAFÍOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INFORMACIÓN Y DEMOCRACIA

8.1 Respecto de los Desafíos de los Derechos Fundamentales a la Información. El efectivo cumplimiento y materialización de los derechos fundamentales a la:

8.1.1. Transparencia y acceso a la información pública,

8.1.2. Rendición de cuentas.

8.1.3. Gobernanza tradicional. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) definió a la gobernanza como el ejercicio de autoridad política, económica y administrativa para manejar los asuntos de la nación. Es un complejo de mecanismos, procesos, relaciones e instituciones por medio de los cuales los ciudadanos y los grupos articulan sus intereses, ejercen sus derechos y obligaciones y median sus diferencias”. En el documento se adopta un significado amplio de gobernanza, en el cual se incluyen tres importantes dominios de la misma, que contribuyen a alcanzar desarrollo humano sustentable, a saber: el dominio del Estado (instituciones políticas y gubernamentales); el dominio de las organizaciones de la sociedad civil y el dominio del sector privado. La idea central es que la gobernanza trasciende al Estado e incluye a las organizaciones de la sociedad civil y al sector privado.

Al respecto cabe resaltar, la capital importancia que comporta el diálogo fluido y no imposición del gobierno con la población, con la fina-

lidad de poder conocer debida como oportuna sus necesidades y prioridades. La democracia se afianza al afianzarse la gobernanza.

8.1.4. Gobernanza en Internet. La gobernanza de Internet se caracteriza por una diversidad de actores, temas y procesos que interactúan y se aplican en todas las jurisdicciones. Internet Society (ISOC) describe los principios rectores recomendados para la gobernanza de Internet (Ford, 2019):

i) Participación abierta, inclusiva y transparente. Para garantizar que los resultados de los procesos de gobernanza de Internet sean tanto eficaces como aceptados, es necesaria la participación de actores interesados e informados, cada uno con sus respectivas funciones y responsabilidades. Esta participación también asegura que las partes interesadas puedan participar directamente en el trabajo y tener acceso a sus resultados.

ii) Toma de decisiones basada en el consenso. Los procesos de formulación de políticas deben tomar en cuenta tanto la experiencia práctica como la pericia individual y colectiva de una amplia gama de partes interesadas. Las decisiones se deben tomar mediante procesos responsables basados en el consenso.

iii) Supervisión y empoderamiento colectivos. Para garantizar la seguridad, estabilidad y resiliencia de Internet es necesario desarrollar estructuras y principios de gobernanza en un entorno de fuerte cooperación entre todas las partes interesadas, donde cada una contribuya sus propias habilidades.

iv) Enfoques pragmáticos y basados en la evidencia. Las discusiones, debates y decisiones relacionadas con la gobernanza de Internet deben tener en cuenta y basarse en información objetiva y empírica.

v) Voluntarismo. En el ámbito del desarrollo de políticas técnicas de Internet, voluntarismo significa que el éxito es determinado por los usuarios y por el público, no por una autoridad central.

vi) Innovación sin permiso. El notable crecimiento de Internet y consiguiente explosión de la innovación y el uso de Internet es un resultado directo del modelo abierto de la conectividad y el desarrollo de estándares de Internet. Cualquier persona debe poder crear una nueva aplicación en Internet sin tener que obtener la aprobación de una autoridad central. La gobernanza de Internet no debe restringir ni regular

la capacidad de los individuos y las organizaciones para crear y utilizar nuevos estándares, aplicaciones o servicios.

9 RESPECTO DE LOS DESAFÍOS AL DERECHOS FUNDAMENTAL A LA DEMOCRACIA

9.1 Sistema de Administración de Justicia. En principio, el mismo aterriza basilarmente en la urgente necesidad de contar con una administración de justicia libre de todo sesgo, corrupción. Ello, a propósito de lo acontecido por el extinto Consejo Nacional de la Magistratura y que actualmente ha sido reemplazado por la Junta Nacional de Justicia.

En segundo término, amerita contar con la implantación del Estado de Justicia. Dejamos expresa constancia, que ciertamente no podría lograr satisfactoriamente sus fines, en tanto que el mismo se ajusta a unimancia del sistema jurídico imperante, esto es, del Estado Constitucional de Derecho, el mismo que no puede ser equiparable ni sinónimo de justicia. Esto es, que su filosofía resulta constitucional, pero injusta (Torres Manrique, 2018).

9.2 Pírricas Victorias Electorales. Ello se suscita como consecuencia del atomizamiento de candidatos que aparecen tradicionalmente con motivo de cada coyuntura electoral. Ello, no hace más que dispersar el voto popular. Por otro lado, perjudica a la ciudadanía en vista que no pocas veces el ganador por poquísima diferencia, no corresponde a la voluntad popular inicial, además de no ser el más preparado o de mejor perfil para asumir un reto como es el dirigir las riendas y destinos de un distrito, provincia o país.

9.3 Concreción de la Nueva Agenda de Derechos. El discurso de derechos humanos permitió ampliar su agenda, pero ahora se demora o dificulta su concreción. Por ejemplo, en Venezuela tenemos: igualdad de género, autonomía comunidades, etc. Aunque, ello resulte abierta como largamente insuficiente.

Por otro lado, es de verse el caso peruano, en el que la coyuntura sanitaria fue motivo del reconocimiento de nuevos derechos fundamentales, tales como: i) a la alimentación, ii) a la protesta, iii) al agua.

9.4 Corrupción. Transparencia Internacional, organización no gubernamental enfocada en la lucha contra la corrupción, publicó re-

cientemente el Índice de Percepción de la Corrupción 2019. En este reporte, el Perú obtuvo un puntaje de 36, similar al que obtuvieron Panamá, Tailandia, Brasil y Kosovo. Esto implica una cierta mejora con respecto al año anterior, en que registró 35. En cuanto a su posición relativa, se encuentra en el puesto 101 de 180 países. Esto lo pone un tanto por debajo de la mitad de la tabla (Urbina Padilla, 2020).

Cabe dejar constancia que la corrupción se constituye en una realidad endémica, una lacra que nos persigue como una sombra. En consecuencia, amerita a estar siempre vigilantes para lograr que la misma no solo gane terreno, sino, procurar su paulatino retroceso.

9.5 Gobernabilidad. Ninguna sociedad es viable si no es gobernable. La gobernabilidad no es, por eso, un asunto que compete sólo al gobierno sino también a las instituciones y a la sociedad. Las sociedades que no son gobernables se fragmentan y desaparecen. La gobernabilidad democrática no se refiere tanto a los atributos de un régimen democrático cuanto a las capacidades de una determinada sociedad democrática para enfrentar los retos y oportunidades específicos que tiene planteados. La gobernabilidad se refiere a las condiciones sistémicas más generales bajo las cuales se ejerce el poder en una sociedad dada, tales como las características del régimen político (democracia o autoritarismo), la forma de gobierno (parlamentarista o presidencialista), las relaciones entre los poderes (mayor o menor asimetría), los sistemas de partido (pluripartidismo o bipartidismo), el sistema de intermediación de intereses (corporativo o pluralista) y el nivel de ciudadanía efectiva, ente otros (Carosio, [s.d.]).

En ese sentido, sostenemos que se precisa contar con operadores políticos, a efectos de viabilizar el entendimiento con los demás poderes del Estado. Ello, a efectos de posibilitar de manera efectiva como pronta las grandes reformas para un país.

9.6 Cooperación. La ventaja cooperativa es la característica diferencial que posee una organización junto a otras, que les confieren la capacidad de alcanzar rendimientos superiores agregados o colectivos a largo plazo. Esta ventaja se logra en nuevos mercados que se crean y que se manifiesta de diferentes maneras; una buena reputación del colectivo, productos y servicios de calidad definida garantizada o un precio mayor o menor que represente realmente los costos de producción del bien. Para

lograr generar ventaja cooperativa, se requerirá un modelo que basado en el principio de reciprocidad, haga cooperar a los involucrados de manera condicionada. Un programa de este tipo puede ser considerado como los valores que configuran la actuación de los individuos en un determinado entorno institucional y que dictan reglas adaptables de comportamiento que permiten elegir y sustituir e incluso agregar otras (Miranda Sánchez; Romero Mancheño, 2017).

Ello indudablemente genera el fortalecimiento de la democracia, en razón a la sinergia que se obtiene como resultante de la interrelación colaborativa institucional pública y privada. No obstante, se entiende que forma parte de un proceso, pero, que deviene en una muy buena opción.

9.7 Consensos Políticos. Lograr la aprobación de las decisiones como agenda país, por parte de las diversas facciones políticas deviene en capital, a efectos de posibilitar el inicio y fluidez de los planes y políticas de gobierno.

Los dotes de tolerancia, empatía y conexión con los grandes temas país constituyen atributos de gran relevancia en el manejo de las acciones conducentes al arribo de los consensos necesarios.

9.8 Democracia Participativa. Si bien es cierto que el ejercicio de la democracia deviene en muy visible al momento de las elecciones de autoridades, el mismo no resulta ser lo bastante necesario.

En ese sentido, deviene en imprescindible la activa participación de la ciudadanía, a efectos de supervisar el accionar de las autoridades, so solamente en el tema del ejercicio de los derechos fundamentales a la transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas. Además, se debe tener presente que dicha actitud de participación ciudadana de la democracia, tiene que ser permanente y sostenible.

9.9 Cohesión Social. La cohesión social está integrada por una serie de condiciones que permiten identificar qué tanto está o no cohesionada una sociedad y que tanto puede afectar dicha cohesión a las relaciones Estado-sociedad mediante sus instituciones (Pérez Fernández de Castillo, 2017).

9.10 Derechos Humanos en Línea. Distintas resoluciones en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y documentos adoptados en el plano regional han establecido el principio de que los

derechos humanos que las personas gozan offline también deben ser protegidos online (Ford, 2019).

Asimismo, la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (APC) redactó la Carta sobre Derechos en Internet, considerando que “Internet solo podrá convertirse en una herramienta de empoderamiento para todos los pueblos del mundo si se reconocen, protegen y respetan estos derechos”. Dicha Carta incluye 31 derechos que están organizados en siete grandes temas: i) Acceso a Internet para todos y todas, ii) Libertad de expresión y asociación, iii) Acceso al conocimiento, iv) Intercambio de aprendizaje y creación -software libre y desarrollo tecnológico, iv) Privacidad, vigilancia y encriptación, v) Gobernanza de Internet, vi) Conciencia, protección y realización de los derechos. También la Coalición Dinámica por los Derechos y Principios de Internet, del Foro de Gobernanza de Internet de la ONU. Así tenemos: i) Universalidad e igualdad, ii) Derechos y justicia social, iii) Accesibilidad, iv) Expresión y asociación, v) Confidencialidad y protección de datos, vi) Vida, libertad y seguridad, viii) Diversidad, ix) Igualdad de red, x) Normas y reglamento, xi) Gobierno (Ford, 2019).

Y sobre el Derecho Fundamental al Olvido, el antecedente, en strictu sensu del correspondiente a las personas naturales, es el derecho a la protección de datos personales o el derecho a la autodeterminación informativa, conocido también como: derecho a la protección de datos de carácter personal. Empero, se debe tener en cuenta que el segundo derecho nombrado (a diferencia del derecho al olvido), se encuentra referido a información que no se encuentre registrada en la Red.

El derecho al olvido se define de tres formas (Pérez de Acha, 2015): “i) un término ficticio cuyo núcleo es el derecho a acceder, rectificar y cancelar nuestros datos personales que estén en bases ajenas; ii) obligaciones especiales de eliminación de datos financieros y penales después de cierto tiempo; iii) la desindexación de información en buscadores, es decir, que no se elimine la información, sino que simplemente deje de aparecer en el buscador”.

Existe una naturaleza de oportunidad entre los derechos fundamentales a la privacidad y al olvido. En el primer caso, se ejercita principalmente ex ante, esto es, de manera anterior a la posible publicación de la información, a diferencia del segundo, donde siempre se manifiesta ex

post, es decir, luego de haberse publicado, ya sea con el consentimiento o no del perjudicado.

Además, el derecho al olvido comporta la no republicación o redivulgación de hechos o acusaciones, aunque ciertas y ya conocidas, no resulten ser exactas o actualizadas, en razón a que ya fueron juzgados en su oportunidad y, por ende, el sancionado ya habría quedado rehabilitado, pues, no por ello, tendría que merecer una condena on line de por vida, debido a la ya consabida capacidad de Internet, de no olvido cuasi perpetuo.

Así, postulamos que el derecho fundamental al olvido, proviene de un derecho más amplio, que el denominado derecho a Internet. A la vez, el derecho a la intimidad guarda estrecha relación con el derecho al olvido; existiendo entre ellos una relación de género y especie, respectivamente.

Sin embargo, a propósito de su denominación: “derecho al olvido”, somos contestes con su desacierto. Ello, en vista que el olvido resulta ser propio de la psicología de las personas naturales, como medida de protección de la memoria. No obstante, en primer término, la Red no cuenta con vida propia, ergo no puede olvidar. Así, su definición más acertada sería: “derecho a la desindexación de datos personales”. Pero, dado cuenta que la misma (“derecho al olvido”), viene siendo utilizada en casi la totalidad de Estados que lo abordan, importa poco la eventual empresa de cambio de denominación del mismo.

La vulneración del derecho al olvido, significa a su vez, el menoscabo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad del afectado. Ello, en vista a que se limita su derecho de llevar una vida alejada de limitaciones, señalamientos o estigmatizaciones, dicho sea de paso, conlleven a la vulneración de adicionales derechos, como, por ejemplo, al trabajo, a la no discriminación, al honor, a la buena reputación, entre otros.

Resulta innegable que el derecho al olvido se encuentra reconocido de manera no expresa, esto es, bajo la naturaleza de números apertus de los derechos fundamentales reconocidos por el Art. 3º.-, de la Constitución Política, que preconiza: “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Y es que, aunque suene contradictorio, es de reconocer que taxativa y reglamentariamente, el derecho fundamental al olvido no se registra de manera específica en la norma legal. (Salvo contadas excepciones: como Nicaragua, España y Rusia).

Los principios jurídicos del derecho al olvido, no se encuentran establecidos. Ello, en razón a que consideramos que el derecho de protección de datos personales, contiene o resulta más amplio que los alcances del derecho al olvido. Prueba de ello, es que los diversos pronunciamientos de los tribunales en casos sobre el derecho al olvido, han sustentado sus decisiones en algunos de los principios jurídicos básicos de protección de datos personales, si llegar a precisar principios propios o exclusivos del derecho al olvido. Así, tenemos: i) De Finalidad, ii) De Pertinencia, iii) De Veracidad y Exactitud, y iv) De Calidad.

Consideramos que, en el derecho fundamental al olvido existen ineludiblemente los siguientes actores, sin la totalidad de los cuales no podría configurarse o apelarse al mismo. Así tenemos: i) Internautas, ii) Buscadores, gestores o motores de búsqueda, en línea, iii) Páginas o portales web, iv) Enlaces web o links, v) Información del afectado publicada en la Red, devenida en anacrónica e inexacta, y vi) El afectado.

Comúnmente se entiende, que el buscador por excelencia y hasta monopolístico y único resulta ser el en apariencia, omnipresente Google en el orbe. Nada más alejado de ser cierto, debido a que existen otros buscadores que abarcan los lugares donde Google no llega y son: i) Bing, ii) Yandex, iii) Blippex, iv) Wolfram Alpha, v) Blekko, vi) Naver, y vii) Baidu. Por ende, es probable que, por ejemplo, que una vez conseguida la desvinculación de sus datos personales en el buscador Google, resulte que los mismos continúen figurando en otro buscador.

Lo que complicaría, el ejercicio del derecho fundamental al olvido, por decir lo menos. Mención aparte, merece el tema de la Deep webb o internet profunda, que contiene el 96% de lo publicado en la internet superficial, donde recientemente también corresponde hacer efectivo el derecho al olvido.

Experimentamos una transición del derecho al olvido, aunque existen ciertos avances, sobre todo en Europa (principalmente España), donde son basilarmente en predios de jurisprudencia y doctrina. Dicho

derecho, se encuentra destinado a salvaguardar los derechos on line de las personas físicas.

Ello no tendría por qué excluir a las personas morales o jurídicas. Definitivamente como en todo, el avance de la tecnología trae consigo sus bemoles, queda por lo tanto armonizar los derechos fundamentales, de manera preferente al escenario de la vigencia y desarrollo del derecho al olvido de los datos personales que figuran en la Red.

Queda pues, legislar y reglamentar el derecho fundamental al olvido, con el objeto de ampliar la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales.

9.11 La Red. Hoy no se entiende la televisión sin la presencia de Internet y las redes sociales, no es infrecuente, sin embargo, hallar una construcción de una opinión pública de mayor calidad en ciertos lugares y usos de Internet. Por ello, sin caer en el triunfalismo y sin dejar de denunciar sus disfunciones, reconozcamos también los beneficios de la red, al menos aquellos indiscutibles que apuntan a pilares esenciales de una opinión pública democrática como son la apertura, la mayor inclusión social o el pluralismo (Cebrian Zazurca, 2016).

9.12 Sostenibilidad. Por otro lado, se requiere observar detenidamente el compromiso de las presentes medidas a adoptar. Ello, con la finalidad de orientar su dación hacia la permanencia y consolidación.

Cabe agregar, que las mismas deberán permanecer solamente hasta cuando amerite su vigencia, puesto que, luego de ello, las políticas de Estado deberán estar orientadas hacia los puntos o aspectos que lo precisen.

9.13 Proscripción de la Egotetría 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.

9.14 Principios de la Administración. Así, se inobserva el valor público, el mismo que constituye una obligación para quienes están a cargo de gestión pública, porque los mismos laboran con fondos públicos, los cuales les pertenecen a la población y por ende deben estar orientados hacia ella en general y específicamente a los sectores más deprimidos y no a otros fines, menos aún, cuando los referidos “otros fines”, postergan y desnaturalizan la finalidad que abraza la función pública (sea derivada generada vía elección popular o no). Así, el valor público, busca de forma comprometida, un sistema que promueva un desarrollo eficaz, eficiente, equitativo y sostenible. Bajo esta perspectiva, se busca la creación de valor público por medio de una gestión estatal, la que tiene que contribuir significativamente a cuatro fines o principios fundamentales: i) Reducción de la desigualdad, ii) Reducción de la pobreza, iii) Fortalecimiento de estados democráticos, iv) Fortalecimiento de la ciudadanía.

Así, el valor público, asume en resumidos términos, que (Bertucci, 2005): “(...) la gente tiene la capacidad y la libertad para expresar sus preferencias respecto a las actividades y resultados de la Administración Pública. También asume que las Administraciones Públicas tienen la voluntad y la capacidad para acomodar sus objetivos a las preferencias ciudadanas; y más que eso, asume que al entregar el valor público requerido, la gente estará dispuesta a pagar por él con dinero, con el voto, u ofreciendo su tiempo para colaborar con el gobierno”.

Así también, corresponde dejar constancia de la indisoluble relación existente entre 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”.

Lo curioso, es que, con dos principios benéficos, la gestión pública sería irrepachable. 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.

10 CONCLUSIONES

La democracia deviene en el pilar por excelencia, para salvaguardar los derechos fundamentales y necesidades más urgentes de la población y, sobre todo, de quienes menos tienen.

Los derechos fundamentales a la información y democracia, devienen no solamente en complementarios, pues, además cada uno se constituye en derecho continente, pues, engloban adicionalmente a otros derechos fundamentales.

La desinformación resulta ser tremendamente perjudicial, a la vez de desnaturalizar a la democracia.

La desinformación no es sinónimo de carencia de información, sino, de información, falsa, tendenciosa, maliciosa. La desinformación resulta ser más vulneratoria que el impedimento de acceso a la información.

Resulta imprescindible que la democracia se pueda ejercer también desde los actuales avances de las nuevas tecnologías y redes sociales. Esto es, desde el presente escenario contemporáneo.

La manera de combatir a la desinformación, es a la luz de la democracia participativa, enterada, en defensa de la democracia.

Luego de analizar y desarrollar los desafíos de los derechos fundamentales a la información y democracia, colegimos que en tanto que Estados garanticen la efectiva salvaguarda y protección de los derechos fundamentales, las poblaciones podrán ejercer y disfrutarlos de conformidad a su naturaleza y razón de ser.

11 SUGERENCIAS

Amerita ser celosos vigilantes y defensores de la democracia, pues, el baluarte de una sociedad civilizada y de un Estado Constitucional de Derecho.

En iguales términos, corresponde defender y proteger los fundamentales a la información y democracia.

Amerita realizar campañas de capacitación y concientización, a efectos de rechazar y denunciar a la desinformación.

Resulta imprescindible el establecimiento de políticas públicas, conducentes al acceso de las nuevas tecnologías y redes sociales.

Dación de políticas públicas destinadas a cubrir los desafíos de los derechos fundamentales a la información y democracia.

REFERENCIAS

BERTUCCI, Guido. **Gobierno digital y valor público**. México, 2005. Disponible en: http://www.politicadigital.com.mx/pics/edito/multimedia/418/fileartont102_multimedia.pdf. Consultado: 30 ago. 2023.

CEBRIÁN ZAZURCA, Enrique. **El impacto de internet en el estado democrático**. Madrid, 2016. Disponible en: https://zaguan.unizar.es/record/63463/files/texto_completo.pdf. Consultado: 30 ago. 2023.

DE LA CUADRA, Fernando; PAREDES, Juan Pablo. **Las amenazas y desafíos de la democracia**. Manizales, 2017. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/polis/v16n46/0718-6568-polis-16-46-00005.pdf>. Consultado: 30 ago. 2023..

GONZALO PENELA, Carlos. **¿Las redes sociales son una amenaza para la democracia?** Barcelona, 2018. Disponible en: <https://www.carlosgonzalo.es/redes-sociales-amenaza-para-la-democracia/>. Consultado: 30 ago. 2023.

FORD, Elaine. **El reto de una democracia digital**. Hacia una ciudadanía interconectada. Lima, 2019. Disponible en: <https://www.kas.de/documents/269552/269601/El+reto+de+la+democracia+digital+hacia+una+ciudadan%C3%ADa+interconectada.pdf/3c571428-98b1-c3b7-c47c-63cc5fb715ef?version=1.2&t=1574964153718>. Consultado: 30 ago. 2023.

LÓPEZ JIMÉNEZ, Sinesio. **Democracia y gobernabilidad: actores, instituciones y condiciones**. Lima, 2006. Disponible en: http://www.propuestaciudadana.org.pe/sites/default/files/publicaciones/archivos/cd_20.pdf. Consultado: 30 ago. 2023.

MIRANDA SÁNCHEZ, Paula; ROMERO MANCHEÑO, Ismael. **Menos oposición y más cooperación: Aportes para el fortalecimiento de la democracia**.

Santiago, 2017. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/polis/v16n46/0718-6568-polis-16-46-00039.pdf>. Consultado: 30 ago. 2023.

PÉREZ DE ACHA, Gisela. **Una panorámica sobre el derecho al olvido en la región.** Santiago, 2015. Disponible en: <https://derechosdigitales.org/9324/una-panoramica-sobre-la-discusion-en-torno-al-derecho-al-olvido-en-la-region/>. Consultado: 30 ago. 2023.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Germán. **Los desafíos sociales de la democracia en México.** Amsterdam, 2017. Disponible en: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S0185161617300173?token=E36348560ABE703746515D27789FFFB524D3A1CFC08FBAD9818DB7A13B5C160444967045DB974BF42C7523172742D009>. Consultado: 30 ago. 2023.

TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. **Justicia legal, justicia constitucional, justicia convencional, justicia restaurativa, justicia.** ¿Son sinónimos? Lima, 2018. Disponible en: <http://www.el-terno.com/colaboradores/Jorge-Isaac/Justicia-legal-justicia-constitucional.html>. Consultado: 30 ago. 2023.

URBINA PADILLA, Dante. **Perú y el Índice de Percepción de la Corrupción.** Lima, 2020. Disponible en: <https://elperuano.pe/noticia-peru-y-indice-percepcion-de-corrupcion-89847.aspx>. Consultado: 30 ago. 2023.

VARGAS LUZA, Christian Michael. **¿Cuán importante es conocer la naturaleza del ser humano para el derecho?** Citando a Marco Aurelio Denegri. Lima, 2020. Disponible en: <https://lpderecho.pe/cuan-importante-conocer-naturaleza-ser-humano-derecho-christian-michael-vargas-luza/>. Lima, 2020.

LA RELEVANCIA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS: DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS INDISPONIBLES

RIMI ONODERA OTSUKA¹

1 INTRODUCCIÓN

Durante siglos la función judicial estaba oprimida y opacada por estar constreñida a aplicar mecánicamente la ley sin posibilidad alguna de crear derecho por medio de la jurisprudencia, dado que el legislador era el único creador e intérprete auténtico del derecho, siendo la única tarea interpretativa judicial la de desentrañar el sentido contentivo en la ley como única fuente del derecho mediante el silogismo deductivo o subjuntivo de la norma genérica al caso individual y, por consiguiente, la validez jurídica de los principios generales del derecho decimonónico estaba circunscripta a aquellos puestos implícitamente por el legislador con carácter supletorio y de último recurso.

Todo esto debido a la intromisión avasalladora de la visión mecánica, formal, inerte y carente de humanidad del *ius* positivista a ultranza, teoría jurídica propia del Estado Liberal y Legal de Derecho, que luego de la triunfante Revolución Francesa se ha expandido en Europa. No obstante, al final de la Segunda Guerra Mundial a raíz de los juicios de Núremberg esta teoría *ius* positivista entra en crisis tras romperse la sinonimia entre el derecho y la ley, en razón del reconocimiento eficaz de los derechos humanos como cotos indisponibles para la autoridad estatal,

1 Abogada por la Universidad Católica “Ntra. Sra. de la Asunción” Campus-Itapúa, Ciudad de Encarnación – Paraguay. Especialista en “Derecho Procesal” por la Universidad Gastón Dachary de la Ciudad de Posadas, Provincia de Misiones – Argentina. Actualmente, maestrando en Maestría en “Derecho Público, Justicia Constitucional y Derechos Humanos con énfasis en el Control de Convencionalidad” por la Universidad Católica “Ntra. Sra. de la Asunción” Campus-Itapúa, Ciudad de Encarnación - Paraguay. Abogada independiente en ejercicio de la profesión. Miembro de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. myronodera@gmail.com.

con la consecuente transición del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional.

En esta nueva transformación se incorpora al derecho vigente (Constitución y Declaración Universal de los Derechos Humanos), además de las reglas, los derechos naturales e inalienables del hombre como principios intangibles e inviolables del derecho para así explicar y operar con esta nueva concepción del derecho que ha modificado toda la fisonomía del sistema estatal, del proceso y de la actividad jurisdiccional interpretativa y aplicativa del derecho, abriendo sendero hacia el reconocimiento eficaz de los principios jurídicos como fuente principal del derecho, máxime a partir de las obras de Dworkin y de Alexy.

A la luz del reconocimiento operativo de los derechos humanos los principios jurídicos comienzan a marcar un nuevo pero lento derrotero hasta llegar a la actualidad, en donde todo el estamento jurídico gira en torno a los principios jurídicos bajo el manto protector del Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para triunfar los postulados de justicia y de los derechos humanos fundamentales *-en adelante se usa esta expresión por tener protección nacional e internacional-* por parte de todas las autoridades estatales, en especial, de los jueces que hoy están facultados y obligados a velar, sobre todo, los principios y/o los valores, tanto constitucionales como convencionales.

Sin embargo, la teoría del derecho construido por principios hasta la fecha es un gran desafío para los aplicadores y estudiosos del derecho, en especial desde la perspectiva positivista o post positivista que resta relevancia a los principios por el carácter abstracto que presenta el derecho en el paradigma de principios, por la hipermoralización del derecho o por la omnipotencia judicial; incluso no hay unanimidad entre los defensores de esta nueva tesis (neoconstitucionalista o no positivista principialista) ni siquiera en cuanto al concepto, generando más confusiones que precisiones.

Así las cosas, como problema general de la presente investigación corresponde cuestionar: *¿Por qué los principios jurídicos son tan relevantes en el marco del Estado Constitucional de Derecho?* y para responder esta pregunta principal resulta imprescindible contestar las siguientes preguntas específicas: 1. *¿Por qué surgió la teoría contemporánea de los*

principios?, 2. ¿Esta teoría surgió con la configuración del Estado Constitucional de Derecho o con la corriente neoconstitucionalista? y ¿Cuál es la vinculación entre los principios jurídicos y los derechos humanos?.

Para alcanzar dichos objetivos el artículo de investigación centra la visión en reflexionar la causa principal originaria de la teoría contemporánea de los principios jurídicos para comprender la transición del derecho por normas apuntalado por el Estado Legal al derecho por principios augurado por el Estado Constitucional y desentrañar la conexión existente entre principios jurídicos y derechos humanos, todo con el afán de destacar la relevancia de los principios jurídicos actuales y, por ende, apreciar su utilidad en la función jurisdiccional interpretativa y aplicativa del derecho.

El método utilizado para el presente desarrollo es el “dogmático” mediante la recopilación y el análisis de los documentos bibliográficos para ilustrar el tratamiento de los principios jurídicos en el marco de la evolución histórica que ha determinado su concepción actual, la cual difiere de la explicación decimonónica, incluso de la tradición romana; por lo tanto, a través del “método deductivo” las conclusiones del artículo se sustentan en los estudios doctrinales. Y para cumplir con el cometido se abordan sobre:

Primero, las ideas básicas y conceptuales de los principios jurídicos para distinguir entre la concepción primaria u originaria sobre todo de Aristóteles, el *principia iuris* romano y la concepción decimonónica de los principios generales del derecho, y posteriormente identificar los conceptos abordados por los juristas contemporáneos para visualizar la tendencia actual sobre los principios.

Segundo, el inicio de la crisis del derecho por normas para reseñar que el impacto de los juicios de Núremberg es haber demostrado la insuficiencia de la teoría decimonónica basada en la sinonimia entre la ley y el derecho tras reconocer la existencia eficaz de los derechos humanos como núcleo de juridicidad universal e indisponible para la autoridad estatal.

Tercero, el comienzo del apogeo del derecho por principios para acentuar que la nueva concepción del derecho integrado, no solo por las reglas sino principalmente por los derechos fundamentales de las personas humanas como principios intangibles e inviolables del derecho, ha provocado la necesaria transformación del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional, abriendo camino hacia la principialización del derecho en consideración al hombre como centro del derecho.

Cuarto, la teoría contemporánea de los principios jurídicos de Dworkin y de Alexy para analizar sus aportes a la teoría jurídica actual, dado que el filósofo norteamericano Dworkin es considerado como el padre de la teoría contemporánea de los principios y el filósofo alemán Alexy por haber perfeccionado la teoría de Dworkin.

Y, finalmente, las teorías fuertes y débiles de los principios jurídicos para destacar la conexión necesaria entre principios jurídicos y derechos humanos y, a su vez, apreciar que así como existen derechos positivos creados por los hombres y derechos humanos y universales reconocidos por los hombres también existen principios jurídicos sustanciales y formales, siendo esta distinción necesaria para la comprensión final de los principios jurídicos actuales.

2 LAS IDEAS BÁSICAS Y CONCEPTUALES DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

La idea primaria u originaria de los principios jurídicos incluso ya reflejaba en el iusnaturalismo desde mucho antes del Estado de Derecho Constitucional, así, se puede visualizar la definición de Aristóteles, en su *Metafísica*, como aquello primero desde o a partir de lo cual algo es, se hace o se conoce como derecho, y en igual sentido, para Santo Tomás de Aquino, como aquello de lo que algo procede de cualquiera manera, identificando con los primeros principios prácticos de la ley natural y desde ellos se deduce o determina el derecho o la ley positiva (citados por Vigo, 2012, p. 63).

Y para los jurisconsultos romanos, según Ratti Mendaña (2015, p. 165), un conjunto de opiniones, reglas y brocárdicos jurídicos que se hallan a disposición de los juristas, litigantes, científicos del derecho y de los jueces, constituyendo una real fuente del derecho para solucionar con un criterio de justicia los casos particulares.

Sin embargo, algunos autores atribuyen al positivismo el origen de estos principios jurídicos identificando con los llamados “principios generales del derecho” plasmados en los códigos decimonónicos, cuya validez jurídica radica en la voluntad autoritativa. En este sentido, los principios admitidos por el modelo decimonónico son aquellos principios “formales e implícitos en la ley” para evitar que entren en conflicto con las normas positivas y solo de “último recurso” cuando las normas positivas no están en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente

su función reguladora atribuida (ya sea por ambigüedad, laguna legal o contradicción entre las normas).

Esto en razón de la identificación del derecho con la ley, cuyo enfoque legalista se mantiene en la teoría normativista o Kelseniana, limitándose a lo contenido en las normas positivas al solo efecto de dirigir conductas bajo la amenaza de la coerción sin interesar el para qué de las mismas y, ergo, prescinde de toda consideración de los principios en el derecho porque aceptar su contenido importa la introducción de la moral o los valores, la cual implica abortar el proyecto normativismo de construir una ciencia jurídica objetiva y exacta, siendo la ética para el positivismo puro, un concepto subjetivo del hombre, por ende, susceptible de la discrecionalidad judicial (Vigo, 2012, pp. 49 y 202).

Desde el punto de vista tradicional del positivismo jurídico los principios jurídicos consisten en enunciados jurídicos que se obtienen por deducción o generalidad de las normas positivas determinadas y que solo pueden aplicarse como última válvula de seguridad del ordenamiento jurídico por tener una función supletoria o secundaria, aunque en la práctica la posibilidad de apelar a los principios generales del derecho haya sido muy remota o casi nula; por lo que la concepción del *principia iuris* romano no ha tenido repercusión alguna.

De esta manera, los principios no siempre han tenido la misma concepción ni formaron parte del derecho a lo largo de la tradición jurídica, comenzando con la idea Aristotélica-Tomista como el punto de partida del derecho, para luego considerarse como parámetros o aforismos abstractos utilizados sobre todo por los jueces como fuente del derecho para hallar una solución justa del caso, hasta que en los tiempos decimonónicos se quedan fuera de la órbita jurídica, limitándose a los principios formales e implícitos en la ley con carácter supletorio y de último recurso.

Maxime, esta concepción decimonónica sufre un gran cambio luego de la Segunda Guerra Mundial tras cambiar la concepción del derecho, modificando toda la fisonomía de los principios jurídicos; de modo que los principios jurídicos contemporáneos aludidos en el Constitucionalismo Contemporáneo no son meros aforismos abstractos del *principia iuris* romano ni principios formales y secundarios deducidos de la ley del tipo positivista radical, siendo así, su concepción varía en cada cultura jurídica.

De allí, a la hora de definir a los principios jurídicos surgen muchas confusiones o imprecisiones que connotan distintas ideas, por ejemplo, según Carrió los principios pueden entenderse como “origen o causa, parte importante de algo, guía, finalidad, esencia, máximas o verdad ética incuestionable, o como valores según Alexy” (Delucchi, 2010, p. 598), o además como “recaudos formales del ordenamiento jurídico, orientaciones generales para el legislador, núcleo básico del régimen normativo, exigencias básicas de justicia y moral, o mandatos de optimización, o como directrices o preceptos de gran vigor, siendo este último de mayor aceptación en la lingüística jurídica (Oteiza, 2018, pp. 15 al 19).

Ahondando aún más, para Vigo (2012, pp. 48 y 315) los principios son derecho en potencia o un derecho concentrado que no define ni hipótesis ni consecuencias, por eso, son respuestas implícitas que requieren del aporte del jurista para que se incorporen al derecho vigente. Y Ratti Mendaña (2015, p. 160), parafraseando la definición de Aristóteles, expone que el principio es “aquello de lo cual algo procede, sea en la línea del ser, del conocer o del obrar; lo primero a partir de lo cual algo es, o se produce, o se conoce”.

Martínez Lezcano señala que la palabra principios significa “el primer instante de algo o la norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”. Para De La Oliva Santos son “las ideas generales que constituyen el punto de partida para la construcción de los instrumentos esenciales de la función jurisdiccional, en el sentido de originarlas” (los dos últimos autores citados por Villalba Bernié, 2017, p. 350). Y Villalba Bernié (2017, p. 350), por su parte, concluye:

Actúan como los surcos directrices y orientadores de los derechos fundamentales, plasmando un trazo determinado de política jurídica en el ordenamiento constitucional exhibido en un momento histórico dado. Juegan como un faro que ilumina al sistema, sirviendo al intérprete de guía para aplicar la normativa y para llenar los vacíos legales, que se presenten al juez, al legislador, o al tratadista, los que deben armonizar su aplicabilidad a los efectos de evitar las incoherencias tan típicas de los ordenamientos legales.

Por otra parte, Ruíz Manero y Atienza enseñan que los principios se refieren a “aquellas normas que expresan los valores superiores de un

ordenamiento jurídico, de un sector del mismo, de una institución, etc.” Para Preciado Hernández, los principios jurídicos “tienen su origen en el Derecho Natural, fundados en la naturaleza racional y libre del hombre, los cuales constituyen el fundamento de todo sistema jurídico posible o actual”. Cabanellas explica “partiendo del enfoque gramatical se puede entender como primer instante del ser, razón, fundamento, origen, causa primera, fundamentos o rudimentos de una ciencia o arte, una máxima, norma o guía” (citados por Alvarado Aguilera, 2014, pp. 12 y 24).

Alvarado Aguilera (2014, p. 21), por su parte, expone que los principios jurídicos son directrices para orientar al legislador y al juzgador en su modo de obrar, ya sea para crear la norma jurídica o bien para integrar laguna legal, por cuanto emanan de la razón natural, de la propia naturaleza racional del hombre e informan a las normas positivas, por eso, son descubiertos por el operador jurídico y luego se manifiestan a través de enunciados lingüísticos jurídicos que integran los diferentes cuerpos normativos vigentes en un tiempo y lugar determinado. De allí, los principios son el alma de todo ordenamiento jurídico y este último es la materialización de los principios rectores del derecho.

En efecto, la mayoría de los juristas contemporáneos sigue el lineamiento de Aristóteles, porque afirmar que los principios jurídicos son “aquellos derivados del derecho natural o de la razón natural, las ideas fundamentales que constituyen el punto de partida del derecho, directrices de los derechos fundamentales, valores superiores del ordenamiento jurídico o simplemente una causa, finalidad, máximas, guía o esencia” equivalen a decir que los principios son el arché del derecho (derecho natural es el origen de todo derecho) y, por ello, son directrices supremos que orientan a los operadores jurídicos a respetar los postulados de justicia y de los derechos humanos fundamentales para la creación jurídica.

3 EL INICIO DE LA CRISIS DEL DERECHO POR NORMAS

En Europa Continental el apogeo del *ius* positivismo a ultranza se ha extendido luego de la “Revolución Francesa de 1789” al proclamar el principio de la legalidad basado en la “seguridad jurídica” como uno de los valores más sagrados tanto en la “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789” como en la “Constitución Francesa de 1791” con el único fin de lograr el traspaso de la autoridad totalitaria

del Monarca (Estado Absolutista) por la del Parlamento (Estado Legal y Liberal de Derecho), por eso, en Francia la proclamación del reconocimiento de los derechos naturales e individuales de las personas era un simple pretexto político para acentuar la libertad y la igualdad como modificación para fundamentar dicho traspaso. Asimismo, esta tendencia individualista y liberal elevaba al proceso dispositivo como cosa de las partes porque al tratarse de esfera privada el Estado estaba circunscripto a no intervenir en la libertad individual de los ciudadanos.

Así, se expande la hegemonía del legislador para producir el derecho, donde la ley es la única e incuestionable fuente del derecho, bajo el prisma: “*dura lex sed lex*”, en la medida que la ley prevista por el Parlamento se consideraba justa, recta e infalible al constituirse en la expresión de la “voluntad general o popular” que persigue el interés común como garantía de la libertad e igualdad de todos. Y, siendo el derecho una obra exclusiva del legislador, los jueces solo podían aplicar mecánicamente la voluntad textual –*efectiva o presunta*– del legislador mediante el silogismo deductivo para subsumir el caso individual en el genérico de alguna norma establecida bajo el polémico axioma: “el juez boca de la ley”.

Esta cultura decimonónica con Kelsen ha alcanzado el normativismo intenso, cuya teoría es más moderada, correctiva y sistemática del antiguo dogma formalista o legalista, en tanto para Kelsen la Constitución es la piedra fundamental del sistema jurídico en sentido formal para regular la creación normativa, creando para cuyo efecto un órgano independiente del Poder Judicial denominado “Tribunal Constitucional” para que solamente los jueces constitucionales puedan realizar el control formal de constitucionalidad como “legislador negativo” al solo efecto de invalidar las leyes contrarias al procedimiento constitucional y así limitar el poder absoluto del legislador (López Medina, 2004, pp. 390 al 391), porque para Kelsen, al igual que el legocentrismo, la Constitución no tiene fuerza normativa como límite sustantivo o axiológico del contenido de las normas jurídicas por rechazar toda valoración moral, axiológica o fines de las normas positivas.

No obstante, esta visión *ius* positivista (legalista o normativista) dominante en Europa entra en crisis cuando las naciones aliadas y vencedoras de la Segunda Guerra Mundial (Gran Bretaña, E.E.U.U., Francia y Unión Soviética) determinaron conformar un Tribunal Militar Interna-

cional (TMI en adelante) en la ciudad de Núremberg (1946) para juzgar y sancionar a los jerarcas nazis por haber “cumplido la ley y violado el derecho”, porque el Tercer *Reich*, basado en la eugenesia nazi o conocido como higiene o pureza racial, ha permitido la perpetración de exterminios masivos (Holocausto) y deportaciones de personas en campos de concentración, cuya violación a los derechos humanos ha alcanzado un nivel tan inhumano y monstruoso sin precedentes en la historia de la humanidad.

Ante esta situación tan aberrante, el TMI, para evitar otra ley extremadamente injusta, moralmente inaceptable y racionalmente contradictoria al derecho natural e inalienable del hombre, decide condenar a los jerarcas nazis sobre la base de la fórmula de Radbruch: “*extremes Unrecht kein Recht*” (la injusticia extrema no es derecho), alegando que “cuando el derecho positivo es extremadamente injusto no se puede aplicar porque es un entuerto jurídico o un “falso derecho (*lex injusta non est lex*)” por ser contrario al derecho natural, por ende, las leyes nazis son inválidas (Rodríguez, 2014, p. 14). En palabras de Villalba Bernié (2023, pp. 28 al 29):

Es así que, utilizando la fórmula de Radbruch, bajo el rótulo de ser violatoria de principios del derecho natural y violatorios de los derechos humanos, fue cuestionada su juridicidad positiva debido a su abierta inmoralidad y carencia de racionalidad, al extremo de considerarlas como inexistente *ab-initio* dada su inmoralidad inexcusable. Una injusticia mayúscula, aunque sea legal no puede constituir un derecho. Son altisonantes los calificativos radbruchianos posteriores a la Alemania nazi, donde pueden leerse acusaciones al positivismo jurídico, en especial por causar insensibilidad a la conciencia de juristas que avalaron la injusticia extrema, posicionando una dimensión ética para superar dicha postura radical de ilegitimidad normativa. Desde ese entonces comienza un lento derrotero, que impone el deber de aceptar la vigencia del derecho por sobre la ley... El derecho tutela las garantías fundamentales básicas y naturales de la persona humana, que ni la propia ley vigente puede soslayar, dando lugar a la preeminencia de los principios como fuentes de la ciencia jurídica, o cuanto menos en equilibrio y armonía con las leyes vigentes.

El fundamento de la fórmula de Radbruch es que el derecho puede ser injusto sin perder su validez jurídica; no obstante, existe un límite suprallegal que al violarse lo transforma en derecho nulo, dado que el

derecho no está constituido sólo por lo que así ha dispuesto la sociedad, sino, además, hay algo jurídico que vale como tal aunque ninguna autoridad lo haya reconocido y esta juridicidad dada o indisponible se remite a lo humano, a la naturaleza humana, a la experiencia humana. Y en palabras Radbruch “el llamado a hacer efectivo ese común sentimiento humano de justicia es el juez como servidor de la justicia”, motivo por el cual “los jueces no debieron validar ese régimen nazi que atentaba contra esos derechos humanos básicos e intangibles y esa dignidad básica de las personas” (Rodríguez, 2014, p. 9).

Ahondando aún más, para Radbruch, la validez del derecho positivo está en la seguridad jurídica que es el orden para lograr la paz. La seguridad jurídica es la que justifica la positividad del derecho e incluso sirve de fundamento moral a la obligatoriedad del derecho al formar parte de la justicia. La seguridad como valor no debe salir nunca del ámbito de la justicia, por cuanto las exigencias de un Estado de Derecho imponen que el derecho debe proteger, amparar, garantizar los derechos humanos que se hallan por encima de toda ley, dado que hay un derecho natural (derecho suprallegal) que niega la validez a toda ley enemiga de la justicia que son la pauta axiológica del derecho y la meta del legislador. De allí, la ley que no intenta alcanzar la justicia ni la igualdad como núcleo de la justicia resulta manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del derecho, cuyos principios básicos son derechos naturales, racionales y morales que responden a los postulados de justicia y de la humanidad (Martínez Roldan, 2006, pp. 205 al 226).

En efecto, la atroz violación a los derechos humanos perpetrada en nombre de la ley nazi despierta la conciencia social para prevalecer el respeto al hombre por encima de los valores formales, provocando un cambio de paradigma en la concepción del derecho, al comprender que, siguiendo a Vigo, en el derecho hay un núcleo de juridicidad indisponible y universal para la autoridad legislativa que está decidido por la naturaleza humana que constituye el núcleo de cualquier juicio moral o ético, por eso, de violarse carecería de toda validez jurídica u obligatoriedad.

Así, tras la distinción entre la ley (derecho creado por el hombre) y el derecho (derecho humano reconocido por el hombre) la tesis *ius* positivista imperante desde la Revolución Francesa entra en crisis al evidenciar la insuficiencia de la concepción decimonónica del derecho

que se identifica con la ley como obra humana exclusiva y carente de toda consideración axiológica, moral o racional, siendo la Ley Fundamental de Bonn de 1949 la primera en distinguir entre ley y derecho, imponiendo con fuerza obligatoria a todas las autoridades estatales el respeto al derecho por encima de la ley, y, a nivel internacional, el primer instrumento sobre derechos humanos se plasma en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948.

4 EL COMIENZO DEL APOGEO DEL DERECHO POR PRINCIPIOS

El legado principal de los juicios de Núremberg es el reconocimiento de los principios fundamentales del derecho (iusfilosóficos) que exigen materializar los postulados de justicia y de los derechos humanos al comprender que el derecho, además de las normas positivas, está integrado por un derecho *per se o proprio vigore* derivado de la naturaleza humana como núcleo de juridicidad universal e indisponible para la autoridad legislativa, en razón de que el fundamento y la razón de existencia del derecho son los hombres, por ende, el deber estatal es tutelar los derechos humanos inherentes de la dignidad humana para la consecución de la justicia material como valor axiológico más relevante de la autoridad legislativa por encima de la justicia formal derivada de la voluntad general.

Vigo (2012, pp. 115 al 116) expone que los derechos humanos pertenecen a todo hombre por el solo hecho de ser hombre, siendo así, como expresa Hermogeniano, “por causa del hombre existe el derecho”, entonces, estos derechos humanos no pueden ser suprimidos por el Estado sino simplemente corresponde que los reconozca a través del derecho positivo, ergo, el derecho existe para favorecer el desarrollo o la protección de sus bienes humanos básicos para que ningún otro hombre se los quite o perturbe. Por eso, el derecho humano es una expresión secularizada de lo que en la historia se conoce como derecho natural o derecho justo.

Para Finnis (citado por Vigo, 2022, p. 10) estos bienes humanos básicos son el objeto de la protección de los derechos humanos y éstos, a su vez, son el objeto de los principios jurídicos, porque los principios generales de la ley natural muestran al hombre las formas básicas de realización humana plena como bienes o valores básicos que han de alcanzar y ellos constituyen el sustrato valorativo de todos los juicios morales, en-

tonces, el derecho si pretende servir al hombre y contar con validez jurídica plena debe promover o no perjudicar esos bienes básicos humanos.

A la luz del reconocimiento eficaz de estos derechos humanos surge la Constitucionalización del derecho, augurado por el Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, incorporando en esta nueva Constitución, además de las normas con carácter de reglas, los derechos naturales e inalienables del hombre como principios intangibles del derecho para explicar y operar con esta nueva visión del derecho, y, por ende, abriendo camino con ella hacia la principalización del derecho al tornarse una realidad operativa a partir de la consolidación en la parte dogmática de los textos constitucionales.

La Constitución se rematerializa o sustancializa cargándose del contenido axiológico o moral, bajo el rótulo de los principios, los derechos humanos, derechos naturales o de la justicia, como cotos vedados o indisponibles. El derecho al constitucionalizarse se ha humanizado por comenzar a operar como un esfuerzo institucional para hacer triunfar los derechos humanos, no sólo en relación al Estado, sino también en relación a cualquier otro poder y al resto de los ciudadanos, de allí, la consagración y operatividad de los derechos humanos, además de la Constitucionalización del derecho, han sido una fuente importante para potenciar a los principios (Vigo, 2012, pp. 32, 48, 49 y 314).

A colación de este cambio de fisonomía del derecho en general también se modifica la noción del proceso y la actividad jurisdiccional aplicativa del derecho, porque en este nuevo paradigma del Estado Constitucional la Constitución deja de ser un mero texto político de organización estatal con huera declaración programática o abstracta de derechos fundamentales para comenzar a adquirir fuerza normativa y suprema con aplicación directa e inmediata para triunfar la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

Ferrajoli (2011, p. 28) señala que la Constitucionalización del derecho como teoría del derecho comienza a exigir para la validez de las leyes tanto la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales como también la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos como la igualdad, dignidad humana y los derechos fundamentales, siendo así, la Constitución es la positivización de los principios de justicia y de los derechos humanos.

Así las cosas, la Constitución adquiere un lugar privilegiado dentro del derecho positivo para los derechos humanos fundamentales, exigiendo a los juristas en todos los casos concretar el control de validez desde el derecho constitucional respecto a la totalidad de las normas aplicables, no solo en sentido formal o procedimental, sino también sustancial o ético; de modo que más allá de las especialidades ningún juez puede ignorar el derecho constitucional ni los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, no solo por la conciencia constitucional para triunfar los derechos humanos fundamentales sino también para advertir que estos son el principio y fin del derecho, y del bien común político, porque la razón de su existencia es beneficiar al hombre y a la sociedad (Vigo, 2012, p. 227; 2022, p. 26).

El impacto de esta operatividad directa de la Constitución sobre el derecho ha sido tan fuerte en la cultura jurídica, sobre todo europea, que comienza a adquirir un papel decisivo en la configuración de distintas teorías para alejarse de la teoría iuspositivista a ultranza a partir de la década de 1950, y fundamentalmente en las décadas de 1970 y 1980 comienzan a surgir una nueva corriente denominada “no positivista principialista o neoconstitucionalista” para explicar, respaldar y potenciar al Estado Constitucional forjado sobre la base de esta nueva concepción del derecho construido por principios como superación del paradigma positivista del derecho por normas. Entre los autores que más se destacan en esta nueva corriente se hallan Ronald Dworkin (Norteamérica), Robert Alexy (Alemania), Gustavo Zagrebelsky (Italia), Luis Ferrayoli (Italia) y Carlos Nino (Argentina).

5 LA TEORÍA CONTEMPORÁNEA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DE DWORKIN Y DE ALEXY

En la temática de los principios jurídicos forzosamente hay que mencionar a Dworkin y Alexy, quienes han contribuido a la revalorización de los principios como instrumento de crítica en contra del iuspositivista para constatar la existencia de los principios jurídicos en el ordenamiento jurídico como nuevos estándares normativos con fuerza vinculante para los operadores jurídicos, basándose en la distinción cualitativa entre principios y reglas, y estableciéndose una conexión necesaria entre el derecho y la moral a través de los principios.

En este sentido, el filósofo norteamericano Dworkin es conocido como el padre de la teoría contemporánea de los principios por abrir camino al derecho hacia el mundo de los principios, y el filósofo alemán Alexy por haber perfeccionado la obra de Dworkin con la teoría de los derechos fundamentales como principios. Ahora bien, merece acotar que ellos no han sido los únicos en desarrollar la teoría de los principios, incluso en la tradición jurídica contemporánea; no obstante, el presente artículo centra la visión en destacar su teoría dada su mayor aporte en la teoría jurídica por haber marcado un antes y después en la tradición jurídica.

En el mundo anglosajón, Ronald Dworkin comienza a exponer su tesis en contra de su maestro Herbert H. L. Hart. Hart, quien después de Kelsen es el representante más importante de la doctrina jurídica positivista y, en este sentido, en su obra *El Concepto del Derecho*, Hart afirma que el derecho es solo un sistema de reglas y como tal la unidad del ordenamiento jurídico se mantiene a través de una regla de reconocimiento que proporciona el criterio de validez de todas las demás, negando la calidad integradora del sistema normativo a los principios.

Dworkin parte de la concepción del derecho como integridad para arremeter contra el modelo iuspositivista de Hart sobre el uso indiscriminado de la discrecionalidad judicial frente al conflicto de reglas, sobre todo a las lagunas legales, afirmando que en estos casos difíciles, donde una decisión puede enfrentar una respuesta no conocida por el derecho vigente, no se puede resolver aplicando la ley en razón de que no existe en el caso concreto un precedente legislativo aplicable, entonces, el juez discrecionalmente debe ir más de la ley, apoyándose por la apertura a los principios y las directrices políticas como otros tipos de normas inmersas en los ordenamientos jurídicos para fundamentar su decisión apoyada en la respuesta correcta. El gran logro de Dworkin está en introducir bajo el rótulo de los principios los elementos morales que respondan a los postulados de justicia en el derecho como nuevos estándares en la interpretación y actividad judicial que permitan orientar a la ciencia jurídica a cumplir con las necesidades sociales actuales, atribuyendo al juez paradigmático Hércules brindar las respuestas jurídicas en perfecta armonía con los principios (Bechara Llanos; Vides Argel, 2019, pp. 198 al 200).

Siguiendo a estos autores, la nueva concepción del derecho dworiano desde la dimensión integradora implica afirmar que con la concepción simplista y reduccionista del derecho a normas taxativas no podrán responder a las demandas sociales y morales de un derecho, porque precisamente hay un conflicto de reglas, ya sea por vaguedad o ambigüedad legal (casos fáciles o débiles), o bien sea porque no hay norma jurídica aplicable al caso (casos fuertes, difíciles o complejos); entonces, si no se puede resolver aplicando la ley el juez debe ir más de la ley a través de los principios como otro tipo de estándares normativos, dado que el derecho no se limita solo a lo jurídico o normativo, sino además a lo moral apoyada en la aceptación social de los principios que emergen de la colectividad.

La discrecionalidad judicial defendida por el *ius* positivista bajo el modelo puro de reglas desconoce normas del mismo conjunto normativo que son los principios jurídicos y este desconocimiento implica desbordar los límites racionales porque el juez actuará conforme a su sentido del derecho, es decir, la decisión más conveniente para resolver el caso concreto y no conforme al alcance material del mismo contenido de justicia. Además, admitir el uso indiscriminado de la discrecionalidad judicial como el único medio posible para resolver los problemas jurídicos en los casos difíciles equivale a validar que los principios nunca podrán ser parte integrante del mismo sistema jurídico (Bechara Llanos; Vides Argel, 2019, p. 201), siendo los únicos principios admitidos por el *ius* positivismo aquellos implícitos en la ley, los cuales se inducen de las generalidades de las normas jurídicas, es decir, no dejan de ser aplicación deductiva de la ley.

Razón por la cual, Dworkin con su teoría principialista busca desmitificar el uso ilimitado de la función discrecional del juez, preocupado por los alcances de la decisión judicial que trascienden respecto a las partes litigantes y el impacto que ésta genera frente a la sociedad; de allí la relevancia de que su fundamento, razón o argumento se apoye en la postura más correcta para evitar algún error jurídico o desconocimiento de un derecho para la parte o partes. En este sentido, Bechara Llanos y Vides Argel (2019, p. 203) destacan que Dworkin culmina afirmando que la discrecionalidad debe ser un juicio que emplea el juez solo para los casos difíciles a través de los principios, dado que la interpretación de los principios orientará a establecer respuesta correcta para el derecho acorde a la justicia y esta decisión construida por principios constituye

en precedente vinculante para los operadores jurídicos porque ellos desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios respecto a determinados derechos y obligaciones jurídicas, por eso, los principios adquieren un papel decisivo en el derecho.

Por lo expuesto, para Dworkin los principios no son normas, sino estándares de conducta que deben ser observados, no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una “exigencia de justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”. Al respecto, Suárez Rodríguez (2017, p. 68) critica y expone que decir que el principio es un estándar que ha de ser observado remite a la obligatoriedad y a la naturaleza jurídica de los principios en concordancia con la distinción que Hart hiciera entre “verse obligado a” y “estar obligado”.

En cuanto a la diferencia se pueden observar, entre otros, mientras los principios dworkianos tienen un contenido moral o vinculado a los derechos morales, las normas cuentan con un contenido diversificado; los principios por su contenido pertenecen al derecho forzosamente, por ende, a diferencia de las normas, no pueden ser sometidos al test de origen o *pedigree* y cuentan con una validez intrínseca y necesaria (Vigo, 2012, pp. 103 al 104).

Asimismo, los principios y reglas se pueden distinguir por la forma de aplicación o por la forma del razonamiento judicial que los aplica. La primera forma implica que las reglas se aplican de manera disyuntiva, “se aplican o no se aplican, todo o nada”, dado que las normas tienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (Alvarado Aguilera, 2014, pp. 38 al 39), mientras que los principios jurídicos siempre deben aplicarse y no establecen consecuencias jurídicas predefinidas, más bien son una razón que discurren uno u otro sentido. Y la segunda forma se refiere a que los principios tienen una dimensión del peso o importancia, mientras que las reglas tienen igual dimensión (Suárez Rodríguez, 2017, p. 68), siendo esta dimensión del peso uno de los aportes más destacados de Dworkin.

Ahora bien, es preciso aclarar que el balanceo utilizado por Dworkin no se trata de ponderar los principios, sino de establecer o determinar un equilibrio o igualación de las cargas partiendo del hecho, por eso, habla de “balanceo”, dado que para él cada principio ya tiene determinado un

peso relativo, no de acuerdo al caso concreto, sino por la sociedad misma, es decir, desde la génesis misma de la conformación del sistema jurídico y social. De modo que la idea central del balanceo es que los derechos individuales son principios, cuyo peso previamente definido no puede ser alterado arbitrariamente por la perspectiva particularista del juez en cada caso concreto, porque hay derechos que tienen prevalencia en cualquier contexto y en cualquier lugar (Peláez Mejía, 2019, p. 179).

Y en el Continente Europeo, Robert Alexy desarrolla la teoría de los derechos fundamentales como principios para determinar el alcance material de los límites racionales de los derechos constitucionales, cuya base es la diferenciación entre norma y enunciado normativo, siendo este último el texto jurídico consagrado literalmente en la Constitución o la Ley, mientras que el primero sería el significado del enunciado normativo, y esta norma puede clasificarse entre normas de carácter general y normas de carácter fundamental que, a su vez, se pueden estructurar en reglas, principios o valores (Peláez Mejía, 2012, p. 185).

Dentro de esta estructura, Alexy (2016, p. 458) explica que el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios, en primer lugar, no consiste en el carácter de “todo o nada”, en contraposición a la teoría de Dworkin, sino de “optimización”, un mandato que puede cumplirse en distinto grado, porque de seguir por el carácter de aplicación absoluta se requerirá que todas las excepciones a las reglas fueran reconocidas previa y taxativamente, lo cual sería fácticamente improbable. Así, aunque ambas son normas jurídicas (en el sentido de que regulan la conducta humana y son fundamentos de decisiones jurisdiccionales); las reglas son imperativas específicas y definitivas que exigen una única medida de cumplimiento, “se cumplen o no se cumplen”, por ende, adoptan la forma del condicional hipotético con silogismo directo –*al ocurrir un supuesto de hecho acarrea una consecuencia*–, en cambio, los principios no se plantean en términos de sí o no, sino de optimizar el valor o bien jurídico en la máxima efectividad posible, habida cuenta no solo las posibilidades fácticas sino también las posibilidades jurídicas en atención al caso en concreto.

Entonces, según Alexy (1993, p. 86) de existir un conflicto de reglas constitucionales sólo puede ser solucionado, ya sea introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o bien sea declarando inaplicable una de las reglas (*subsunción normativa*); en

cambio, cuando dos principios entran en conflicto uno de los dos tiene que ceder ante el otro, pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que al principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción, sino uno de los principios precede al otro por medio de una interpretación argumentativa basada en la ponderación sobre la base de que todos los derechos son iguales y equivalentes entre sí en el sentido de que los derechos fundamentales se integran recíprocamente formando un sistema unitario y guardan entre sí relaciones de coordinación y complementariedad, y, por ende, tanto la determinación de los límites al ejercicio de cada derecho fundamental como la de sus respectivos contenidos deben realizarse atendiendo al conjunto de derechos fundamentales, de tal forma que exista un equilibrio o armonía entre ellos que descarte el predominio incondicionado o absoluto de alguno sobre los demás.

Otro aspecto importante de su teoría es que para Alexy entre valores y principios existe una gran similitud por cuanto ambos tienen el mismo carácter como mandato de optimización, por ende, toda colisión de principios será una colisión de valores y viceversa; no obstante, los valores se localizan en la esfera axiológica (*prima facie* lo mejor), a diferencia de los principios que representan un matiz deontológico (*prima facie* lo debido). Además, para Alexy, el argumento de los principios es fundamental en la juridificación de los valores constitucionales como la proporcionalidad, los derechos fundamentales, la democracia, la igualdad y la libertad, puesto que los principios, si bien tienen forma jurídica, manifiestan una dimensión de moralidad. Incluso, el argumento de la extrema injusticia, pieza clave en su definición del derecho, solo puede ser sostenible a partir de la idea de principio como elemento integrador del sistema jurídico (Suárez Rodríguez, 2017, p. 70).

Aunado a lo señalado, Alexy distingue entre los “principios formales” -*por ejemplo, de la seguridad jurídica*- que imponen el cumplimiento de normativas sin importar su contenido y los “principios materiales” -*por ejemplo de la justicia*- que apuntan al contenido de los derechos fundamentales, estableciendo la posibilidad de que “un principio formal pueda vencer a un principio material” dependiendo del grado de afectación y del peso concreto de cada uno de los principios en conflicto en aplicación de la ponderación. Así, para Alexy tanto los principios sustanciales como formales son mandatos de optimización que pueden cumplirse en diferentes grados; siendo el “objeto de optimización” (el

contenido) la diferencia específica entre estos principios, los principios formales son decisiones legales sin considerar su contenido, en cambio, los principios materiales son en razón del contenido de esas decisiones (Peláez Mejía, 2019, pp. 185-186).

Este predominio circunstancial de los principios formales sobre los derechos individuales para Dworkin es inaceptable porque estos últimos poseen un peso absoluto previamente determinado por la sociedad que no puede alterarse por la decisión judicial, entonces, se trata de poner en la balanza para determinar cuál pesa más. En cambio, la tesis alexiniana distingue entre el peso abstracto de un principio *-el valor que cada sistema jurídico y social le otorga, por ejemplo, el derecho a la intimidad por su conexión con el valor dignidad humana y libertad de expresión con la democracia-* y su concreción según las condiciones específicas del caso, porque entiende que generalmente el peso abstracto de los principios es el mismo por tener la misma jerarquía, entonces, surge la necesidad de elaborar un peso concreto; por ello, a través de la fórmula del peso Alexy plantea la posibilidad de relacionar todas las variables y así obtener como resultado el peso concreto o la importancia de los principios con relación a los principios contrarios (Alexy, 2016, pp. 478 al 488).

Alexy, partiendo de la base de que ningún derecho fundamental es absoluto, trata de explicar que el peso concreto o relativo de cada uno de los principios en colisión no depende solo del peso abstracto determinado por el sistema jurídico y social, sino además de las distintas intensidades de la afectación de uno y la satisfacción de otro contrario *-ley material de la ponderación-* y de los grados de seguridad epistemológica del caso *-ley empírica de la ponderación;* por eso, para Alexy los principios se ponderan a través de la técnica argumentativa de la ponderación para armonizar la importancia de cada uno de los principios en conflicto habida cuenta las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso en concreto.

Asimismo, para Alexy en la vinculación entre el derecho y la moral existe una relación entre lo que es la argumentación jurídica y la argumentación moral, por cuanto la moral como corrección del derecho, además de operar como un límite para el derecho, circula por el derecho a través de los principios. En este sentido, Alexy ha desarrollado una teoría de la validez jurídica que incorpora la justificación ética o moral, pero no desde la moral personal sino la moral pública como límite a la misma;

de modo que su teoría moral remite al discurso racional argumentativo como ámbito para fijar aquellos juicios de comprobación de la injusticia extrema o de exigencias morales mínimas (como matiz de la corrección del derecho), aunque reconoce que hay un núcleo esencial de los derechos humanos (tales como la libertad e igualdad), cuya vulneración representa injusticia extrema (Vigo, 2012, pp. 86 y 213).

Suárez Rodríguez (2017, p. 73) concluye que Alexy coincide con Dworkin al rechazar el uso indiscriminado de la discrecionalidad en sentido fuerte de la que goza el juez cuando no está vinculado por ninguna norma judicial del sistema, creando, como lo haría el legislador, la norma individual aplicable al caso; atribuyendo al juez solo una discrecionalidad en sentido débil, por cuanto los principios, *prima facie*, no ordenan una solución absoluta, sino razones para orientar la decisión en un sentido y que dependen, según Alexy, de las condiciones de precedencia establecidas en un proceso de ponderación, pero que no determinan de manera absoluta la decisión.

En efecto, si bien existen diferencias de perspectivas entre las teorías de Dworkin y de Alexy, ambas guardan un núcleo común que es la edificación de una teoría superadora de la subsunción lógica-formal del *ius positivismo* a través de los principios, basándose en la distinción entre reglas y principios para constituir la existencia de los principios como nuevos estándares normativos que integran el sistema jurídico -*no solo las reglas como alude el ius positivismo-*, cuya aplicación obedece a criterios de razonabilidad o argumentación objetiva -*no a criterios de racionalidad puramente formal de la voluntad legislativa-* en atención a los pesos relativos propios de los principios, y estableciéndose una conexión necesaria -*no solo casual-* entre la moral y el derecho a través de los principios.

6 LAS TEORÍAS FUERTES Y DÉBILES DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

Vigo (2017, pp. 144 y 145), siguiendo la distinción entre normas y principios de Dworkin y Alexy, afirma que es posible hablar de principios en dos sentidos: los principios jurídicos fuertes o los principios del derecho o los principios jurídicos en sentido estricto (teorías fuertes) y los principios jurídicos débiles o principios en sentido amplio (teorías débiles). Los primeros forman parte del derecho *per se* o *proprio vigore*,

sin necesidad de que alguna autoridad lo reconozca, dado que el criterio distintivo se apoya en su contenido cualitativo o sustancial. En este sentido, el derecho tiene por finalidad última proteger a los valores o bienes humanos básicos, porque el arché del derecho son los derechos humanos fundamentales o derechos naturales primarios. Mientras que los principios jurídicos débiles son principios constituidos por algún acto humano o decisión autoritaria, ergo, se identifican por las características formales, estructurales o cuantitativos.

En este contexto, Vigo (2012, pp. 112 y 116; 2022, p. 34) concluye que “los derechos humanos, naturales o preexistentes se pueden llamar con propiedad principios del derecho” por satisfacer las exigencias de Aristóteles, en tanto estos derechos humanos son el punto de partida del derecho como expresión de la juridicidad intrínseca, primera o radical que permite constituir, confirmar o invalidar cualquier fuente o hecho social creado por los hombres, por eso, los derechos humanos limitan y orientan la creación jurídica como guías para que la sociedad tenga un derecho válido y funcional al buen vivir y descalificar cualquier intento de un derecho gravemente inhumano, irracional, injusto e inmoral.

Los principios jurídicos fuertes pretenden recuperar para el derecho el sentido último que explica y justifica su existencia, remitiendo a lo que es más propiamente humano. Los principios del derecho implican un llamado desde la ética a la puerta del jurista, pero también desde la realidad histórica y política, porque tanto los principios como las normas operan en el derecho como reglas o medidas jurídicas para determinar si una conducta es jurídicamente obligatoria, prohibida o permitida a través del saber práctico o del uso de la razón práctica. Por eso, el jurista que pretende cumplir con realismo y al servicio del hombre debe considerar los derechos humanos a la hora de definir y operar el derecho, en tanto el derecho *per se o proprio vigore* tiene una prevalencia ontológica y axiológica desde la perspectiva del derecho al servicio del hombre y de todo hombre (Vigo, 2017, pp. 147, 157 al 158).

Aunado a lo anterior, Romero Martínez (2017, pp. 52 y 53) asevera que los derechos fundamentales son principios, en la medida que ambos comparten las mismas características esenciales (indeterminados, inconmensurable, imprevisible e invitan a consideraciones morales). En los Estados Constitucionales que surgieron luego de la posguerra se

proyectaron las Constituciones políticas-jurídicas cargadas primordialmente por principios, los cuales al formar parte dogmática de las mismas se fueron identificando como derechos fundamentales, dado que estos fungieron como guías o límites últimos de la actividad estatal y de los particulares, y al integrarse a la Constitución adquirieron tutela efectiva sin que con ello perdieran las cualidades propias de principios. Empero, si bien todos los derechos fundamentales son principios constitucionales; no todos los principios son derechos fundamentales de los individuos o grupos sociales, así existen diversos principios constitucionales que operan como directrices o bases que estructuran la conformación, funcionamiento, organización, desarrollo y permanencia del Estado Democrático, por ejemplo, el principio de la democracia, soberanía nacional, protección de la paz pública y etc.

A partir de esta diferenciación señalada sobre todo por Vigo es mucho más comprensible el alcance conceptual de los principios jurídicos contemporáneos, lo cual, además de ser coherente con la distinción histórica entre los derechos positivos creados por el hombre y los derechos universales reconocidos al hombre, es concordante con los conceptos aludidos por los autores contemporáneos citados en el epígrafe primero en el entendimiento de que, si bien en distintos términos, todos ellos apuntan a los principios jurídicos en sentido estricto, fuerte o sustancial que como derechos humanos o derechos naturales primarios son el origen, la esencia o la finalidad del derecho y desde esta perspectiva ontológica los principios jurídicos son preceptos de mayor vigor del ordenamiento jurídico.

Ello es así, por cuanto el hombre por el solo hecho de ser hombre posee un derecho *per se* o *proprio vigore* derivado de la naturaleza humana y el derecho existe para servir a todo hombre en el sentido de proteger los valores o bienes humanos básicos que derivan de la naturaleza humana; por eso, los derechos humanos, siendo primarios o preexistentes, ponen límites morales y racionales al derecho positivo, y el deber axiológico del Estado es la consecución de la justicia material entendida como tutela efectiva de los derechos humanos fundamentales. De allí, en la concepción del Estado Constitucional se ha comprendido al Estado como un medio y al hombre como un fin en sí mismo. En tal sentido, Portella expresa “el fundamento último del derecho, la razón de su existencia es la

persona humana, por eso, hoy casi nadie habla de las personas humanas sino de los derechos humanos”.

Por lo tanto, así como existen los derechos positivos creados por los hombres y los derechos humanos universales reconocidos a los hombres, también existen los principios jurídicos formales creados por los hombres y los principios jurídicos sustanciales que derivan del derecho *per se* o *proprio vigore* del hombre. Pero, los principios jurídicos sustanciales al identificarse con los derechos naturales fundamentales de las personas humanas -*por constituirse en el núcleo de juridicidad, primera, radical y universal que permite constituir, confirmar o invalidar cualquier otra juridicidad creada por el Estado*- son directrices que orientan y legitiman intrínsecamente (moral y racionalmente) toda la creación jurídica -*respecto al derecho positivo y a los principios formales, estos últimos a su vez sirven de guías a otras normas o a los principios más débiles*- para regular la conducta humana conforme a la exigencia de la razón humana que su propia naturaleza humana le dicta para alcanzar los fines naturales del hombre en el marco del Estado Social y Democrático.

7 CONCLUSIÓN

Sin dudas, la gran evolución del Estado democrático y del derecho en general ocurre a raíz de los juicios de Núremberg (1946), marcando un antes y un después en la historia de la humanidad, cuyo legado fundamental es el reconocimiento de la existencia de los principios fundamentales del derecho que exigen materializar los postulados de justicia y de los derechos humanos fundamentales, en el entendido de que por encima de las leyes positivas creada por el hombre existen los derechos naturales y universales del hombre, que no son creados por ninguna fuente estatal o social sino decididos por la naturaleza humana como principio de operación jurídica, por eso, son inviolables e indisponibles para la autoridad legislativa.

A la luz de este reconocimiento eficaz de los derechos humanos surgen la Internacionalización del Derecho (1948) y la Constitucionalización del Derecho (1949), incorporándose en esta nueva Constitución, además de las normas con carácter de reglas, los derechos naturales e inalienables del hombre como principios jurídicos intangibles e inviolables con el consecuente control constitucional de la validez ética para la validez

jurídica respecto de las demás normas inferiores para garantizar, no solo el aspecto formal o procedimental -*como el control kelseniano*-, sino fundamentalmente el contenido sustancial o axiológico conforme a los postulados constitucionales de justicia y de los derechos humanos fundamentales.

Es a partir de esta consolidación operativa de los principios al amparo del Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho -*fundado en el reconocimiento de la dignidad humana*- cuando comienza a abrirse camino hacia la principalización del Derecho, comenzando a surgir diversas teorías jurídicas en el marco del Constitucionalismo Contemporáneo para explicar y potenciar esta nueva visión del derecho construido por principios desde la visión *ius* filosófica y humanista (finalidad del derecho) en reemplazo del derecho por normas. Máxime, a partir de la década de los 70 nace la teoría o corriente “neoconstitucionalista” presidida, en especial, por Dworkin en el mundo anglosajón y por Alexy en el continente europeo.

Ellos sentaron las bases de la teoría contemporánea de los principios por haber combatido con éxito en contra de la teoría *ius* positivista imperante a través de la revalorización de los principios jurídicos como conexión necesaria entre el derecho y la moral, constatando la existencia de los principios jurídicos como parte integrante del ordenamiento jurídico con carácter decisivo y precedente vinculante para los operadores jurídicos en la interpretación y aplicación del derecho, y, por ende, alcanzaron dar un giro desde la aplicación deductiva de la ley hacia la argumentación jurídica como proceso racional idóneo para la función jurisdiccional.

Dicho en otras palabras, la transición de la teoría jurídica normativista al principalista surge a la luz del reconocimiento operativo de los derechos esenciales e inalienables del hombre como principios jurídicos inviolables para triunfar los postulados de justicia y de los derechos humanos fundamentales. Y si bien con la Constitucionalización del Derecho los principios jurídicos se tornan una realidad operativa al incorporarse en la parte dogmática constitucional, adquiriendo con ella un papel protagónico en la configuración de distintas teorías, es recién con las obras de Dworkin y de Alexy cuando estos principios alcanzan el carácter autónomo como fuente principal del derecho y con fuerza vinculante para los operadores jurídicos, ergo, la teoría principalista presidida por el neoconstitucionalismo o no positivismo emerge luego de establecerse el Estado Constitucional de Derecho y no al revés.

Así, al modificar la fuente del derecho también cambia inescindiblemente el método interpretativo, por ende, la actividad jurisdiccional interpretativa y aplicativa del derecho. En este sentido, hoy los jueces ya no son meros espectadores del proceso limitados a la aplicación mecánica de la ley al solo efecto de interpretar la voluntad legislativa, y los principios, valores o derechos humanos, en tanto son indeterminados y ambiguos que no tienen hipótesis ni consecuencia predeterminada, no pueden resolverse por “la subsunción normativa” sino por la “ponderación” para escoger mejor respuesta jurídica entre varias respuestas posibles, argumentando o dando razones de su decisión basada en el derecho vigente potencial para resolver de la mejor manera posible conforme a las particularidades del caso.

De allí cobra importancia la nueva tarea interpretativa de justificar razonablemente argumentando su posición en el caso concreto y no sobre la base de la presunta intencionalidad del legislador, ergo, ya no se pueden interpretar y aplicar el derecho sobre la base de la “teoría decimonónica de la interpretación jurídica” sino de la “argumentación jurídica”. En tal sentido, Carnelutti señala “la sentencia que dice bien y razona mal no satisface la justicia”. Esta perspectiva principialista basada en la argumentación jurídica ha logrado un importante avance para constituir mejores leyes, jurisprudencias y doctrinas tanto nacionales como internacionales bajo el manto humanizador del proceso en pro de los ciudadanos y de la dignificación de la función jurisdiccional del juez como administrador de justicia y guardián de la Constitución.

En este lineamiento, hoy cuando se invoca la nueva era de oro de los principios jurídicos no se trata de desechar la previsibilidad normativa, de otorgar una facultad indiscriminada de la discrecionalidad judicial o un poder superior al Poder Judicial y/o Tribunal Constitucional frente a otros poderes estatales, ni de fomentar la hipermoralización del derecho, sino de evitar que en nombre de la seguridad jurídica la teoría *ius* positivista mecánica, formal, inerte y carente de humanidad vuelva a prevalecer por encima de los derechos humanos fundamentales reivindicados por la humanidad luego de aquella desgarradora experiencia alemana y la de tantos otros regímenes dictatoriales imperantes en distintos países hasta el siglo XX; de manera que se trata de resolver desde la perspectiva epistemológica y humanista que permita incorporar las bondades del *ius* naturalismo pero sin fomentar el subjetivismo arbitrario ni la inseguridad

jurídica y así hallar un punto de equilibrio entre dimensión lógica-formal de la autoridad estatal y dimensión racional-moral de la justicia material a la luz de la esencia de las fuentes *ius* fundamentales (constitucionales o convencionales) en respeto a la dignidad humana como principio rector supremo del derecho.

Concluyendo, la revalorización de los principios, valores o derechos humanos es un buen antídoto contra la teoría *ius* positivista arbitraria e inhumana que niega toda valoración axiológica y principialista en el derecho, y una conquista más trascendental de la humanidad por rescatar el fundamento último del derecho y la justificación de su existencia que son las personas humanas, porque axiologizar o principializar el derecho equivale a humanizarlo y esto significa, al decir de Rivero Sánchez, “respetar la dignidad humana, adecuar el proceso a la vida moderna y acercarlo al ser humano”. Por consiguiente, los principios jurídicos aludidos en el Constitucionalismo Contemporáneo se refieren a los principios jurídicos en sentido escrito, fuerte o sustancial que se manifiestan, a través de los derechos humanos fundamentales, como directrices de mayor vigor para el ordenamiento jurídico, por cuanto son el alma del derecho y hecho fundante básico del Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho; cuya relevancia radica en esta estrecha vinculación con los derechos naturales fundamentales de las personas humanas que tienen prevalencia ontológica y axiológica desde la visión jurídica al servicio de todo hombre para triunfar los postulados de justicia y de los derechos humanos fundamentales.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Lima: Palestra Editores S.A.C, 2016.

ALVARADO AGUILERA, Raúl. **El principio de equidad y su aplicación en Sede Judicial** Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho en Opción Terminal en Derecho Procesal Constitucional. México. Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. 2014. Disponible en: http://bibliotecavirtual.dgb.umich.mx:8083/xmlui/handle/DGB_umich/5577. Acceso en: dez. 2022.

BECHARA LLANOS, Abraham Zamir; VIDES ARGEL, María Eugenia. Tres modelos y un mismo objeto de interpretación de los derechos fundamentales: Dworkin, Alexy y Sieckmann. **Editorial Copyright Justicia**, Colombia, v. 24, n. 36, dez. 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.17081/just.24.36.3765>. Acceso en: jul. 2023.

DELUCHI, María Laura. Algunas consideraciones en torno a los principios. **Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**. Universidad Nacional de La Plata, Argentina, a. 7, n. 40, 2010. Disponible en: <http://sedici.unip.edu.ar/handle/10915/21138>. Acceso en: jul. 2023.

FERRAJOLI, Luis. Constitucionalismo principialista y Constitucionalismo garantista. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Universidad de Roma III. DOXA, n. 34, 2011. DOI: <https://doi.org/10.14198DOXA2011.34.02>. Acceso en: jul. 2023.

LOPÉZ MEDINA, Diego Eduardo. **Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana**. Prólogo de Duncan Kennedy. Primera Edición, Colombia. Editorial: Legis Editores S.A. 2004.

MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis. Radbruch y el Arco Gótico. **Anuales de la Cátedra Francisco Suárez**. Universidad de Oviedo, España, v. 40, 2006. DOI: <https://doi.org/10.30827/acfs.v40i0.888>. Acceso en: jul. 2023.

OTEIZA, Eduardo. Introducción, Principios procesales: aclaraciones para contrarrestar su ambigüedad. *In: Los Principios Procesales de la Justicia Civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra Editores. 2018.

PELÁEZ MEJÍA, José María. Las diferencias conceptuales y prácticas entre el balanceo de Ronald Dworkin y la ponderación de Roberto Alexy. **Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca**, Colombia, a. 25, n. 3. 2019. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-oo122019000300167>. Acceso en: maio 2021.

RATTI MENDAÑA, Florencia. Los principios jurídicos: revisión histórica y concepción actual desde la perspectiva neoconstitucionalista. **Prudentia Iuris**. Pontificia Universidad Católica Argentina, n. 79, 2015. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2844>. Acceso en: jul. 2023.

RODRÍGUEZ, Inés. **El juez ante la aplicación de leyes injustas en época de dictadura (caso real: Juicios de Núremberg)**. Universidad Pontificia Comillas Madrid Icade, España, 2014. Disponible en: <http://hdl.handle.net/11531/832>. Acceso en: jul. 2023.

ROMERO MARTÍNEZ, Juan Manuel. Estudios sobre la argumentación jurídica principialista. Bases para la toma de decisiones judiciales. **Instituto de Investigaciones Jurídicas**. Universidad Nacional Autónoma de México. 2017. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?!-3966>. Acceso en: jul. 2023.

SUÁREZ RODRÍGUEZ, José Julián. El argumento de los principios en la teoría contemporánea del derecho: un alegado antipositivista. **Civilizar**, Colombia. Universidad de La Sabana. 2012. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v12n22/v12n22a05.pdf>. Acceso en: ago. 2023.

VIGO, Rodolfo Luis. **Constitucionalización y Judicialización del Derecho**. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Colección Internacional, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, n. 42, 2012.

VIGO, Rodolfo Luis. **La interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado de Derecho Constitucional**. México. Instituto de la Judicatura Federal. 2017. Disponible en: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf. Acceso en: ago. 2023.

VIGO, Rodolfo Luis. Derechos Humanos y actividad jurisdiccional interpretativa: advertencias y exigencias. **Dikaion**, v. 31, n. 2, 2022. DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.1>. Acceso en: jul. 2023.

VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío. **Derecho Procesal Constitucional, Contenidos esenciales**. Asunción: Edit. La Ley, Thompson y Reuters, 2017.

VILLALBA BERNIÉ, Pablo Darío. Arbotantes modernos del derecho procesal en el siglo XXI. **Revista Primera Instancia**, v. 10, n. 20, jan./feb. 2023. Disponible en: <http://www.primerainstancia.com.mx/wp-content/uploads/2023/07/>. Acceso en: ago. 2023.

LA EDUCACIÓN COMO UN DERECHO HUMANO, REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 3° CONSTITUCIONAL

KARINA YOLANDA DEL SAGRARIO GARCÍA CARREÓN¹

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO²

1 INTRODUCCIÓN

El derecho a la educación en México, reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en el artículo 3° establece que todas las personas tienen derecho a la educación, y el Estado tiene la responsabilidad de impartirla y garantizarla en todos los niveles: inicial, preescolar, primaria, secundaria, media superior y superior. La educación básica y la media superior son obligatorias y gratuitas. Además, se establecen los principios que deben regir la educación, como la laicidad, la democracia, la inclusión, la interculturalidad y la calidad (Salazar, 2023).

El Estado tiene la autoridad para liderar el sistema educativo, que debe ser universal, inclusivo, público, gratuito y laico. Se enfatiza el respeto a la dignidad de las personas y se promueve un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva. La educación tiene como objetivo desarrollar todas las facultades humanas, fomentar el amor a la patria, el respeto a los derechos y las libertades, promover la cultura de paz y

1 Licenciada en derechos Humanos del Centro de Estudios para la Construcción de Ciudadanía y la Seguridad de la Universidad Autónoma de Chiapas.

2 Investigador Nacional del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel I, Doctor en Derecho Público, profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas y profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Vicepresidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Director de la Revista Primera Instancia. Contacto: alfonso.martinez@unach.mx. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0367-4716>

la solidaridad internacional, así como fomentar valores, honestidad y la mejora continua del proceso de enseñanza-aprendizaje.

Se prioriza el interés superior de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes en el acceso y la participación en los servicios educativos. Se reconoce el papel fundamental de los maestros en el proceso educativo y se establece su derecho a recibir formación, capacitación y actualización. La ley regulará la carrera docente y los procesos de selección y promoción del personal docente.

El Estado se compromete a fortalecer las instituciones públicas de formación docente y garantizar que los planteles educativos cuenten con los recursos y las condiciones adecuadas para el proceso de enseñanza-aprendizaje.

En cuanto al contenido educativo, se establece que los planos y programas de estudio deben tener una perspectiva de género y una orientación integral. Se incluyen diversas áreas de conocimiento, como ciencias, humanidades, matemáticas, lecto-escritura, historia, geografía, civismo, filosofía, tecnología, lenguas indígenas, lenguas extranjeras, educación física, deporte, artes, promoción de estilos de vida saludable, educación sexual, y reproductiva, y cuidado del medio ambiente, entre otros.

La educación debe ser laica y basarse en el progreso científico, luchando contra la ignorancia, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios. Además, los principios que orientarán la educación son la democracia, la nacionalidad, la convivencia humana y el respeto a la naturaleza, la diversidad cultural, la dignidad de la persona, la integridad de las familias, el interés general de la sociedad, y la igualdad de derechos de todos, impidiendo privilegios basados en raza, religión, grupos, sexo o individuos.

2 EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA MEJORA CONTINUA

Existen una serie de disposiciones relacionadas con el derecho a la educación y la mejora continua en un país. A continuación, se presenta los puntos clave:

- a. Se establece que el Estado implementará medidas para garantizar el ejercicio pleno del derecho a la educación y combatir las desigualdades socioeconómicas, regionales y de género en el acceso y permanencia en los servicios educativos. Enfatizar la

- mejora de las condiciones de vida de los estudiantes en escuelas de alta marginación, especialmente en términos alimentarios, y se respaldará a los estudiantes en vulnerabilidad social.
- b. Aplicar estrategias para asegurar el derecho de las personas adultas a ingresar a instituciones educativas en sus diferentes tipos y modalidades.
 - c. Promover la educación plurilingüe e intercultural en los pueblos y comunidades indígenas, basada en el respeto, promoción y preservación del patrimonio histórico y cultural.
 - d. Buscar que la educación sea inclusiva, tomando en cuenta las diversas capacidades, circunstancias y necesidades de los estudiantes, eliminar barreras para el aprendizaje y la participación.
 - e. Promover la convivencia armónica entre personas y comunidades para el respeto y reconocimiento de sus diferencias y derechos, en un marco de inclusión social.
 - f. Buscar una educación integral que desarrolle capacidades cognitivas, socioemocionales y físicas para el bienestar de las personas.
 - g. Promover una educación de excelencia que origine el máximo logro de aprendizaje, el pensamiento crítico y el fortalecimiento de los lazos entre la escuela y la comunidad.
 - h. Establecer que toda la educación que el Estado imparta será gratuita.
 - i. Reconocer el derecho de las personas a beneficiarse del desarrollo de la ciencia y la innovación tecnológica, y se promoverá la investigación e innovación científica, humanística y tecnológica, así como el acceso abierto a la información derivada de ella.
 - j. Permitir a los particulares impartir educación en todos sus tipos, modalidades, siempre y cuando cumplan con los fines, criterios establecidos y obtengan la autorización del poder público.
 - k. Reconocer la autonomía de las universidades y otras instituciones de educación superior para gobernarse a sí mismas,

realizar sus fines de educar, investigar y difundir la cultura, y determinar sus planes y programas.

- l. Establecer que el Congreso de la Unión expedirá las leyes necesarias para unificar y coordinar la educación en todo el país, distribuir la función social educativa, fijar las aportaciones económicas correspondientes y establecer sanciones para los funcionarios que no cumplan con las disposiciones educativas.
- m. Crear el Sistema Nacional de Mejora Continua de la Educación, un organismo público descentralizado con autonomía técnica, operativa, presupuestaria, de decisión y de gestión. Este organismo será responsable de realizar estudios, investigaciones, evaluaciones y emitir lineamientos relacionados con la mejora continua de la educación. Además, se establecen los órganos de gobierno de este organismo, como la Junta Directiva, el Consejo Técnico de Educación y el Consejo Ciudadano (Acuña Gamboa; Pons Bonals, 2016).

La ley establecerá las reglas para la organización y funcionamiento del organismo de mejora continua de la educación, garantizando principios como la independencia, transparencia, objetividad, pertinencia, diversidad e inclusión. También se definirán los mecanismos y acciones necesarios para la colaboración y coordinación con las autoridades educativas.

3 CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

El derecho a la educación y las características de una educación de calidad deben cumplir con:

- a. El derecho a la educación implica el acceso a la escuela, la permanencia en ella y el derecho a aprender y adquirir competencias.
- b. El derecho a la educación se basa en los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad.
- c. El Estado es responsable de promover, respetar, proteger y garantizar el derecho a la educación a través de políticas públicas y acciones efectivas.

- d. El derecho a la educación se basa en el esquema de las 4 A: asequibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.
- e. Una educación de calidad debe ser accesible, fomentar el aprendizaje permanente, promover el espíritu crítico y el compromiso social, y ser pertinente, relevante, eficaz, eficiente, equitativa y con impacto positivo en el desarrollo humano (Castillo-Briceño, 2015).

La reforma al artículo 3º CPEUM México introdujo cambios en el sistema educativo con el objetivo de mejorar la calidad de la educación y el desempeño de los docentes. Algunos de los cambios más importantes incluyeron la obligatoriedad de la educación media superior, la creación del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE) para evaluar el sistema educativo, y la implementación de concursos de oposición y evaluaciones periódicas para el personal docente. La reforma también reconoció el derecho de los alumnos a recibir una educación de calidad y el deber del Estado de garantizarla con equidad e inclusión.

El Modelo Educativo para la Educación Obligatoria establece varios ejes rectores para la educación en México, que incluyen el planteamiento curricular, la autonomía y gestión escolar, la formación y desarrollo profesional docente, la inclusión y equidad, y la gobernanza del sistema educativo. Estos ejes buscan orientar las políticas educativas y mejorar la calidad de la educación.

Para implementar estas políticas, se sugieren pasos como establecer programas de desarrollo profesional continuo para los maestros, crear mecanismos de evaluación justos y transparentes, fomentar la colaboración entre maestros, analizar y actualizar el currículo, incluir habilidades digitales y competencias tecnológicas, promover enfoques interdisciplinarios, implementar políticas de admisión justas, brindar apoyo a estudiantes con necesidades especiales, sensibilizar sobre la inclusión y diversidad, establecer canales de comunicación efectivos, fomentar la participación de la comunidad y colaborar con instituciones externas.

4 EJES DE JUSTICIA Y ESTADO DE DERECHO, BIENESTAR Y DESARROLLO ECONÓMICO

La educación en México se vincula con los ejes de Justicia y Estado de Derecho, Bienestar y Desarrollo Económico según el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024.

El artículo 3º CPEUM tiene la tarea de formar ciudadanos y está vinculado con otros principios y valores constitucionales, como los derechos humanos y la democracia. La formación ciudadana es una responsabilidad tanto del gobierno como de las instituciones escolares (Carlock Portilla, 2022).

El artículo 3º de la CPEUM, establecido en 1917, ha sido objeto de disputas y transformaciones a lo largo de la historia del país. Representa las aspiraciones sociales de democracia y define el papel del Estado en la formación de los ciudadanos a través de la educación. El artículo ha evolucionado para reflejar los cambios sociales, políticos y económicos de México.

Parte de los objetivos de este trabajo es explorar el contexto en el que surgió el artículo 3º y examinar su evolución, principios y legislación secundaria relacionada con la formación ciudadana en las escuelas. Se realiza un análisis centrado en la gobernabilidad y gobernanza del sistema educativo, argumentando que el corporativismo ha afectado negativamente el derecho a la educación y los valores que lo sustentan.

El artículo 3º se considera una norma jurídica fundamental que reconoce el derecho a la educación como un derecho humano. Su importancia radica en que los derechos humanos son condiciones necesarias para el desarrollo y afirmación de la personalidad de los individuos. La educación y la institución escolar desempeñan un papel central en la configuración de la formación ciudadana y en la promoción de los valores necesarios para la convivencia social.

Se argumenta que el contenido axiológico del artículo 3º en el 1946 recoge elementos previos y los resignifica, reflejando tanto los valores sociopolíticos de la época como aquellos que se han interpretado y aplicado en distintas administraciones a través de políticas públicas.

5 LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA EDUCACIÓN EN MÉXICO

El contexto de formación del artículo 3º y sus antecedentes se encuentran en las transiciones históricas de México, en las cuales se reconocieron los derechos humanos y se luchó por hacerlos parte de la vida cotidiana a través de la creación de instituciones que los protegen. Estas transiciones se dividen en cuatro etapas, desde mediados del siglo XVIII hasta el presente, caracterizadas por la búsqueda de estabilidad, derechos y paz, el fortalecimiento del Estado para atender las necesidades sociales, la destrucción de la estructura social y política porfiriana y la construcción social de la democracia frente al autoritarismo (Mesa Manosalva, 2023).

La evolución histórica de la educación en México desde la Constitución de Apatzingán en 1814 hasta el artículo 3º de la Constitución de 1917. Destaca que la educación fue reconocida como un derecho fundamental desde los primeros momentos de la independencia de México. Aunque las primeras constituciones no brindaron una amplia descripción de la educación, sí establecieron su importancia para la sociedad y la necesidad de promoverla. Se señala que la Constitución de Apatzingán tuvo un papel excepcional al incorporar la educación como un asunto de interés público.

A lo largo de los diferentes cambios políticos en el país, se reafirmó la importancia de la educación pública, laica, gratuita y obligatoria. Se mencionan otros documentos y leyes que respaldaron estos principios, como el Reglamento Provisional Político de 1824, las Leyes de 1836, las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843 y el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 (Figuroa Cervantes, 2018).

Así se destaca el papel del pensamiento liberal y la influencia del positivismo en el desarrollo de la educación durante el Porfiriato. También se menciona el Partido Liberal Mexicano y la Convención Revolucionaria como importantes impulsores de la educación en sus programas y manifiestos (López Guzmán, 2004).

El artículo 3º Constitucional de 1917 y sus reformas han reflejado la transformación política y jurídica de México desde 1857 hasta la Revolución. El artículo estableció principios como la libertad de enseñanza, la laicidad de la educación primaria y la gratuidad de la educación ofrecida por el Estado. A lo largo de los años, se han realizado diversas reformas

que han abordado aspectos como la educación socialista, la obligatoriedad de la educación primaria y secundaria, la autonomía de las instituciones de educación superior y la promoción de los derechos humanos.

En estas reformas, se destaca la continuidad de la educación en función de los fines nacionales, y se han establecido valores centrales como el desarrollo armónico e integral, el conocimiento científico, el laicismo, la democracia, la dignidad de la persona, la fraternidad, la igualdad de derechos, la justicia y el amor a la patria. Estos valores se entrelazan y se complementan, estableciendo una base para el proyecto educativo de la CPEUM.

Es importante destacar que el conocimiento científico se considera un medio para lograr otros valores, como el laicismo y la comprensión de los problemas nacionales. Asimismo, se enfatiza la importancia del aprovechamiento de los recursos, la independencia política y económica, la continuidad y el enriquecimiento de la cultura, la solidaridad internacional y la autoridad social del Estado.

Es de destacar la reforma constitucional de 2013 vincula explícitamente el derecho a la educación con la calidad y la equidad. La Ley General de Educación establece que todo individuo tiene derecho a recibir educación de calidad en condiciones de equidad. La participación de todos los involucrados en el proceso educativo, incluyendo educandos, padres de familia y docentes, es fundamental para alcanzar los fines educativos.

Los fines de la educación han evolucionado a lo largo del tiempo, ampliando la función social de la educación. Se destacan algunos de estos fines, como el desarrollo de facultades para adquirir conocimientos, el fortalecimiento de la conciencia de la nacionalidad y la soberanía, la promoción de la democracia, la justicia y los derechos humanos, y la difusión de los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes.

Es de subrayar que los valores de la educación constituyen una estructura compleja que guarda relación con los valores establecidos en el artículo 3° CPEUM. Se mencionan cuatro valores centrales en esta estructura: desarrollo integral del individuo, adquisición y difusión de bienes y valores culturales, fortalecimiento de la conciencia de la nacionalidad y la soberanía, y aprecio por la diversidad y los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas.

6 EL ARTÍCULO 7° DE LA CPEUM

El artículo 7° de la CPEUM establece una serie de fines y valores en la educación. Aquí se presentan algunos comentarios para resaltar aspectos relevantes de estos fines/valores.

- a. Conocimiento y práctica de la democracia: Se destaca la importancia de la participación en la toma de decisiones para el mejoramiento de la sociedad y la promoción de una cultura de transparencia y rendición de cuentas.
- b. Promover el valor de la justicia: Se enfatiza la observancia de la ley, la igualdad de los individuos ante la ley, la cultura de la legalidad y la no discriminación, así como el conocimiento y respeto de los derechos humanos, especialmente los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
- c. Conocimiento científico: Se resalta la actitud favorable hacia la investigación, la innovación científica y tecnológica, así como la comprensión de su aplicación y uso responsables. También se menciona la importancia de inculcar los principios de la ciencia ambiental, el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente.
- d. Desarrollar actitudes solidarias: Se hace énfasis en la preservación de la salud, el ejercicio responsable de la sexualidad, la actitud positiva hacia la planeación familiar y la paternidad responsable, así como la solidaridad hacia el trabajo, el ahorro y el bienestar general. También se menciona la importancia de la protección civil y la mitigación del cambio climático.
- e. Dignidad humana: Se destaca el valor de la libertad como parte fundamental de la dignidad humana.

Los fines y valores en la educación, así como la necesidad de promoverlos y desarrollarlos de manera responsable y en concordancia con los derechos humanos y el bienestar de la sociedad (Barba, 2019).

El artículo destaca la importancia de la axiología en la educación, resaltando dos valores fundamentales: la dignidad humana y la libertad. La dignidad humana es la base del derecho a la educación y se vincula

con la paternidad responsable. Por otro lado, la libertad surge de la dignidad y es esencial para la formación de los individuos.

7 ARTÍCULO 8 DE LA LEY GENERAL DE EDUCACIÓN

El artículo 8 de la Ley General de Educación establece que la dignidad humana es un elemento fundamental para una mejor convivencia humana. El artículo 3 de la CPEUM, que ha sido reglamentado para acercar la educación a los postulados constitucionales, muestra el progreso en la construcción del derecho a la educación.

La democracia es un valor central en el artículo 3º y en la formación ciudadana. La educación debe promover el desarrollo moral de los educandos, basado en los Derechos Humanos. Sin embargo, aún existen desafíos en la implementación de una ética pública que satisfaga las necesidades de la convivencia social.

La importancia de una pedagogía orientada al desarrollo moral, que considere los principios constitucionales y legales como valores del proceso formativo. Los derechos humanos son la base jurídica y filosófica esencial para la formación moral del ciudadano.

La formación cívica y el desarrollo moral requieren claridad en el planteamiento jurídico y una organización escolar respaldada por la sociedad y las políticas públicas. La responsabilidad gubernamental y el apoyo de la sociedad son fundamentales para lograr una educación que forme ciudadanos comprometidos con los principios de gobierno y los derechos humanos.

8 OBJETIVO DE LA EDUCACIÓN

El objetivo de la educación, según el artículo 3º CPEUM, es promover el desarrollo equilibrado de todas las facultades humanas. Se busca formar estudiantes con convicciones y habilidades para contribuir a la construcción de una sociedad justa, inclusiva, respetuosa de la diversidad y comprometida con el interés general (Hernández, 2019).

En la sociedad del conocimiento actual, se requiere que las personas tengan habilidades como la interpretación de fenómenos, creatividad y manejo de la información en entornos cambiantes. La escuela ya no es el único lugar para aprender, y la gran cantidad de fuentes de

información obliga a replantear las habilidades que los estudiantes deben desarrollar durante su educación obligatoria.

Las disciplinas tradicionales, como el español, las matemáticas, las ciencias naturales, las ciencias sociales y la filosofía en el bachillerato siguen siendo necesarias para organizar el aprendizaje de conocimientos básicos que son fundamentales para la comunicación efectiva, el pensamiento lógico y la comprensión del entorno.

Sin embargo, se propone ampliar y fortalecer el significado de lo que se aprende. La memorización de hechos, conceptos o procedimientos es insuficiente y ocupa demasiado espacio en la enseñanza. Es esencial desarrollar habilidades de pensamiento crítico, análisis, razonamiento lógico y argumentación para lograr un aprendizaje profundo que pueda aplicarse a nuevas situaciones y resolver problemas.

Los aprendizajes adquieren sentido cuando contribuyen al desarrollo personal y social de los individuos. Esto incluye una apertura intelectual que valora la diversidad y promueve la igualdad de género, así como la responsabilidad personal, el conocimiento de sí mismo, el trabajo en equipo y la colaboración.

Una educación integral permite que el amor por México se traduzca en una convivencia armoniosa, el respeto por los derechos humanos y el Estado de Derecho, la apreciación y el cuidado de los recursos naturales, así como la capacidad de promover la libertad, la justicia y la solidaridad en un mundo globalizado.

El modelo educativo propuesto busca garantizar el derecho a la educación para todos, eliminando las barreras que impiden el aprendizaje y la participación, especialmente para aquellos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad.

La Reforma Educativa, iniciada en 2012, responde a estos requisitos y se basa en un proceso de discusión participativa. El antiguo modelo educativo vertical ya no es adecuado para adquirir las habilidades del siglo XXI, por lo que se propone construir un nuevo modelo que se ajuste a las necesidades actuales.

El propósito de la educación básica y media superior es formar ciudadanos libres, participativos, responsables e informados, capaces de ejercer y defender sus derechos, y de participar activamente en la vida social, económica y política de México. Se busca formar personas moti-

vadas y capaces de lograr su desarrollo personal, laboral y familiar, dispuestas a mejorar su entorno social y natural, y a seguir aprendiendo a lo largo de sus vidas en un mundo en constante cambio.

9 FORMACIÓN DE ESTUDIANTES EN EL SIGLO XXI

La necesidad de formar estudiantes competentes en diversas áreas para enfrentar los desafíos del siglo XXI. Se mencionan las siguientes características deseables en los estudiantes:

- a. **Habilidades de comunicación:** Capacidad para expresarse y comunicarse de forma efectiva, tanto oralmente como por escrito, en español y posiblemente en otra lengua materna, así como en inglés.
- b. **Pensamiento crítico y resolución de problemas:** Utilización de habilidades de pensamiento hipotético, lógico y matemático para abordar problemas cotidianos y complejos, con capacidad de análisis y síntesis.
- c. **Autonomía y aprendizaje continuo:** Capacidad y deseo de aprender de forma autónoma o en grupo a lo largo de la vida, siendo crítico, reflexivo, curioso y creativo.
- d. **Conocimiento y comprensión del entorno:** Informarse sobre procesos naturales, sociales, científicos y tecnológicos para comprender el entorno.
- e. **Competencia digital:** Uso competente y responsable de las tecnologías de la información y comunicación (TIC).
- f. **Autoconocimiento y desarrollo personal:** Conocimiento y valoración de la propia identidad, fortalezas y debilidades, confianza en las propias capacidades, cuidado de la salud física y mental, toma de decisiones responsables y diseño de un plan de vida plena.
- g. **Valores y convivencia:** Comportamiento ético, respeto a sí mismo y a los demás, igualdad de género, valoración de la diversidad cultural, aprecio por la cultura y las artes, cuidado del medio ambiente, participación responsable en la vida

pública y contribuciones al desarrollo sostenible de la comunidad, el país y el mundo.

- h. Conocimiento y respeto a la ley: Conocimiento y respeto de las leyes, defensa del Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos.
- i. Colaboración y liderazgo: Capacidad para trabajar en equipo, liderazgo y resolución de conflictos a través del diálogo, la razón y la negociación.
- j. Modelo educativo 2016: El modelo educativo busca lograr los aprendizajes del siglo XXI, poniendo énfasis en el planteamiento pedagógico, la formación de maestros, la educación inclusiva y con equidad, y una gobernanza efectiva del sistema educativo.

Se plantea que el modelo educativo actual debe ser transformado para superar los retos del siglo XXI, abandonando la pasividad en el proceso de enseñanza-aprendizaje y adoptando un enfoque activo, consciente, innovador y disruptivo. Se menciona la necesidad de actualizar los planes de estudio, fomentar la flexibilidad, la innovación, la vinculación con el mundo laboral y la utilidad de la educación en la vida de los estudiantes (Gros Salvat, 2011).

10 PASOS PARA TRANSFORMAR EL SISTEMA EDUCATIVO Y MEJORAR LA CALIDAD DE LA ENSEÑANZA

Se requiere una serie de pasos para transformar el sistema educativo y mejorar la calidad de la enseñanza. Estos incluyen:

- a. Desaprender: Superar los métodos tradicionales de enseñanza y cuestionar el papel de la autoridad en el aula.
- b. Aprender de forma colaborativa: Fomentar la sinergia entre profesores y estudiantes, evitando las clases magistrales y promoviendo el aprendizaje mutuo.
- c. Enfocarse en la utilidad: Centrarse en la relevancia y utilidad de lo que se enseña, conectándolo con las necesidades, talentos y oportunidades de los estudiantes.

- d. Recuperar la capacidad de asombro: Promover clases interesantes, contextualizadas y útiles, que despierten la capacidad de sorprenderse y fomenten el aprendizaje significativo.
- e. Evaluar de manera apropiada: Abandonar las pruebas estandarizadas y enfocarse en evaluar el proceso de apropiación del conocimiento de cada estudiante de manera individualizada.

El objetivo final es que los alumnos desarrollen sus propias habilidades cognitivas y sean capaces de aprender de manera significativa. Se menciona la importancia de herramientas como el aprendizaje basado en retos, la gamificación y el aprendizaje por proyectos, así como la necesidad de fomentar la conexión entre docentes y estudiantes, promoviendo una educación personalizada, solidaria e integral (Aguerrondo, 1993).

Además, es fundamental realizar dos acciones concretas para mejorar el sistema educativo en México:

- a. Aumentar la cobertura educativa: Trabajar para incrementar el acceso a la educación media superior y mejorar la calidad de la educación superior a través de controles de calidad y un sistema universal de crédito estudiantil.
- b. Certificar la calidad de la educación: Establecer metas de rendimiento más altas y garantizar que la educación obligatoria cumpla con estándares de calidad y calidez, superando los resultados bajos en pruebas internacionales como PISA.

Se propone una transformación del sistema educativo que promueva un enfoque más activo, relevante y colaborativo, con el objetivo de mejorar la calidad de la educación y preparar a los estudiantes para enfrentar los desafíos del futuro.

La educación en México enfrenta varios desafíos, pero se han implementado medidas para mejorarla. Estas medidas incluyen la creación de escuelas de tiempo completo, la formación de consejos escolares de participación social, la renovación de planteles a través del Programa Mejores Escuelas y una reforma curricular. También se han realizado cambios en la formación y selección de docentes, como nuevos protocolos de ingreso a programas de formación, un concurso nacional para otorgar plazas docentes y un programa de estímulos a la calidad docente. Se han

implementado sistemas de evaluación para detectar áreas de mejora, se ha dado autonomía al Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación y se ha creado un registro de estudiantes, escuelas y docentes. Es importante mejorar las condiciones para que las reformas funcionen, aumentar la cobertura y calidad de la educación, fortalecer el cuerpo docente y establecer un sistema nacional de información educativa. Se debe distribuir adecuadamente los recursos, considerando el nivel socioeconómico de las escuelas. La OCDE recomienda profesionalizar la contratación y evaluación de docentes, apoyar a los planteles con financiamiento adecuado y fortalecer el sistema de evaluación y rendición de cuentas. México debe fortalecer sus capacidades, clarificar responsabilidades y establecer mecanismos transparentes de debate y consenso para impulsar las reformas educativas (Santiago *et al.*, 2012).

11 CONCLUSIONES

El artículo 3º CPEUM reconoce el derecho a la educación y establece la importancia de la formación ciudadana dentro del proyecto de Estado de derecho. A lo largo de la historia, este artículo ha sido desarrollado y definido en el contexto de la formación de México y su constitucionalismo, con la opción de una república federal.

El artículo 3º se enfoca en la educación como un proceso gradual de construcción del derecho a la educación, con un énfasis en la autonomía moral y su relación con los Derechos Humanos. Además, se complementa con la legislación secundaria para adaptarse a los cambios sociales, transiciones del país y variaciones en la filosofía política del régimen.

La democracia es el valor fundamental del artículo 3º y se encuentra en interacción con la axiología constitucional, estableciendo así la base para una pedagogía que forme ciudadanos autónomos en la comunidad política de derechos. Por tanto, una educación de calidad representa una inversión importante para el país y su ciudadanía.

En 2012, se inició un proceso de reforma educativa que busca revisar el modelo educativo y definir la visión que debe guiar la educación en las escuelas públicas obligatorias. La responsabilidad es significativa, ya que la educación juega un papel crucial en la formación emocional, cognitiva y social de los niños desde temprana edad.

Una educación de calidad se basa en la formación integral de las personas y las prepara para enfrentar los desafíos de su época. Hoy en día, se reconoce la importancia de la diversidad, la democracia, la equidad, las libertades, los derechos humanos y el Estado de derecho en la educación. Además, se espera que el sistema educativo reconozca la diversidad de identidades en el país y fomente la capacidad creativa de las comunidades para responder a las necesidades locales.

Los retos que enfrenta la educación en México debido a los cambios sociales, políticos y económicos, así como al rápido avance tecnológico y la globalización. En la actualidad, adquirir y memorizar información ya no es suficiente, sino que se requiere desarrollar habilidades de interpretación, creatividad y adaptación a entornos cambiantes a lo largo de la vida.

Se plantea la necesidad de un modelo educativo renovado que asegure una educación laica, gratuita y de calidad, fortaleciendo los valores de respeto, responsabilidad, cooperación y el interés común. Este modelo debe mantener ciertos atributos del modelo actual, como la educación nacional, los programas de estudio, los libros de texto gratuitos y la formación continua de los maestros.

El cambio propuesto implica fortalecer y articular adecuadamente los componentes del sistema educativo para lograr los aprendizajes del siglo XXI. Se enfatiza la importancia de confiar en la calidad y experiencia de los maestros, quienes no solo transmiten conocimientos estáticos, sino que deben adaptarse a las necesidades de la educación actual.

La implementación del nuevo modelo educativo se concibe como un proceso continuo de mejora y enriquecimiento, con participación amplia de expertos y maestros de todo el país. Se busca revitalizar las diversas formas de enseñanza e interacción en el aula para lograr una concreción curricular sólida.

Es trascendente enriquecer la discusión pedagógica en México a través de la implementación de un modelo educativo que dé cabida a nuevas ideas y elementos. Se enfatiza la necesidad de reconocer y valorar la diversidad presente en el país, asegurando la participación de voces plurales y el papel relevante de las autoridades estatales. Se destaca que el modelo educativo debe ser gradual y flexible, adaptándose a las realidades y condiciones específicas de cada comunidad escolar. El propósito

fundamental es garantizar una educación de calidad que permita a los niños y jóvenes adquirir una formación integral y desarrollar plenamente sus potencialidades en la sociedad del siglo XXI. Se mencionan los desafíos actuales de la educación en México, como la equidad, los derechos humanos, la cultura democrática, la ciencia, la comunicación efectiva, entre otros. Se señala la importancia de garantizar condiciones básicas en todas las escuelas para asegurar la igualdad de oportunidades y el pleno ejercicio del derecho a la educación.

REFERENCIAS

ACUÑA GAMBOA, Luis Alan; PONS BONALS, Leticia. Calidad educativa en México. De las disposiciones internacionales a los remiendos del Proyecto Nacional. **Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales**, v. 12, n. 2, p. 155-174, 2016.

AGUERRONDO, Inés. La calidad de la educación: ejes para su definición y evaluación. **Revista interamericana de desarrollo educativo**, v. 37, n. 116, p. 561-578, 1993.

BARBA, José Bonifacio. Artículo tercero Constitucional. Génesis, transformación y axiología. **Revista mexicana de investigación educativa**, v. 24, n. 80, p. 287-316, 2019.

CARLOCK PORTILLA, Francisco *et al.* **Análisis de la naturaleza jurídica del Plan Nacional de Desarrollo para su cumplimiento vía jurisdiccional: desde una perspectiva del Constitucionalismo Transformador.** 2022.

CASTILLO-BRICEÑO, Cristina. Posicionando la educación inclusiva: Una forma diferente de mirar el horizonte educativo. **Revista Educación**, v. 39, n. 2, p. 123-152, 2015.

FIGUEROA CERVANTES, Katia Monserrat *et al.* **El derecho de libertad religiosa como producto del factor social religioso en México.** 2018.

GROS SALVAT, Begoña *et al.* **Evolución y retos de la educación virtual: construyendo el e-learning del siglo XXI.** 2011.

Hernández, Dalila Vera *et al.* **Educación para los derechos humanos y la cultura de paz, en las instituciones públicas de educación superior en México.** 2019.

LÓPEZ GUZMÁN, Jorge *et al.* **La cuestión educativa en Guanajuato: proceso de modernización y cambio político 1915-1938.** Universidad Iberoamericana Ciudad de México. Departamento de Historia. 2004.

MESA MANOSALVA, Edgar Guillermo *et al.* **Aportes étnico-culturales y educativos de docentes de la Universidad de Nariño para construir la paz en el posconflicto.** 2023.

SALAZAR, Mayra Yeret Colín. La perspectiva de género en el Currículo de Bachillerato Universitario. **Diversidad Académica**, v. 3, n. 1, p. 140-158, 2023.

SANTIAGO, Paulo *et al.* **Revisiones de la OCDE sobre la Evaluación en Educación.** México: INEE y Centro de la OCDE. 2012, v. 1. Recuperado de: <http://publicaciones.inee.edu.mx/buscadorPub>.

O CONSTITUCIONALISMO DE OCASIÃO, O JOGO DURO CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO STF

MATEUS VIEGAS SCHÖNHOFEN¹

1 INTRODUÇÃO

Eventuais alterações e desarmonias entre as instituições são consequências comuns do processo democrático e quiçá salutares para a evolução da democracia. Contudo, de modo diverso a batalha campal e permanente entre os poderes é uma temeridade.

Não há como se enganar com uma constestável estabilidade institucional, obviamente estas são indicações da existência de crise. As inquietações e articulações atentatórias a democracia acontecem por dentro do sistema governamental estabelecido. As molas propulsoras da deterioração democrática originam-se das mazelas do Estado em encontrar soluções para os seus problemas (Levinson, 2018, p. 651) – em educação, saúde e segurança. Igualmente, tem lastro na existência parca de líderes emergentes capazes de realizar a ruptura geracional da classe política envelhecida e enraizada, e quando rompem a dita barreira não conseguem se adaptar rapidamente a ordem constitucional existente.

Esse fenômeno narrado pode ser compreendido estritamente pela ótica brasileira sendo dividido em quatro formas de desarmonia institucional que potencializam a oscilação democrática: primeira à disputa entre o Executivo e o Legislativo, segunda a cizânia que ocorre entre o Executivo e o Judiciário, terceira a tensão realizada entre o Congresso e o Judiciário e a quarta e mais singular a discórdia que ocorre na alta cúpula

1 Bacharel em Direito registrado na OAB do Estado do Rio Grande do Sul sob o nº 68.427. Mestrando em Direito na linha de pesquisa de Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais (FMP, 2023); especialista em Direito Processual Civil (PUCRS, 2007); graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2006). Assessor Jurídico na Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre. Filiado à Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. E-mail: mateus.adv.rs@gmail.com.

do Poder Judiciário deslegitimando a atuação da sua própria instituição. Pretende-se, neste estudo, se ater a segunda e terceira situações elencadas.

Todo esse contexto supramencionado acerca do tema apresentado nos impõe delimitá-lo quanto aos aspectos institucionais e constitucionais que levam ao protagonismo do Poder Judiciário e se há forma de resolução desta celeuma.

Restringe-se o problema a existência de crise constitucional global e, também, no Brasil, aliada à existência ou não de corresponsabilidade entre poderes constituídos sob a perspectiva do avanço da juristocracia e do constitucionalismo contemporâneo.

Mark Tushnet e Bojan Bugarcic (Tushnet; Bugarcic, 2021, p. 2346) aduzem que governantes eleitos considerados populistas chegaram ao poder. Algumas reflexões sugerem que o populismo não se relaciona com o constitucionalismo contemporâneo, exatamente é esse ponto que se intenciona enfrentar.

Adota-se o método hipotético-dedutivo, técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial do tipo qualitativo, com objetivo exploratório-descritivo.

2 HÁ CRISE CONSTITUCIONAL NO MUNDO E NO BRASIL?

Existe um fenômeno social ocidental oriundo do sentimento de exclusão que está impregnando em uma parte considerável da população, eles pouco compreendem os fatores e atores políticos estabelecidos e de maneira exponencialmente crescente são hostis às minorias, aos imigrantes e à economia neoliberal. Essas parcelas da população mencionadas tendem a simpatizar com os movimentos populistas nacionais, que objetivam transformar a face da democracia liberal ocidental, dos Estados Unidos à França, da Áustria ao Reino Unido e do Brasil ao México.

Os líderes desses movimentos populistas são radicais sejam ideologicamente de um viés de direita, ou seja, alinhados aos espectros de esquerda e simpatizam fortemente com a atividade política antidemocrática, contudo a convivência com a sua existência se faz necessária para quem defende a democracia liberal. Nesse cenário político alterado e polarizado devido à ascensão do populismo, de forma a desafiar os teóricos convencionais, Eatwell e Goodwin (Eatwell; Goodwin, 2018) defendem

um envolvimento sério e respeitoso com o eleitorado populista e as ideias extremistas defendidas pelos mesmos, até porque, ao que parece, é uma maré que não terá fim tão precocemente.

Tanto os populistas de direita, que vergastam suas constituições, flertam com o iliberalismo e prometem entregar a política de bem-estar social, quanto os populistas de esquerda que negam o liberalismo clássico e o neoliberalismo, retêm um resíduo do que se denominava solidariedade proletária internacional e utilizam o seu programa para entregar de assistencialismo econômico, desestabilizam seus regimes democráticos pela insistente prática de dominação do Estado e da segregação político-ideológica.

Alguns teóricos como Carl Schmitt e Friedrich Hayek fundamentam que para se efetivarem as constituições de bem-estar social, ocorreriam à interferência nos direitos aclamados pelos liberais clássicos (Tushnet, 2019, p. 387).

Nesse sentido para que seja possível compreender se existe ou não uma crise constitucional acontecendo devemos ponderar se há risco de que uma constituição esteja prestes a falhar em sua tarefa central (Balkin, 2018, p. 14), que consiste em manter o desacordo institucional e social dentro dos limites da política comum, em detrimento da alteração de ânimos da sociedade, da ocorrência violência ou de desordem civil.

As constituições democráticas possuem como seus pilares centrais o exercício da proteção das liberdades civis e na manutenção do princípio da separação dos poderes, todavia a maior glória da normal constitucional é ser a fiadora da paz social e realizar a manutenção das lutas políticas dentro da arena da vontade soberana do povo, jamais fora dela.

É importante salientar que as crises constitucionais se anunciam em três tipos (Levinson; Balkin, 2009, pp. 714-715). Quando ocorrem as crises do primeiro tipo, os agentes políticos ou os militares de forma pública e notória afirmam que não irão mais respeitar a constituição (Levinson; Balkin, 2009, pp. 721-729). Reputa-se que em um sistema democrático estabilizado os representantes do governo sejam deferentes aos comandos constitucionais estabelecidos em seu país, mesmo que ocorram divergências com o Poder Judiciário acerca da interpretação da constituição. Como decorrência lógica ousar desrespeitar uma ordem judicial é o mesmo que duelar com a sua constituição. Nesse sentido quando os

representantes eleitos pela vontade popular ou os oficiais das forças armadas publicizam que não irão responder mais a sua constituição, certamente ela pereceu em sua missão.

A segunda forma do estabelecimento de uma crise democrática pode acontecer se a constituição falhar no seu dever de impedir que os atores políticos evitem um desastre iminente, isso (Levinson; Balkin, 2009, pp. 729-738) chamam de crise tipo dois.

Em terceiro lugar, uma constituição pode deixar de ter efeito porque de maneira generalizada o povo se recusa a segui-la, desse modo acontece rebeliões públicas, as ruas são tomadas pela população e os militares deixam o quartel para realizar a contenção dos rebeldes (Levinson; Balkin, 2009, pp. 738-746). O colapso constitucional do tipo três envolve:

[...] situações em que divergências publicamente articuladas sobre a constituição levam os atores políticos a se envolverem em formas extraordinárias de protesto além de meras divergências legais e protestos políticos: as pessoas saem às ruas, os exércitos se mobilizam e a força bruta é usada ou ameaçada para prevalecer (Levinson; Balkin, 2009, p. 714).

Não se pretende tensionar o debate acerca das crises democráticas, contudo não é permitido eximir-se de uma reflexão fundamentada e crítica, quanto a cultura democrática (Balkin, 2009, p. 438) aduz que tem intrínseco o pressuposto de que todo o cidadão possui direito a livre expressão através de suas convicções, aliás, esses dogmas são comprovados. Pois a democracia só evolui conectada à pluralidade de ideias e visões sobre os mais diversos fatos e matérias do mundo, cuja exposição só se faz possível em um ambiente em que possam ser debatidas, defendidas e guerreadas, por uma frutífera, ampla e deliberativa confrontação ideias e com o devido respeito de todos os atores institucionais e sociais envolvidos.

Portanto, é inescapável a dedução de que há em nível global, inclusive no Brasil, crises constitucionais que já aconteceram ou estão em andamento, apenas para citar dois exemplos, a secular democracia norte-americana e a jovem democracia brasileira experimentaram tais efeitos, ocasionados pelo discurso de líderes populistas, seja com o ataque ao Capitólio, em Washington, seja com a brutalidade moral ocorrida na sede dos três poderes brasileiros, em Brasília.

Pode-se pressupor que crise constitucional ocorre quando a ordem constitucional não se mostra mais capaz de desempenhar o seu papel. Mostra-se ineficiente em face dos desafios postos, é incapaz de impedir que as pessoas rompam o perímetro constitucional ou não consegue evitar que os cidadãos se abstenham das práticas ordinárias de política. A crise referida pode ser obstada, desde que ocorra o regresso ao *status quo*, que pode acarretar uma profunda metamorfose na práxis e na hermenêutica constitucional, eventualmente, a consequência é a ruptura da antiga ordem e a instauração de uma realidade constitucional contemporânea, o que nos exemplos acima referidos não se mostrou necessário.

3 INTERPRETAR A CONSTITUIÇÃO CONFORME O JOGO?

A interpretação da constituição é dever dos juízes das cortes constitucionais que encontra guarida nas premissas da guarda e da supremacia da Constituição. A ordem jurídico-constitucional extrai sua validade do arcabouço legal e dos princípios vinculados à lei maior, derivados da produção do poder constituinte (Silva, 2001, p. 41).

A falta de clareza dos textos normativos constitucionais e, igualmente, a amplitude dada pelo constituinte originário na construção da ordem constitucional são imprecisões com os quais temos lidar, neste ponto Lenio Streck conceitua que:

As palavras da lei são constituídas de vaguezas, ambiguidades, enfim, de incertezas significativas, São, pois, plurívocas. Não há possibilidade de buscar/recolher o sentido fundante, originário, primevo, objetificante, unívoco ou correto de um texto jurídico (Streck, 2000, p. 239).

O problema tem seu início na dificuldade de divisão, na jurisdição constitucional, do que possui caráter estritamente político do que tem conotação unicamente jurídica, utiliza-se frequentemente em termos de conceito metafórico a definição da Lei Fundamental e dos direitos fundamentais como *moldura jurídica (rechtlichen rahmen)* (Böckenförde, 1976), que seria aquela que apenas pretende vincular o legislador apenas em certos pontos predefinidos. Esta teorização aduz que a corte constitucional teria uma atribuição somente negativa, consistindo em apreciar, se motivada, se o processo legislativo se manteve no perímetro da mol-

dura. Sendo defeso ao magistrado constitucional adentrar na seara da discricionarieidade do parlamento, quanto à maneira como é realizado o preenchimento do núcleo da moldura (Silva, 2005, p. 128-129). Essa competência não seria contramajoritária, estaria reservada ao âmbito dos democraticamente eleitos, ou seja, ao âmbito da política.

Em sede de complemento teórico e elucidação argumentativa a diferenciação entre jurisdição, administração e legislação se dá de forma dinâmica, por intermédio de onda de movimentos interligados de todo sistema jurídico (Neumann, 1986, p. 240), iniciando-se pelo processo criativo da lei pelo legislador até a aplicabilidade, por meio dos atos administrativos do executivo e pela hermenêutica jurídica oriunda das decisões judiciais.

Sem olvidar que existem hipóteses que a norma originada do parlamento não dará margem de apreciação para qualquer tipo de atividade dos outros poderes instituídos.

A separação dos poderes e o respeito as suas competências é algo pelo qual as instituições devem zelar, quando um magistrado atua como legislador ou administrador, ele rompe a fronteira do equilíbrio institucional e afronta os *landmarks* da ordem constitucional do Estado Democrático de Direito. A manutenção da devida equidistância institucional é base da protetora da democracia. Nesse sentido, torna-se possível ponderar de maneira lógica e racional que o convencimento decisório com base em regras de textura aberta, ainda que vinculadas a princípios sólidos, nos moldes defendidos por Dworkin (Dworkin, 2010, p. XIV), pode acarretar na perda da estrutura racional e razoável do direito.

De outra banda, a normatização fechada das adversidades postas, vinculadas a processos decisórios rígidos, tende a engessar a ação estatal, quando se fizer necessário dar uma margem de flexibilidade para julgar, legislar e administrar. Nota-se que a problemática aduzida jamais terá uma resolução exauriente, ante a própria complexidade inerente as relações institucionais, motivo pelo qual supõe-se que a maneira mais eficaz de adequar à celeuma apresenta seria realizando o trabalho de identificação das zonas de arbitrariedades na fase interna do sistema que rege o Estado Democrático de Direito.

Cabe salientar que os equívocos interpretativos ou os direcionamentos hermenêuticos constitucionais de ocasião partem também dos

poderes executivo e legislativo. E nessa seara é que se encontra o jogo duro constitucional que consiste na interpretação do arcabouço constitucional realizada de forma distinta e excepcionalmente durante os períodos conturbados de transformação social e constitucional. Não se tem a pretensão de esgotar o entendimento em relação à questão e, talvez, não seja a única forma pela qual o direito constitucional é levado a efeito durante esse período. Especialmente porque esses momentos conturbados podem ser postergados ao longo do tempo, sendo assim uma enorme de carga de legislação ordinária poderá ser promulgada, e parte dessa legislação estará sujeita a questionamentos constitucionais ordinários, de outro modo sugestiona-se que o jogo duro constitucional elenca as principais formas constitucionais relacionadas à transformação constitucional. (Tushnet, 2004, p.532).

As táticas de jogo duro constitucional são pensadas para “jogar para valer” (Balkin, 2008, 580), pois, se houver êxito do movimento realizado, por conseguinte o poder político estabelecido será transferido para os vencedores, que certamente se consolidarão por um longo período de tempo no poder. Dessa forma, o jogo duro constitucional reflete as escolhas e estratégias destinadas a consolidar o poder de um partido ou movimento político para o futuro, inclusive realizando o engessamento da Corte Constitucional.

É indubitável que o antijogo duro constitucional deve preponderar em face do jogo duro constitucional (Pozen, 2019, p. 955). A harmonização do interpretavismo constitucional deve vincular os julgadores, os administradores e os legisladores para quem unam esforços para encontrar fórmulas constitucionais antijogo duro constitucional que se coadunem com propósitos de equilíbrio, evolução e defesa do Estado Democrático de Direito. A maioria dos casos pesquisados de jogo duro constitucional almejam projetos de consolidação de poder político e são indefensáveis de forma racional. Tem-se objeção e intolerância à admissão da sensibilização da opinião pública, através desse enorme e nefasto erro político-institucional, na seara da interpretação da constituição.

Portanto, torna-se impossível cegar-se para o momento vivido de intensa polarização e de dificuldade política no Congresso brasileiro, propondo-se como saída de emergência aos estudiosos, aos juristas, aos políticos e aos formuladores de políticas públicas que desenvolvam um

maior senso crítico e de percepção para que compreendam o acontecimento desses fatos e que criem obstáculos para que essa prática dissimulada de atacar o sistema institucional, por dentro da ordem constitucional por intermédio de interpretações possíveis, porém míopes e forçadas da Constituição – atrelando as táticas de jogo duro constitucional de curto prazo, a contraposição de estratégias antijogo duro constitucional de longo prazo.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ESTÁ EFETIVANDO A JUSTIÇA?

Por óbvio o alongamento de atribuições do Supremo Tribunal Federal, chamado neste estudo de STF, com a implementação de inovadoras ferramentas processuais, com a permissão de novos partícipes com acesso a corte constitucional brasileira deu margem a suposição, apesar de não sido inaugurada nos padrões dos tribunais constitucionais europeus, que o STF seria o guarda da constituição e teria protagonismo na cena político institucional brasileira, por vezes sendo chamado até de “supremocrático” (Vieira, 2017, p. 13).

Sem a pretensão de amearhar razão acerca do tema discutido, entretanto parece inconcebível que uma Corte Constitucional tenha sido concebida pelo poder constituinte originário para se legitimar ao optar por ensurdecer as suplicas do povo e quando entende que deve, opta por destamponar os ouvidos e atender a mesma população. A concepção de separação de poderes, por óbvio não possui uma arquitetura estruturante única, impossível, portanto, admitir que estejamos como parecem crer os Ministros do STF em uma figura tridimensional da escala de poder, ou seja, em uma pirâmide onde a base da mesma é composta pelo executivo, legislativo e sociedade, e no topo encontra-se o STF (Arguelhes, 2017, p. 83). Nessa linha não há como anuir com a atual visão do STF em relação a sua posição na separação dos poderes, pois a estabilidade da democrática clama para que as instituições estejam posicionadas linearmente no mesmo nível hierárquico.

Ao estudar a concepção trazida por Mark Tushnet (Tushnet, 2008) ao abordar dois assuntos procurando correlacioná-los de modo a conectar a tarefa exercida pelas Cortes Constitucionais no ambiente democrático e as proposições possíveis para a entrega judicial dos direitos sociais previstos na Lei Fundamental, concatenando a fundamentação o

autor referido aduz que existem a *forma fraca* e a *forma forte* de controle constitucionalidade (Tushnet, 2008).

A diferença essencial entre sistemas fortes e fracos de controle de constitucionalidade é o horizonte temporal no qual se dá o diálogo entre os atores envolvidos: “sistemas de controle forte permitem aos ramos políticos revisar a interpretação judicial [apenas] no longo prazo, sistemas de controle fraco no curto prazo” (Tushnet, 2008, p.33).

Em sistemas de controle fraco, o diálogo entre os poderes ocorre em tempo real, sem a presunção de que as interpretações oferecidas pelos legisladores são inferiores àquelas que emanam do judiciário (Tushnet, 2008, p.36).

O STF adota o sistema de controle ultraforte da ordem constitucional brasileira: ali a fiscalização legislativa dá-se à sombra de ulterior deliberação judicial de caráter definitivo (*judicial overhang*) (Tushnet, 2009, p. 504). Nesse sentido, o parlamento ciente que os tribunais constitucionais poderão realizar a correção de seus erros interorativos em matéria constitucional, em alguns casos não se dispõe a adotar uma criteriosa análise de constitucionalidade das normas criadas (Tushnet, 2009, p. 504), inclusive com a finalidade de evitar a impopularidade acerca de matéria constitucionalmente mais tormentosa. Nesse cenário os legisladores realizam o desprezo por questões constitucionais durante o processo legislativo, tendo em vista a percepção de que compreensão legislativa pode vir a ser revertida pelo judiciário (Tushnet, 2008, p.81). Nessa toada o Tribunal Consititucional brasileiro já declarou possuir o monopólio da última palavra sobre o significado constitucional com base no art. 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Afirmção esta que é confirmada pela doutrina constitucional pátria (Silva, 2012, p. 551). Talvez por estas razões exista quem fale, inclusive, que se vive sob a égide de uma verdadeira “supremocracia” (Vieira, 2008).

Ran Hirschl possui uma visão de responsabilidade institucional compartilhada quanto aos efeitos do que chama de juristocracia. O autor constata que há uma tendência global à juristocracia, sendo esta uma das revelações mais importantes dos séculos XX e XXI (Hirschl, 2007, p. 1), estando correlacionada a fatores tão somente de caráter político, transferindo-se ao Poder Judiciário decisões que seriam de responsabilidade dos atores políticos majoritariamente eleitos.

Hirschl subdivide os aspectos fenomenológicos da juristocracia em quatro pontos: a) observa-se que a deferência legislativa em relação do Poder Judiciário e, conseqüentemente, a elevação do seu poder através da constitucionalização dos direitos, não estão dissociadas das batalhas sociais, políticas e econômicas que são fundamentos de quaisquer sistemas políticos democráticos. A expansão do Judiciário é uma parte deste quebra-cabeça não tendo como dele ser apartado (Hirschl, 2007, pp. 38-39); b) em tradução nossa “as origens políticas da reforma constitucional não podem ser estudadas isoladamente das origens políticas do impasse constitucional e da estagnação (Hirschl, 2007, p. 38)”², no caso brasileiro, especificamente, são resultados de nossa jovem redemocratização e repasse de responsabilidade, em tese, ao Poder Judiciário como intérprete final da Constituição; c) nota-se que, em tradução nossa, “instituições políticas e jurídicas produzem resultados distributivos diferentes: há privilégios em favor de uns em detrimento de outros indivíduos (Hirschl, 2007, p. 38)”³, aqui aponta-se que independentemente do poder que interpretar a constituição existirão distorções, pois sempre haverá o quinhão social ganhador e o perdedor em matéria de direitos fundamentais; e d) Observa-se que as Constituições e o controle de constitucionalidade parecem ser ilimitados (visto que não possuem um poder de fiscalização independente), ao mesmo passo que, em tradução nossa, “limitam a flexibilidade institucional dos tomadores de decisões políticas (Hirschl, 2007, pp. 38-39)”⁴, na medida em que inúmeras vezes a Corte Constitucional se contrapõe aos atos e decisões advindos do Executivo e do Legislativo, em nome da defesa da ordem constitucional.

O Poder Judiciário, quando aceita atuar como o maior ator político em um cenário de judicialização da política, que por consequência irá enfraquecer o Estado Democrático de Direito e a Constituição, resultará no desequilíbrio da tríade de poderes instituídos, em razão, em especial, do avanço da jurisdição constitucional, personificada no STF, restando este último mais distante e menos responsável perante a sociedade, em face da impossibilidade de controle majoritário daquele poder.

2 “The political origins of constitutional reform cannot be studied in isolation from the political origins of constitutional stalemate and stagnation”.

3 “Political and legal institutions produce differential distributive effects: they privilege some groups and individuals over others”.

4 “Limit the institutional flexibility of political decision-makers”.

Nesse sentido, com força erigida ao STF não há como supor que somente a Justiça seja feita por ele, pois todo o excesso de poder contamina o senso de imparcialidade, de discricionariedade e de subjetividade, o que notadamente dá ensejo ao desarranjo institucional, constitucional e do Estado Democrático de Direito.

5 QUAL SERIA O CAMINHO PARA ESTABILIZAR A DEMOCRACIA?

A força gravitacional de um precedente, isto é, a sua capacidade de influenciar decisões futuras, reside, para Dworkin, no princípio de equidade segundo o qual casos similares devem ser tratados de maneira análoga. O autor fundamenta, contudo, que o caráter igualitário da utilização de decisões anteriores só existe na medida em que estes julgados sejam justificados por argumentos de princípio e não de política (Dworkin, 1978, p. 113-115).

Nem todos os dispositivos constitucionais necessitam de uma leitura desvinculada das intenções constituintes, aduz Dworkin. O grau de generalidade e abstração da norma é um indicativo da importância a ser dada aos propósitos dos redatores do texto constitucional. Assim, por exemplo, um dispositivo como o que prevê a duração do mandato presidencial já é revestido de clareza e determinação semântica a ponto de não permitir outras interpretações que não àquela expressa texto constitucional. Visto que, em certas matérias, assume relevância a estabilidade de sua interpretação, em face de quaisquer ilações quanto a mudanças na moralidade política vigente.

Em uma categoria interpretativa média situam-se as previsões como as que se referem à divisão de competências entre os entes federativos. Nestas, a estabilidade ainda é importante, mas deve ceder espaço a uma hermenêutica capaz de dispor as regras em perspectiva sistemática com o todo da Constituição.

Do outro lado deste espectro interpretativo estariam situados os direitos fundamentais, cuja expressão por meio de uma escrita abstrata está posta propositalmente para possibilitar estratégias interpretativas que sejam capazes de dar vazão a um olhar substantivo de justiça (Dworkin, 1986, p. 367-368; Dworkin, 1996, p.8).

Para Dworkin, a forma adequada de posicionamento em face aos conceitos constitucionais em relação aos direitos fundamentais é a de uma leitura moral, que consiste na proposição de que todos os partícipes (operadores do direito, políticos e cidadãos) interpretem e apliquem as cláusulas constitucionais abstratas de maneira a promover a invocação de princípios morais de decência política e justiça. Para o autor esta postura conduz “a moralidade política para o coração do direito constitucional” (Dworkin, 1996, p.2).

Outro anteparo limitante é que a leitura moral é aquilo que efetivamente foi normatizado e valorado pelo constituinte: as palavras e terminologia escolhidas sejam preservadas. Todavia, essa baliza não pode ser confundida com o historicismo ou originalismo. Não se pretende restringir a leitura moral às perspectivas da aplicabilidade pura que os constituintes tinham quando da constitucionalização de determinado preceito. A proposição de Dworkin é que se abstraíam os eventuais objetivos concretos (conceitos) do constituinte, considerando-se as ideias (concepções) que as cláusulas constitucionais expressam (Dworkin, 1996, p.10).

Para Dworkin problema é solucionado na medida em que a democracia seja compreendida sob uma ótica distinta, desvinculada da premissa majoritária. No lugar, Dworkin propõe uma concepção fundada na parceria (*partnership conception of democracy*) (Dworkin, 1998, p. 453), por meio do qual o exercício da democracia deve tratar todos os membros da comunidade com igual consideração e respeito (*equal concern and respect*) (Dworkin, 1998, p. 453).

O conceito de igual consideração e respeito representa uma das condicionantes de legitimidade do poder político instituído (Dworkin, 2011, p. 321), baseando o seu exercício nas premissas que seguem: (1) deve ser demonstrada igual consideração pelo destino de cada pessoa sobre a qual o poder político detém domínio; (2) é necessário haver respeito pela responsabilidade e pelo direito de cada indivíduo decidir a melhor forma de conduzir sua vida. (Dworkin, 2011, p.2). Estes são, para o autor, os dois princípios de dignidade que qualquer governo democrático deve respeitar.

Esta maneira de vislumbrar a democracia pressupõe, conforme Dworkin, que as estruturas e instituições majoritárias tradicionais levem todos os cidadãos em consideração em pé de igualdade, mas não se omite ou tem de lidar com qualquer prejuízo moral quando o poder

não representativo é acionado. Porque sua essência não reside na preservação da vontade das maiorias, e sim na preservação de condições de legitimidade democrática (Dworkin, 1996, p. 17).

Esse cenário, materializado nos princípios supramencionados, constituiriam, para o autor, a fonte de todos os direitos políticos, entendidos por direitos que indivíduos que se sujeitam a um determinado poder político estabelecido podem invocar como “trunfos” contra a atuação do próprio poder (Dworkin, 2011, p.327-331). Desse modo, os direitos fundamentais constitucionalmente expressos representariam concretizações da ideia de igual respeito e consideração e, por consequência, pressupostos do próprio Estado Democrático de Direito.

Contudo, o desempenho juristocrático da Suprema Corte americana no decorrer da primeira década do século XXI parece ter deixado Dworkin mais descrente em relação à concepção de que o judiciário seria o poder mais bem preparado para lidar com as questões que envolvem os direitos e tendem a preservar as condições da democracia. Pois, a maneira ativista e conservadora de certos integrantes da Suprema Corte teria, pela ótica do autor, maculado a história institucional daquele tribunal, como igualmente parece acontecer no Brasil, convém lembrar que também o exercício desmedido e em excesso da jurisdição constitucional pode debilitar as condições estabilizantes da democracia. Este fato, entretanto, não seria suficiente para descredibilizar a citada instituição democraticamente, seria antes de tudo a abertura de uma oportunidade para aperfeiçoá-la.

Nessa senda, Dworkin, em face do desassossego no tocante ao alinhamento ideológico acentuado de alguns magistrados da Suprema Corte americana refletiu acerca da proposição de uma limitação do mandato de seus componentes (Dworkin, 2008, p.157-159), ideia esta que se concorda que também seja aplicada a Corte Constitucional brasileira.

6 CONCLUSÃO

A jurisdição constitucional tem o potencial de corrigir as ações meramente instrumentais e trazer o debate para o âmbito da apreciação de razões públicas. Mas esta etapa por si só não pode representar o fim do debate, sob pena de se incorrer na violação dos valores democráticos. Se o próprio controle de constitucionalidade for entendido como um chamamento à razão, e não simplesmente como um veto exercido pelo

judiciário, pode ser razoável questionar quais os benefícios a serem colhidos com a adição de uma nova etapa deliberativa por parte do poder legislativo, para retirá-lo da zona de conforto de inação e inércia, visto que hodiernamente costumam transferir seus deveres de intérpretes da constituição e formuladores de políticas públicas em sede de direitos fundamentais para a Corte Constitucional.

Os ordenamentos jurídicos constitucionais que adotam o chamado controle de constitucionalidade fraco trazem consigo uma promessa: a proteção dos direitos fundamentais sem que seja necessário renunciar à capacidade plena de autogoverno. Buscam atingir tal objetivo conferindo ao judiciário um papel relevante – de catalisador deliberativo. Este mandato interpretativo é, no entanto, uma fórmula tão poderosa quanto à práxis judicial deseje: seu potencial reside na superação do valor que os magistrados atribuem à intencionalidade legislativa. A maior ou menor valorização das razões de fundo do legislador definirá a sorte da ferramenta colocada à disposição do judiciário. Traduzindo-se na atuação do parlamento em sede cooperação com o Judiciário.

Entretanto, o estágio de maturidade democrática do Estado brasileiro impossibilita, neste momento, essa discussão constitucional acima mencionada, devendo, primeiramente, ser realizada a busca de instrumentos e arranjos institucionais que possibilitem o exercício compartilhado e dialógico da interpretação e da efetivação da jovem Constituição de 1988, almejando o aprimoramento e o equilíbrio no exercício da tríade de poderes constitucionalmente estabelecidos.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo que não erra. In: VIEIRA, Oscar Vilhena e GLEZER, Rubens. **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. *E-book*.

BALKIN, Jack M. Constitutional Hardball and Constitutional Crises. **QLR**, vol. 26, n. 3, pp. 579-598, 2008. Disponível em: HeinOnline, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/qlr26&ci=589>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BALKIN, Jack M. The Future of Free Expression in a Digital Age, 36 **Pepp. L. Rev. Iss. 2**, 2009. Available at: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol36/iss2/9>. Acesso em: 3 mai 2023.

BALKIN, Jack M. Constitutional Crisis an Constitutional Rot. In: GRABER, Mark; LEVINSON, Sandford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional democracy in crisis?** Oxford: Oxford University Press, 2018.

BÖCKENFÖRDE, E-W. 1976. Die Methoden der Verfassungsinterpretation. Bestandsaufnahme und Kritik. **Neue Juristische Wochenschrift - NJW**, v. 29, n. 46, p. 2089-2099, 1976.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Havard University Press. 1978.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Havard University Press. 1986.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**. Oxford: Oxford University Press. 1996.

DWORKIN, Ronald. The Partnership Conception of Democracy. **California Law Review**, vol. 86, no. 3, p. 453–58, 1998. Disponível em: JSTOR, <https://doi.org/10.2307/3481116>. Acesso em 23 set. 2023.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?** Principles for a New Political Debate. Princeton: Princeton University Press. 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3ª ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Havard University Press. 2011.

EATWELL, Roger e GOODWIN, Matthew J. **National populism: the revolt against liberal democracy**. Londres: Pelican, 2018.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Havard University Press, 2007.

LEVINSON, Sanford. The Continuing Specter of Popular Sovereignty and National Self-Determination in an Age of Political Uncertainty. In: GRABER, Mark; LEVINSON, Sandford; TUSHNET, Mark (ed.). **Constitutional democracy in crisis?** Oxford: Oxford University Press, 2018.

LEVINSON, Sanford e BALKIN. Jack M. Balkin. Constitutional Crises, **University of Pennsylvania Law Review** 157, 707-754, 2009. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol157/iss3/1/. Acesso em 10 jun. 2023.

NEUMANN, Fran L. The rule of law. Political theory and system in modern society. Leamington: Berg, 1986.

POZEN, David E. Hardball and/as Anti-Hardball. **New York University Journal of Legislation and Public Policy**, vol. 21, nº. 4, p. 949-956, 2019. Disponível em: HeinOnline, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/nyulpp21&i=973>. Acesso em: 15 jun. 2023.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação Constitucional Operativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.) **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, p. 115-144, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. **John Marshall Law Review**, vol. 37, nº. 2, Winter 2004, pp. 523-554. Disponível em: *HeinOnline*, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/jmlr37&i=543>. Acesso em: 15 jun. 2023.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton, NJ: Princeton University, 2008. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/j.ctt7s5kr>. Acesso em: 8 abr 2023.

TUSHNET, Mark. Some Notes On Congressional Capacity to Interpret the Constitution. **Boston University Law Review**, vol. 89, nº 2, pp. 499-509, abr. 2009. Disponível em: <https://www.bu.edu/bulawreview/archives/volume-89-number-2-april-2009/>. Acesso em 13 set. 2023.

TUSHNET, Mark. Varieties of constitutionalism. **German Law Journal**, volume 20, pp. 382–389, abr. 2019. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/issue/0F9B4B67BD86371F777DD9D26547212A>. Acesso em: 13, jun. 2023.

TUSHNET, Mark e BUGARIC, Bojan. Populism and Constitutionalism: An Essay on Definitions and Their Implications. **Cardozo Law Review**, vol. 42, nº. 6, Out 2021, p. 2345-2394. Disponível em: HeinOnline, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/cdozo42&i=2401>. Acesso em 14 jun. 2023.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, vol 4(2). pp.441- 464, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Diálogo constitucional. In: VIEIRA, Oscar Vilhena e GLEZER, Rubens. **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. *E-book*.

ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APÓS A REFORMA NA LINDB EM 2018¹

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL²

MATEUS HENRIQUE SCHOENHERR³

-
- 1 Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa ““Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.
 - 2 Pós-Doutora na Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg (Alemanha), Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6628165246247243>. E-mail: moniah@unisc.br.
 - 3 Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROCUC/CAPES, modalidade II. Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, coordenado pela Prof.ª Dr.ª Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado ao PPGD da UNISC e financiado pelo CNPq. Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0040542292236692>. E-mail: mateus.schoenherr@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Investigando-se os julgados do Supremo Tribunal Federal, nota-se que, paulatinamente, têm ganhado espaço, no bojo das decisões da jurisdição constitucional, os argumentos consequencialistas, entendidos como as prognoses prováveis e auferíveis a partir da decisão judicial, que podem incorporar índole social, jurídica, comportamental e/ou econômica. Assim, neste trabalho será abordada a teoria do consequencialismo judicial como forma de estudar os reflexos, notadamente quantitativos, que tem projetado sobre as decisões do STF.

Nesse sentido, procura-se analisar a presença de tais argumentos na argumentação do STF após a entrada em vigor da reforma na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) em 2018, promovida pela Lei nº 13.655/18, no intuito de investigar seu desenvolvimento perante a Corte. Dessa forma, o trabalho possui como problemática a investigação do uso quantitativo dos argumentos consequencialistas pelo Supremo Tribunal Federal, de forma direta e expressa nos acórdãos (a partir dos filtros estabelecidos pela pesquisa, indicados na metodologia), tomando-se como referência o marco temporal da entrada em vigor da Lei nº 13.655/18 (reforma na LINDB). Assim, apenas serão avaliadas as decisões que fazem menção direta ao objeto da pesquisa, consoante sua metodologia.

Para tanto, empregar-se-ão: o método de abordagem dedutivo, mediante investigação doutrinária e jurisprudencial; os métodos de procedimento monográfico (investigação dos conceitos do consequencialismo judicial) e analítico (seleção das decisões colegiadas no sítio eletrônico do STF, na seção “Jurisprudência”, com a busca por palavras-chave de elementos ligados a argumentos consequencialistas⁴ de maneira direta, tendo como marco temporal a data de 22/10/2018 (entrada em vigor da LINDB), analisando-se os julgados a partir deste período com sua ulterior leitura e descarte após análise, deixando remanescentes apenas os acórdãos em que expressamente estão presentes os elementos-chave aqui estabelecidos acerca dos argumentos consequencialistas e a técnica de pesquisa bibliográfica, a partir de documentação direta (determinação

4 Os elementos-chave são os seguintes: consequencialismo~ ou consequencialista~ ou (LINDB e “art. 20”) ou (“direito e economia”) ou (“análise econômica do direito”) ou (“law and economics”) ou (“economic analysis of law”).

de dados próprios do fenômeno sob análise, mediante investigação dos julgados do STF) e indireta (revisão de pesquisas e trabalhos reconhecidos sobre os aspectos teóricos da temática pesquisada).

Frente ao exposto, objetiva-se com a pesquisa: inicialmente, identificar a definição de consequencialismo judicial através da compreensão da doutrina especializada, maiormente de Neil MacCormick e Diego Arguelhes, sem prejuízo da investigação de demais entendimentos existentes; em seguida, compreende-se o uso dos argumentos consequencialistas tanto por meio de construção hermenêutico-jurídica a partir de princípios, quanto a sua positivação posteriormente com a reforma da LINDB em 2018 e, ainda, verifica-se como ocorre geralmente a instrumentalização objetiva das prognoses consequencialistas; e, finalmente, abordam-se os julgados do STF a partir da reforma na LINDB, estabelecendo-se o viés quantitativo da utilização de argumentos consequencialistas em acórdãos da Corte, além de visualizar, a título de exemplos, sua ocorrência em algumas decisões representativas.

2 EM BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO PARA O CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL

A conceituação do consequencialismo judicial é vasta na sistemática jurídica, podendo-se encontrar inúmeras reflexões a respeito, que serão brevemente mencionadas para elucidar sua compreensão no universo do Direito. A propósito, igualmente encontram-se como sinônimos os termos pragmático e prático, em que pesem as críticas por parte da doutrina qualificada sobre a confusão desses conceitos.⁵

5 *v.g.* Mendonça (2018, p. 43-45) entende que argumento prático, pragmático e consequencialista são diferentes entre si e correspondem a contextos diversos. A definição de argumento consequencialista seria apenas uma das características da compreensão por trás do pragmatismo, isto é, este último vai além desse entendimento.

Entende-se o “consequencialismo judicial” como um gênero, tendo como espécies aquelas de índole social,⁶ jurídica,⁷ comportamental⁸ e/ou econômica.⁹ Além disso, compreende-se estar relacionado a um aspecto empírico e não necessariamente a um aspecto utilitário, porque a abordagem do argumento consequencialista na decisão judicial serve para avaliar impactos práticos e concretos do veredito, não sendo, assim, utilizado como critério de utilidade. Além disso, pode ou não ser pragmático, segundo Mendonça (2018, p. 43). Conforme delineado por Alexy (2001, p. 226), a grande maioria dos argumentos jurídicos possui confirmações empíricas, pois “pressupõem afirmações sobre fatos particulares, sobre ações individuais, motivos dos agentes, eventos, ou estados de coisas”.

Primeiramente, Arguelhes (2005, p. 04-05), referência nesse contexto, define consequencialismo como o “tipo de argumento que fornece razões para a tomada de uma decisão específica a partir de uma avaliação dos possíveis efeitos desta decisão”. A pesquisa de Magalhães (2017, p. 12-17) sobre jurisprudência de crise também destaca a necessidade de contextualizar conceitualmente o consequencialismo, sendo que o define como um braço do pragmatismo filosófico, compondo um de seus três elementos, ao lado do contextualismo e do antifundacionalismo.¹⁰ Define o argumento consequencialista como “uma ferramenta de análise das alternativas que se descortinam ao intérprete pragmatista, sem,

6 Consequencialismo “social” relaciona-se a visualização das consequências do veredito diante do povo (autogoverno popular), notadamente quanto a legitimidade do direito, que se tornou uma preocupação especialmente para as teorias mais modernas acerca do conceito de direito.

7 Consequencialismo “jurídico” pode ser definido como as consequências ao próprio sistema jurídico, tanto numa perspectiva mais clássica (segurança jurídica) quanto numa perspectiva mais moderna ao entender o direito como um tecido íntegro e coerente, cujas decisões pautam-se pela universalização dos seus resultados (sistêmicos e práticos).

8 Consequencialismo “comportamental” é aquele que prevê as implicações da decisão com base em conhecimentos da economia comportamental, que, por sua vez, faz uso de saberes econômicos e psicológicos.

9 Consequencialismo “econômico”, enquanto categoria, é aquele que faz uso de contribuições dos mecanismos e estudos da ciência econômica para decifrar as implicações da decisão judicial.

10 Essa compreensão deriva da proposta de Pogrebinschi (2005), professora que assim sintetiza as características do movimento pragmatista.

contudo, impor qualquer critério apriorístico de valoração”. Brandão e Farah (2020, p. 835), inclusive, referem que “é decorrência lógica do consequencialismo o empirismo”.

Barroso (2020, p. 320-332) destaca que, em sua concepção hermenêutico-jurídica, devem os magistrados observar três parâmetros para a decisão judicial: “a) a necessidade de fundamentação normativa; b) a necessidade de respeito à integridade do sistema; c) o peso (relativo) a ser dado às consequências concretas da decisão”. Além disso, sobre esse último, justifica sua importância no campo da jurisdição constitucional, porque entende que

o intérprete constitucional não pode perder-se no mundo jurídico, desconectando-se da realidade e das consequências práticas de sua atuação. Sua atividade envolverá um equilíbrio entre a prescrição normativa (deontologia), os valores em jogo (filosofia moral) e os efeitos sobre a realidade (consequencialismo).

Ademais, Barroso é categórico quando explica que não compreende o consequencialismo judicial como uma “perspectiva de Maquiavel” (os fins justificam os meios), nem o sentido utilitarista do termo (tradição de Bentham e Mill), assim como também foge da concepção pragmática da corrente *Economic Analysis of Law*. Na verdade, entende como melhor definição a formulada pela doutrina de Neil MacCormick (Barroso, 2020, p. 963).

De acordo com a leitura de Atienza (2003, p. 132-135), Neil MacCormick defende uma teoria da argumentação jurídica em que a decisão judicial necessita ter sentido à luz do “sistema” e do “mundo”. Quando ele fala de “consequências”, o diferencia de “resultados” (produção de uma norma válida pelo julgador). Consequência representaria o “estado das coisas” posteriormente ao resultado, ainda que relacionado a ele. Todavia, o autor faz destaque às consequências com “implicações lógicas”, denominadas como “consequências jurídicas”, cuja argumentação opera-se por hipóteses e não probabilidades. Nessa toada, MacCormick defende que as decisões judiciais precisam ser justificadas por razões substantivas, que podem ser “razões finalistas” (a decisão promove um determinado estado de coisas “desejável”) ou “razões de correção” (a decisão se considera correta ou boa “em si mesma”, não levando em conta objetivos posteriores).

No mesmo íterim, Roberto Barroso declara que a solução do processo de aplicação do Direito nem sempre “estará pronta em uma prateleira jurídica”; daí o porquê dessa abertura interpretativa no universo jurídico – mormente da jurisdição constitucional. É nesse desiderato que emerge o pragmatismo jurídico, que possui, como elemento constitutivo essencial, o consequencialismo¹¹ (Barroso, 2010, p. 22-23).

Complementando, pontua-se ainda que MacCormick (2003) vislumbra que a análise das prognoses, no âmago da decisão judicial, é realizada tendo-se por *background* os próprios princípios constitucionais. Ademais, busca ainda encontrar uma saída equilibrada para a teoria consequencialista diante daqueles que possuem sentimentos dicotomizados acerca da questão, dado que se tem um grupo que visualiza o julgamento completo dos juízes tendo por base toda e qualquer consequência das suas decisões; e outro que rejeita as considerações judiciais acerca do consequencialismo, independentemente de quais sejam, ignorando-as completamente. Em última instância, o autor define a análise das consequências, não obstante mínima, ser inerente à aplicação do direito no plano real – por isso sua perspectiva moderada a respeito da questão.

Além disso, Mendonça (2018, p. 31-39) também abraça a teoria de Neil MacCormick, ressaltando que o seu objeto tem como característica priorizar as “consequências do ato, teoria ou conceito”. Ainda, refere que o “pragmatismo, hoje, é uma orientação de espírito, aplicada à pesquisa ou à vida, em que se prefere a ação e se rejeitam dogmas”. Nesse diapasão, demonstra-se interessante o registro acerca da proposta do jurista acerca de um “modelo cauteloso de pragmatismo jurídico”, destacando:

nosso pragmatismo é *menos* — é instrumento que, de forma inconsciente, muitos julgadores já utilizam — e é *mais* — permite saídas para encruzilhadas colocadas pelo formalismo, mas dentro das amarras psicológicas e institucionais próprias ao Direito. Nos casos em que os precedentes e as normas legais são claros, um juiz pragmatista vai atuar de modo idêntico a um não pragmatista. E isso responde pela absoluta maioria das hipóteses (Mendonça, 2018, p. 103).

11 É possível encontrar na doutrina estrangeira também a definição que não entende como pré-requisito do argumento consequencialista o utilitarismo, às vezes é apenas pragmático ou dosado com ceticismo, como é o caso do *Justice* norte-americano Oliver Holmes (Luban, 1994, p. 517-523).

Para tal empreitada, refere que o consequencialismo funcionaria como um manual interpretativo, “como auxílio dentro de uma teoria normativa da decisão, na condição de argumento de reforço/descarte”, por meio da fixação de diversos *standards* a serem seguidos, para dar previsibilidade à etapa de exame das consequências da decisão judicial (Mendonça, 2018, p. 93-103).

No ímpeto desse debate, ainda, Kreché (2004, p. 428-436), por outro lado, diferente do proposto por Neil MacCormick, alinha-se à teoria pragmática do jurista norte-americano Richard Posner,¹² compreendendo-a como mais realista e apropriada para a compreensão acerca da evolução da teoria jurídica do que a própria lógica de eficiência social que tem defendido a linha internacional da *Economic Analysis of Law*, visto que aquela faz uso das ferramentas econômicas, sempre tentando contrabalanceá-la com os pilares da interpretação jurídica, *i.e.*, traz uma perspectiva mais moderada, acentuando as convergências lógicas inerentes à relação direito-economia como objeto de estudo em um campo de pesquisa interdisciplinar.

Especificamente acerca da compreensão de Posner (2003, p. 24-56), tem-se que o pragmatismo que compreende aplicável à seara jurídica não é aquele filosófico (*philosophical pragmatism*), mas uma espécie de pragmatismo cotidiano (*everyday pragmatism*). Isso porque o primeiro é bastante teórico, já este outro foca-se na sua execução prática. Mendonça (2018, p. 40) descreve que esse pragmatismo seria “simplesmente, uma postura prática de ‘resolvedor de problemas”.

Bastante profícua também a síntese elaborada por Schanoski, Burgath e Chaicoski (2021, p. 113-114), que ressaltam as teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy – não obstante suas particularidades, acerca da teorização a respeito dos princípios no âmbito das decisões – enfatizarem sobre a necessidade de os julgadores valorarem no processo decisório as

12 Essa visão pragmática de Posner é compreendida como o mais recente entendimento do autor (terceira fase) acerca da temática *Law & Economics*, justamente desenvolvida após anos de debates com demais intelectuais do campo jurídico, maiormente Ronald Dworkin, pelo qual teve fator decisivo para abandonar sua visão eficientista do Direito para uma compreensão mais pragmatista, oportunidade em que sopesa a eficiência ao lado dos princípios da moral e da justiça; daí surgindo uma interpretação mais focada no estudo das consequências exaradas pelas decisões judiciais dentro da teoria do autor (Salama, 2008).

consequências, pois conferem “equilíbrio” aos vereditos, não eximindo os magistrados da responsabilidade que possuem enquanto tais.

Sendo assim, diante do exposto, tem-se por consequencialismo judicial o mecanismo de investigação das prognoses prováveis e afe-ríveis a partir da decisão judicial, podendo ser utilizado pelo julgador como auxílio na tomada de decisão. Além disso, por tratar-se de exame dos efeitos práticos do veredito judicial, as consequências precisam estar revestidas de objetividade; justamente a análise que se sucede a seguir, ao lado da hermenêutica consequencialista.

3 PRINCIPIOLOGIA E POSITIVAÇÃO DO CONSEQUENCIALISMO E INSTRUMENTOS OBJETIVOS DAS CONSEQUÊNCIAS

A partir da guinada “pós-positivista”, a hermenêutica (jurídica) ganha espaço na atividade judicial, (em tese) para confrontar a discricio-nariedade judicial presente nas proposições positivistas. Para o paradigma do pós-positivismo, torna-se relevante superar tanto correntes que pregam um “normativismo abstrato” quanto correntes que defendem um “antinor-mativismo”. Assim, o Direito deve estar conectado com o mundo prático, preocupando-se com as consequências das decisões judiciais, desde que o fazendo dentro da normatividade (abstrata) positivada e balizando-se ele-mentarmente pelos direitos fundamentais (Soares, 2023, p. 350-397).

Conforme visualizado anteriormente, Roberto Barroso, que está inserido no contexto pós-positivista, defende uma hermenêutica jurídica que sustenta três parâmetros para a decisão judicial: (1) fundamentação normativa, (2) respeito à integridade sistêmica e (3) peso relativo das consequências práticas da decisão (Barroso, 2020, p. 320-332).

Desse modo, facilmente se percebe que, na conjuntura do pós-positivismo, estando ou não positivada a necessidade de os vereditos judiciais prezarem pela análise das consequências, tal empreendimento é realizado – muito em virtude da “jurisprudência dos princípios” (Torres, 2010, p. 20). Tanto é verdade que o consequencialismo judicial está presente em decisões do Supremo Tribunal Federal mesmo antes de sua expressa positivação, como adiante será abordado.

Nada obstante essa constatação, a “importância” da argumen-tação com consequência cresceu, no plano normativo-jurídico, a partir da

efetiva positivação do consequencialismo judicial no ordenamento brasileiro por meio da promulgação da Lei 13.655/18, que introduziu modificações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).¹³

Em seu artigo 20,¹⁴ a referida norma legislativa, nas palavras de Motta (2019), procurou “reforçar o consequencialismo e a previsibilidade na interpretação”, ponderando que “existem decisões de controle que não calculam seu impacto negativo em termos de consequências e, com as novas disposições, pretende-se que [...] examinem as alternativas, as opções e o impacto da decisão”. Contudo, também ressalta a distinção entre “argumentos consequencialistas pragmáticos” (que levam em consideração resultados concretos derivados da decisão) e “argumentos de substrato valorativo” (embasados em “normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração”, *v.g.* dignidade humana ou moralidade administrativa), considerando não terem sido postos em primazia o primeiro em detrimento do segundo (enquanto “*ratio decidendi sine qua non*”), entretanto, tão somente enfatizou-se a sua presença no debate decisional.

Destaca-se que, conforme o artigo 20 da LINDB, não é toda e qualquer situação judicial que exigirá a consideração das “consequências práticas da decisão”, mas somente os casos que envolvem “valores jurídicos abstratos” (BRASIL, 2018a); entendidos como “normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração”, consoante artigo 3º, § 1º do Decreto 9.830/19, que regulamentou a LINDB (Brasil, 2019).

Para Jordão (2018, p. 65-68), a minirreforma na LINDB objetivou “contribuir para aprimorar a gestão pública nacional” e enfrentar o “gargalo jurídico”. Ademais, classificou a perspectiva do legislador nesse contexto como “antirromântica” ou “anti-idealista”, pois almejou “introduzir uma boa dose de pragmatismo e contextualização na interpretação

13 Inclusive, a fim de acompanhar essa mudança legislativa, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº. 423, de 05 de outubro de 2021, que acrescentou na Resolução nº. 75/2009 (que trata das matérias mínimas necessárias em concursos do Poder Judiciário) a obrigatoriedade da disciplina de “Pragmatismo, Análise Econômica do direito e Economia Comportamental” (item g) dentro do bloco “noções gerais do direito e formação humanística” (Brasil, 2021a).

14 “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (Brasil, 2018a).

e operação das normas de direito público”. No que tange especificamente ao consequencialismo, entende que a necessidade de avaliação das consequências de decisões (artigo 20) e invalidações (artigo 21) figuram positivamente em contextos que possibilitam “mais de uma interpretação razoável” (parágrafo único do artigo 20).

A manifestação de Alves (2019, p. 118-120) coaduna-se com os comentários antes traçados no sentido de a positivação do consequencialismo a partir da LINDB apenas ter sido uma “formalização” (dado o contexto da hermenêutica jurídica no cenário pós-positivista vivenciado pelo constitucionalismo contemporâneo), ou seja, para “reafirmar” sua presença no discurso judicial, agora, porém, a partir da imposição do próprio ordenamento positivado.

A diferença de antes (pré-positivação) para agora (pós-positivação) é visualizar o caráter pelo qual reveste a obrigatoriedade da argumentação com consequências. Se levada a tese do pós-positivismo jurídico a sério, não caberia espaço para discricionariedade judicial na decisão a partir do consequencialismo, porque justamente seu objetivo é atacar esse poder discricionário (judicial); suplantando em seu lugar o caráter da resposta única e adequada conforme o direito, a partir de sua comunidade de princípios. Ao admitir que o consequencialismo, aplicado enquanto princípio, teria um caráter semântico aberto, retornar-se-ia ao problema da discricionariedade, notadamente uma fundamentação a partir da “consciência” do julgador (solipsismo) (Streck, 2013, p. 48-55). Neste caso, fala-se em ativismo consequencialista (Abboud, 2019, p. 01-09).

Posta esta questão, e retomando-se a concepção antes proferida sobre o conceito de consequencialismo, entende-se que a análise de consequências práticas e concretas da decisão deve embasar-se em prognoses objetivas. É “objetiva” a fundamentação porque se fosse subjetiva, seria discricionária, sendo passível de escorregar para o solipsismo e, consequentemente, ao ativismo do julgador. Veja-se que o Decreto nº. 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamentou os artigos 20 a 30 LINDB (pós-reforma de 2018), trouxe toda uma “metodologia” para a motivação das decisões (administrativas) a partir de consequências (Brasil, 2019).

Tendo-se em vista as várias espécies de consequências, traçadas no início do trabalho (social, jurídica, comportamental e econômica), faz-se necessário pensar em instrumentos objetivos para atender a cada uma delas.

Iniciando pelas prognoses comportamentais e econômicas, é possível ao julgador lançar mão de instrumentos da chamada “análise econômica do direito” (*economic analysis of law*). Nessa toada, o professor Geoffrey Parsons Miller, baseando-se na concepção trazida por Robert Aumann, diferencia *economic analysis of law* da escola *law and economics* (direito e economia). O primeiro é “a aplicação da lógica econômica às normas e instituições jurídicas”. O segundo, trata-se de “uma parceria de igualdade entre [as] duas disciplinas” (Miller, 2011, p. 459, tradução nossa).¹⁵

Cooter e Ulen (2016, p. 03, tradução nossa) argumentam que “a economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das decisões no comportamento humano” e, após isso, forneceu uma “teoria comportamental para prever a forma como as pessoas respondem às leis”. Nota-se que o adjetivo “econômico” da análise do direito refere-se, em grande medida, à economia comportamental (*behavioral economics*), cujo escopo, em síntese, objetiva explicar as razões por detrás da tomada de decisão do ser humano e como diversas variáveis podem influenciá-las. O campo de estudo transita, assim, entre economia e psicologia (Camerer, 1999, p. 10575-10577). Ainda, para Calabresi (2016, p. 04-11), um de seus fundadores, a corrente restringe seu escopo metodológico em aspectos da microeconomia, que compõe o núcleo científico da economia.

Assim, a análise econômica do direito (“AED”) busca entender como o sistema jurídico e as decisões judiciais podem influenciar o comportamento de determinada população em determinado tempo (especialmente como tomam decisões). Consegue fazê-lo por meio de instrumentos analíticos, como “recortes metodológicos, análises pragmáticas e abordagens consequenciais” (Fux, 2019, p. 06-07). A AED situa-se como uma corrente relativamente nova e atual, no que tange este estudo “integrado” e específico de aplicação de instrumentos econômicos para a análise de questões jurídicas. Contudo, fazendo-se uma leitura mais atenta, é possível per-

15 Complementarmente, no sítio eletrônico da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE), a instituição define a corrente como “um campo interdisciplinar de conhecimento, que aplica as ferramentas da Ciência Econômica a temas jurídicos e de políticas públicas”. Quanto ao seu método, utiliza-se de ferramentas como “teoria dos preços, teoria dos jogos, econometria, teoria das externalidades e dos custos de transação” etc. Ademais, cita como objetivo do Direito e Economia a busca por “tornar o sistema jurídico mais eficiente para que possa, dessa forma, conseguir alcançar os seus propósitos de justiça e equidade, desejados por todos e possibilitadores da paz social e do desenvolvimento” (ABDE, 2021).

ceber que a “análise econômica” sempre esteve presente no plano jurídico, justamente porque se refere ao estudo do comportamento humano, podendo-se encontrar tais análises, por exemplo, em Beccaria, que “foi o primeiro a alertar para a necessária relação entre o custo da pena e o benefício do crime” para prevenção do comportamento criminoso,¹⁶ e David Hume, que enfatizou sobre os efeitos de incentivos ao comportamento humano e sua relação com a situação de escassez de recursos (Wolkart, 2020, p. 98-107).¹⁷

Por outro lado, diferente das prognoses comportamentais e econômicas, que encontram respaldo na AED, as prognoses de índole social e jurídica possuem uma instrumentalização objetiva diferente.

16 Inclusive, o autor possui dois capítulos em sua obra “Dos delitos e das penas” nos quais chama a atenção nesse sentido: “Consequências (dos princípios da precedência)” e “Do grau das penas” (Beccaria, 2012, p. 15-27).

17 Faz-se interessante também abordar a crítica proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski na oportunidade da audiência de julgamento da ADI 5766 (na qual a PGR questionava dispositivos da Reforma Trabalhista que alteraram a gratuidade da justiça dos trabalhadores que comprovassem insuficiência de recursos), em 10/05/2018, em que expressou “o movimento Direito e Economia [ter] matriz nitidamente conservador e de direita”. Após isso, citou a conclusão de um artigo do jurista Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, que identificou a referida corrente como um movimento “utilitarista”, “pragmático” e “herdeiro do realismo jurídico norte-americano”. Logo após essa manifestação, o Ministro Roberto Barroso (relator da ação) discordou da lógica do Ministro Lewandowski, citando que a economia, em razão de sua metodologia enquanto ciência, não possuía essa inclinação ideológica que o fez parecer. Em mesmo sentido, também prestou pronunciamento contrariamente à fala do Ministro Lewandowski, o Ministro Luiz Fux, proferindo que a “escola da Análise Econômica do Direito não tem vinculação com Direito e Economia”, porque “visa a análise do sistema jurídico à luz do maior valor da economia que é a eficiência, [...] porque se há algo hoje ineficiente, em quaisquer olhos de ver, é o sistema de prestação de justiça que nós temos no Brasil, então é detecção de causas que levam a essa ineficiência”. Outro a se manifestar foi o Ministro Gilmar Mendes, que levantou a tese de que “a questão [...] não precisa ser vista na perspectiva de nenhuma teoria específica, basta ler o texto constitucional, [...] que exige que a produção judicial seja efetiva, mas que também não haja abuso no poder de litigar, é simples assim. [...] Nesse momento que nós estamos falando tramitam pelos foros do Brasil cem milhões de ações, tem algum perigo de dar certo uma coisa dessa? Obviamente que não, [...] há necessidade de racionalização desse sistema. [...] A disfuncionalidade do sistema custa caro” (BRASIL, 2018c). Todavia, necessário também destacar que em 2022, ao proferir voto na ADPF 915 ED, o Ministro Ricardo Lewandowski fez uso de argumento consequencialista, assim expressando: “No meu entender, o Supremo Tribunal Federal deve guiar-se pelas consequências práticas de suas decisões, nos termos do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, evitando obstaculizar políticas públicas constitucionalmente asseguradas, tal como o ensino. Assim, também por esta razão, penso ser caso da ampliação do prazo de modulação pleiteada” (Brasil, 2022, p. 24).

Quanto ao consequencialismo social (relacionado aos impactos da decisão judicial para o autogoverno popular, que afetaria a legitimidade e validade do Direito), diversos são os instrumentos à disposição do julgador, especialmente do Supremo Tribunal Federal, como as audiências públicas e intervenção por *amicus curiae*, que são mecanismos formais para o diálogo institucional e abertura interpretativa da Constituição ao povo (Leal; Maas, 2014, p. 47-50).

Já o consequencialismo jurídico (relacionado a consequências ao próprio sistema jurídico, aqui apenas englobada a segurança jurídica porque a LINDB fala em consequências práticas das decisões, ou seja, não necessariamente para a teoria do Direito, o que poderia afetar sua integridade, coerência e universalidade) encontra respaldo *ex vi legis* também, como a LINDB (artigo 20), antes versada, nos casos de valores jurídicos abstratos, o Código de Processo Civil (artigo 927, § 3º) e a Lei 9.868/99 (artigo 27), estes últimos dois nos casos de modulação dos efeitos da decisão judicial vinculante. O Decreto 9.830/19, que regulamentou a LINDB, traz toda uma metodologia para a argumentação com consequências.

Pontuadas tais questões e considerando-se que o objetivo deste trabalho é estudar, sob o prisma quantitativo, o uso dos argumentos consequencialistas pelo Supremo Tribunal Federal, tomando-se como partida o marco temporal da reforma na LINDB em 2018, será nesse contexto o conteúdo do próximo capítulo.

4 A OCORRÊNCIA DOS ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS NOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Parte-se para a análise central da problemática desse trabalho, isto é, o uso quantitativo dos argumentos consequencialistas após a positivação expressa do consequencialismo judicial na LINDB, por meio da reforma promovida pela Lei nº 13.655/18, que alterou alguns de seus dispositivos. Assim, tendo-se em vista que a referida legislação foi promulgada em 25/04/2018, mas entrou em vigor 180 dias após, isto é, em 22/10/2018, utilizou-se como referência da pesquisa jurisprudencial esta última data.

A busca foi realizada no site oficial do Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br), na seção “Jurisprudência”, a partir dos seguintes elementos-chave para identificar o teor expresso dos argumentos con-

sequencialistas: consequencialismo~ ou consequencialista~ ou (LINDB e “art. 20”) ou (“direito e economia”) ou (“análise econômica do direito”) ou (“law and economics”) ou (“economic analysis of law”). Foram selecionadas apenas decisões colegiadas (acórdãos) do plenário e das duas turmas, abarcando todas as decisões proferidas no período dentre 22/10/2018 (dia da entrada em vigor da reforma) até a data de 01/09/2023 (marco temporal estabelecido pela pesquisa).¹⁸

Conforme os critérios de pesquisa acima indicados, foram encontrados 60 acórdãos¹⁹ (salienta-se que foram descartadas 19 decisões

18 Importante pontuar que, possivelmente, tenham-se demais julgados cujas decisões envolvem a análise de consequências, mas que, por não anunciarem o seu uso, podem ter ficado de fora da presente pesquisa, visto sua não identificação no filtro da busca. Ainda, soma-se a essa motivação também o fato de argumentos consequencialistas nem sempre estarem no “conteúdo da decisão”, mas na “estratégia da decisão” (MENDONÇA, 2018, p. 92).

19 São as seguintes decisões: **ADI 5938**, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2019; **ADI 6343 MC-Ref**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 06/05/2020; **MS 31244 AgR**, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 22/05/2020; **ACO 444**, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2020; **RE 628075**, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2020; **ADI 6362**, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2020; **ACO 3113**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020; **RE 611874**, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2020; **ADI 6482**, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/2021; **RE 574706 ED**, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2021; **ACO 2894 AgR**, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2021; **ADI 5779**, Relator(a): NUNES MARQUES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/2021; **ADI 7058 MC**, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Relator(a) p/ Acórdão: NUNES MARQUES, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2022; **ADI 6630**, Relator(a): NUNES MARQUES, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2022; **ARE 1361507 AgR**, Relator(a): LUIZ FUX (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 21/03/2022; **ACO 3271**, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2022; **ARE 1121633**, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2022; **ADPF 915 ED**, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 16/08/2022; **ADI 7112**, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/2022; **ADI 7232 TPI-Ref**, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2023; **RE 1006916 AgR-QO**, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/03/2023; **RE 839950**, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2018; **ADI 3995**, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2018; **RE 919793 AgR-ED-EDv**, Relator(a):

que não estavam relacionadas ao consequencialismo judicial, ainda que fizessem menções a critérios do filtro de busca realizado). Necessário destacar que, dos 60 acórdãos identificados, apenas em 25 decisões

DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2019; **Pet 8002 AgR**, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/03/2019; **ADPF 449**, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2019; **ADI 5800**, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2019; **ADI 5874**, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2019; **RE 1083955 AgR**, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/05/2019; **ADI 2261**, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2019; **ADI 2250**, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2019; **ADI 2365**, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2019; **ADI 2324**, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 22/08/2019; **ADPF 24**, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 22/08/2019; **AC 3637 ED-AgR**, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2019; **ADI 5592**, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2019; **MI 6951 AgR**, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2019; **MI 6961 AgR**, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2019; **MI 6898 AgR**, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2019; **ADC 43**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/2019; **RE 661256 ED-segundos**, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2020; **ADI 5543**, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2020; **ADI 6359 MC-Ref**, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2020; **ADI 4101**, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2020; **ADI 5485**, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2020; **ADI 2238**, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2020; **ADI 2238**, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2020; **RE 1014286**, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2020; **RE 843112**, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 22/09/2020; **ADI 5529**, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2021; **ADI 6696**, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2021; **ADI 5766**, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/2021; **ADI 5625**, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: NUNES MARQUES, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2021; **ADI 4787**, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2022; **ADI 4787**, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2022; **ARE 843989**, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2022; **ADI 5941**, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2023; **ADI 5549**, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2023; **ADI 2154**, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2023; e **ADI 5545**, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2023.

houve a menção específica da argumentação consequencialista a partir da LINDB²⁰.

Outrossim, não necessariamente o consequencialismo é invocado nas decisões encontradas com o intuito de considerar os argumentos consequencialistas, visto que, em algumas situações, é pré-questionado com teor de crítica; porém, aqui percebe-se a preocupação dos Ministros do STF em considerá-lo no critério decisório, seja para apreciá-lo na decisão positivamente, seja para justificar sua não incidência ou importância.²¹

Historicamente, segundo relatos de Andrade (2010, p. 34-35), o consequencialismo no STF teria início com os posicionamentos do Ministro Nelson Jobim, o que ficou introjetado “pela maioria dos Ministros”. Jobim teria atribuído “à consequência o peso do critério determinante nas hipóteses em que há um leque de interpretações justificáveis e logicamente possíveis”. Além disso, gerou bastante impacto no meio jurídico a entrevista concedida em 2004 pelo referido Ministro, na época Presidente do STF, ao Valor Econômico, logo após a reforma do Judiciário (Emenda Constitucional 45/2004), ao dizer que “juízes devem pesar as consequências (sic) econômicas e sociais de suas decisões” (Basile; Jayme, 2004). Contudo, quando se fala que o consequencialismo “tem início” com posições do Ministro Nelson Jobim, não se descarta argumentos consequencialista anteriores a isso. O que se quer dizer, portanto, é uma aplicação mais sistemática de argumentos consequencialistas.

20 São as seguintes decisões: Pet 8002 AgR; ADI 5543; ADI 5938; ADI 6343 MC-Ref; ADI 5543; MS 31244 AgR; ACO 444; RE 628075; ADI 6362; ACO 3113; RE 611874; ADI 6482; ADI 5529; RE 574706 ED; ACO 2894 AgR; ADI 5779; ADI 7058 MC; ADI 6630; ARE 1361507 AgR; ACO 3271; ARE 1121633; ADPF 915 ED; ADI 7112; ADI 7232 TPI-Ref e RE 1006916 AgR-QO.

21 Como é feito, apenas a título de exemplo, pela Ministra Rosa Weber quando do julgamento da ACO 2894 AgR: “Por fim, o alegado ‘prejuízo à saúde fiscal do Estado de Alagoas’ não é capaz de modificar a decisão agravada. Esse argumento consequencialista não prepondera sobre o dever constitucional dos entes federados em investir na manutenção e no desenvolvimento do ensino enquanto política pública de primeira necessidade. Adeno que o decisum não foi prolatado com fundamento em conceitos abstratos (lastreou-se na interpretação do art. 212 da CF a partir de precedentes desta Suprema Corte) e, quanto as consequências, foram devidamente sopesadas para garantir a concretização de política pública prioritária. Portanto, não há descompasso entre a decisão recorrida e o postulado hermenêutico do artigo 20 da LIDB, ao contrário do que sustenta o agravante (‘Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão’)” (BRASIL, 2021b, p. 14-15).

Durante o julgamento do HC 126.292/SP, que reverteu em 2016 o entendimento do Supremo Tribunal para possibilitar a execução provisória da condenação criminal confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição, o Ministro Roberto Barroso dedicou um capítulo de seu voto para tratar de fundamentos pragmáticos (“Parte III – Fundamentos pragmáticos para o novo entendimento”), assim descrevendo (Brasil, 2016, p. 49-51):

40. Os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados casos difíceis, tem uma inegável dimensão política. Assim é devido ao fato de o intérprete desempenhar uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, e também em razão das consequências práticas de suas decisões.

(...) 42. O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o **consequencialismo**, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. **Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo. (Grifou-se)**

43. Pois bem: o pragmatismo jurídico, que opera dentro dos sentidos possíveis da norma jurídica, oferece três argumentos que reforçam a necessidade de revisão da atual jurisprudência do STF quanto à impossibilidade de execução provisória da pena. Como já afirmado no início deste voto, a alteração, em 2009, da compreensão tradicional do STF sobre o tema, que vigia desde a promulgação da Constituição de 1988, produziu três efeitos negativos: o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A reversão desse entendimento jurisprudencial pode, assim, contribuir para remediar tais efeitos perversos, promovendo (i) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (ii) a redução da seletividade do sistema penal, e (iii) a quebra do paradigma de impunidade.

Veja-se, portanto, que, neste período pré-reforma na LINDB (anterior a 2018), como bem elucidada o voto do Ministro Roberto Barroso, o argumento consequencialista fica relegado tão somente a uma hermenêutica jurídica a partir de tensionamento de princípios.

Além disso, para se averiguar a forma como tem sido construída a argumentação consequencialista, selecionaram-se quatro acórdãos representativos. Na ADI 3.995 (possível inconstitucionalidade da Lei nº 11.495/2007, que estabeleceu a exigência de depósito prévio para o ajuizamento de ação rescisória no âmbito da Justiça do Trabalho), o relator Roberto Barroso utilizou-se da economia comportamental para fundamentar o consequencialismo, como depreende-se dos seguintes trechos do seu voto (Brasil, 2019, p. 10-13):

(...) em regra, as pessoas são agentes racionais. Ao decidirem como agir, adotam comportamentos que possam otimizar seus ganhos. Optam por um curso de ação, quando, em uma avaliação de custo-benefício, acreditam que uma providência lhes gerará um retorno positivo (teoria das escolhas racionais). E formulam suas estratégias de acordo com o comportamento esperado dos demais agentes com os quais interagirão (teoria dos jogos). Assim, se estimam que uma conduta pode lhes gerar proveito e jamais lhes gerará perda, sentem-se incentivadas a agir; se acreditam que determinada ação pode lhes gerar prejuízos ou ônus de alguma espécie, avaliam melhor a sua conveniência. Essa lógica pode ser aplicada a qualquer comportamento humano, inclusive à decisão sobre propor uma demanda. Alguns fatores constantes interferem sobre essa decisão, a saber: (i) a ocorrência da violação a um direito (e possivelmente a sua gravidade); (ii) o valor que se espera ganhar com a demanda; (iii) o custo de processar, nele incluídos os riscos de sofrer perdas; (iv) a probabilidade de êxito.

(...) Segundo estudos da economia comportamental, as pessoas tendem a hiperdimensionar suas expectativas quando não estão perfeitamente informadas.

(...) O litigante que tem razão acaba preferindo se abster de processar, dado o desgaste, a incerteza e o tempo de duração de uma demanda. Em consequência, cede a acordos talvez não muito vantajosos.

(...) Nessas condições, se o direito não estabelecer um arranjo qualquer pelo qual os efeitos negativos decorrentes da propositura excessiva de ações (externalidade negativa) seja internalizado no custo de quem litiga indevidamente, a consequência será a sobreutilização do Judiciário até a sua destruição. A sobre carga

gerada para o Judiciário será tão grande que o próprio acesso à justiça estará comprometido [...].

Já no julgamento da AC 3637 ED-AgR (suspensão das parcelas da dívida pública do Estado de Rondônia em face da União, em razão de decretação federal de calamidade pública decorrente de desastre natural), o relator Edson Fachin argumentou que não poderia haver aplicação automática dos efeitos do artigo 302, do Código de Processo Civil (que consagra o dever de responder pelo prejuízo causado pela efetivação da tutela de urgência à parte adversa, independentemente da reparação por dano processual), aos entes públicos, pois dever-se-ia também contrabalançar a situação o dever geral de efetividade jurisdicional (artigo 139, inciso IV do CPC), assim argumentando (Brasil, 2019, p. 26-30):

(...) referida efetividade deve levar necessariamente em conta a noção de consequentialismo jurídico positivada no art. 20 do Decreto-Lei 4.657/1942, com o intuito de resguardar a segurança jurídica e o interesse social no exercício da Administração da Justiça.

(...) Na perspectiva consequential e de contexto dialógico emanado em audiências de autocomposição promovidas por este Supremo Tribunal Federal, depreendeu-se imperativa interpretação analógica do art. 5º da Lei Complementar 156, de maneira a fixar prazo e modo para o pagamento de débito estadual decorrente da revogação da tutela de urgência anteriormente deferida pelo Ministro Relator originário do feito.

Isso porque dentro das variadas alternativas interpretativas semanticamente cabíveis no escopo de conferir efetividade jurisdicional, mostra-se aconselhável adotar analogicamente parâmetro razoável formulado pelo Poder Legislativo federal e sancionado pela Presidência da República em sede de lei complementar, diante de equacionamento dos efeitos financeiros suportados pela União em razão do deferimento de tutelas de urgência por este STF em diversos mandados de segurança que visavam discutir a fórmula de juros incidente sobre o crédito público estadual para com o governo federal.

No RE 919793 AgR-ED-EDv (possibilidade de execução de honorários sucumbenciais de maneira proporcional à respectiva fração de cada um dos substituídos processuais em ação com litisconsortes facultativos contra a Fazenda Pública), em voto vencido, o Ministro Luiz Fux

destacou que “sob a perspectiva consequencialista”, deveria se “considerar os efeitos sistêmicos que a decisão a ser proferida neste caso podem produzir, mormente à luz da análise econômica da controvérsia posta em causa” (Brasil, 2019, p. 38). Mais adiante, dentro da disposição de seu voto, criou capítulo próprio com o título “a necessidade de um olhar pragmático-consequencialista” (Brasil, 2019, p. 45-48).

Na ADI 5941/DF, o STF julgou constitucionais os “meios atípicos” de execução, em determinados casos, como a suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte e proibição de participar em concursos públicos ou licitações do executado cível. O fundamento principal foi o critério da proporcionalidade diante da tensão de mandamentos constitucionais (dignidade do devedor *versus* acesso à justiça e efetiva e razoável duração do processo). Todavia, em seu voto, o relator Luiz Fux ressaltou que o magistrado, ao apreciar tais pedidos de medidas atípicas em execução, deve embasar-se em juízos consequencialistas, a teor do artigo 20 da LINDB e também do Decreto nº 9.830/2019 (que regulamenta a LINDB) (Brasil, 2023, p. 6-60).

Por fim, quanto à problemática indagada, a partir da pesquisa jurisprudencial realizada, identificaram-se 60 acórdãos dos órgãos colegiados do STF que mencionaram argumentos consequencialistas, sendo que em 25 deles houve vinculação e referência direta à LINDB. Sob a ótica quantitativa, é possível constatar, pelo menos de momento, um baixo uso²² de argumentações consequencialistas, considerando que o marco temporal (22/10/2018 a 01/07/2023) representa 58 meses, o que indicaria uma média de aproximadamente uma decisão com argumentos consequencialistas por mês.

Igualmente relevante é averiguar, todavia, que o marco da reforma na LINDB (a partir da Lei nº 13.655/18) não é a exclusiva – e nem a principal – responsável por esse resultado, visto que apenas 41,6% das decisões a citam como direta motivação; o que evidencia, paralelamente, que o consequencialismo judicial está (e já estava) conectado aos julgados do STF enquanto princípio argumentativo dentro da hermenêutica jurídica empregada por alguns Ministros, de sorte que a LINDB veio apenas para positivar e reafirmar sua presença.

22 A conclusão acerca do uso quantitativamente baixo de argumentos consequencialistas leva em consideração o fato de o Supremo Tribunal Federal ter proferido, coletivamente, 86.697 decisões entre 2018 a 2023, consoante dados do Programa Corte Aberta, a partir dos seguintes filtros: ano de andamento (2018, 2019, 2020, 2021, 2022 e 2023) tipo de decisão (colegiada) e decisão em tramitação (não) (Brasil, 2023).

5 CONCLUSÃO

Este trabalho teve como foco identificar a definição do consequencialismo judicial, maiormente a partir da doutrina de Neil MacCormick e Diego Arguelhes, sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro por meio da reforma na LINDB (a partir da Lei nº 13.655/18), sua argumentação enquanto princípio da hermenêutica jurídica e sua forma de instrumentalização objetiva nas decisões da jurisdição constitucional; tudo isso para que fosse possível traçar a problemática de pesquisa aqui proposta, isto é, o uso quantitativo dos argumentos consequencialistas após a positivação expressa do consequencialismo judicial na LINDB em 2018.

Assim, inicialmente, consignou-se o entendimento acerca do consequencialismo judicial, definindo-o como o mecanismo de investigação das prognoses prováveis e auferíveis a partir da decisão judicial, com o objetivo de a jurisdição atentar-se aos efeitos práticos dos veredictos. Outrossim, as consequências precisam estar revestidas de objetividade, porque se forem subjetivas estarão na alçada da discricionariedade judicial (conceito que o pós-positivismo almeja combater), sendo passível de escorregar para o solipsismo e, conseqüentemente, ao ativismo do julgador. Para cada tipologia de consequencialismo é possível fazer uso de instrumentos objetivos específicos, como análise econômica do direito (consequências comportamentais e econômicas), audiências públicas e intervenção por *amicus curiae* (consequências sociais) e os métodos de argumentação trazidos pelo Decreto 9.830/19 que regulamentou a LINDB (consequências jurídicas), além das previsões no Código de Processo Civil (artigo 927, § 3º) e a Lei 9.868/99 (artigo 27), quanto à modulação dos efeitos da decisão judicial vinculante.

Antes da reforma na LINDB, em 2018, por meio da Lei nº 13.655/18, havia a presença da construção dos argumentos consequencialistas por meio de argumento de princípio. A partir da entrada em vigor da mudança legislativa, positivou-se (ou reafirmou-se) a necessidade de apreciação das consequências durante a fundamentação do veredito judicial nas situações em que existem valores jurídicos abstratos a serem contrabalanceados na decisão.

Quanto à pesquisa nos julgados do Supremo Tribunal Federal (ressaltando-se que apenas foram selecionados os acórdãos que faziam expressa menção aos elementos-chave para uso de argumentos conse-

quencialistas, estabelecidos na metodologia descrita na introdução), dentro do recorte temporal de 22/10/2018 (entrada em vigor da Lei nº 13.655/18) a 01/07/2023 (marco estabelecido pela pesquisa), identificaram-se 60 acórdãos dos órgãos colegiados do STF que mencionaram argumentos consequencialistas, sendo que em apenas 25 deles houve vinculação e referência direta à LINDB.

Finalmente, e atendendo-se à problemática da pesquisa, conclui-se que, sob a ótica quantitativa, é possível constatar um baixo uso de argumentações consequencialistas por parte do Supremo Tribunal Federal, considerando-se que (1) o marco temporal representa 58 meses, o que indicaria uma média de aproximadamente uma decisão com argumentos consequencialistas por mês, (2) o STF proferiu 86.697 decisões colegiadas entre 2018 a 2023 e (3) apenas 41,6% das decisões selecionadas vincularam a motivação do argumento consequencialista à LINDB. Dessa forma, o levantamento jurisprudencial sugere que o consequencialismo judicial tende a ser mais utilizado enquanto princípio argumentativo dentro da hermenêutica jurídica empregada por alguns Ministros do STF do que necessariamente uma exigência específica da LINDB.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 1009, nov. 2019.

ABDE. **Associação Brasileira de Direito e Economia**: institucional. Disponível em: <https://abde.com.br/institucional>. Acesso em: 03/04/2021.

ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3,

p. 113-144, set./dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/80832>. Acesso em: 21 mar. 2023.

ANDRADE, Fábio Martins de. O consequencialismo, a modulação temporal dos efeitos e o ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal e o Estado de Direito. **Revista dialética de direito tributário**, São Paulo, v. 172, p. 34-43, jan. 2010.

ARGUELHES, Diego Werneck. Argumentação Consequencialista e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização. In: **XIV Encontro Nacional do CONPEDI**, 2005, Fortaleza. Anais do XIV Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2023.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: Teorias da Argumentação Jurídica. 3. Ed. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Landy Editora: São Paulo, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 12, n. 96, p. 5-43, fev./maio 2010. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/230>. Acesso em: 21 mar. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BASILE, Juliano; JAYME, Thiago Vitale. Judiciário favorece aumento de juros, diz Jobim – Entrevista com o ministro Nelson Jobim. **Jornal Valor Econômico**. São Paulo, 13/12/2004. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/NelsonJobim/Entrevistas/2004_dez_13.pdf. Acesso em: 18 ago. 2023.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 7, n. 3, p. 831-858, set./dez. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/XNLtYbV9pZwNPNyS7mHJJs/>. Acesso em: 21 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº. 423, de 05 de outubro de 2021**. Altera a Resolução CNJ no 75/2009, que dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. Brasília, DF: CNJ, 2021a. Disponível em: atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4147. Acesso em: 01 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 16.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 18 mar 2023.

BRASIL. **Programa Corte Aberta**. Supremo Tribunal Federal, 2023. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/corte_aberta/corte_aberta.html. Acesso em: 18 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 5941/DF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OS ARTIGOS 139, IV; 380, PARÁGRAFO ÚNICO; 400, PARÁGRAFO ÚNICO; 403, PARÁGRAFO ÚNICO; 536, CAPUT E §1º E 773, TODOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MEDIDAS COERCITIVAS, INDUTIVAS OU SUB-ROGATÓRIAS (...). Relator: Min. Luiz Fux, 09 de fevereiro de 2023a. **Diário de Justiça eletrônico**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade 3995/DF. DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL DO TRABALHO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DEPÓSITO PRÉVIO EM AÇÃO RESCISÓRIA. ACESSO À JUSTIÇA E AMPLA DEFESA. PROPORCIONALIDADE (...). Relator: Min. Roberto Barroso, 13 de dezembro de 2018b. **Diário de Justiça eletrônico**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental na Ação Cível Originária 2894/DF. AGRAVO EM AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO E EDUCACIONAL. INVESTIMENTO MÍNIMO DE 25% DAS RECEITAS PROVENIENTES DE IMPOSTOS NA MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO (CF, art. 212) (...). Rela-

tor: Min. Rosa Weber, 15 de setembro de 2021b. **Diário de Justiça eletrônico**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Declaração na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 915/MG. **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONVOCAÇÃO DE PROFESSORES SEM CONCURSO PÚBLICO. ARTS. 116, II, 117 E 125 A 128, DA LEI 7.109/1977, E ART. 38 DA LEI 9.381/1986. DECRETO 48.109/2020 E RESOLUÇÃO SEE 4.475/2021, TODOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS (...)**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 16 de agosto de 2022. **Diário de Justiça eletrônico**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 919793/RS. (...) Constitucional e Processual. Regra do art. 100, § 8º, da CF. Litisconsórcio ativo facultativo. Honorários advocatícios. Crédito autônomo, uno e indiviso fixado de forma global. Execução proporcional à fração de cada litisconsorte. Impossibilidade. Embargos de divergência providos. (...) Relator: Min. Dias Toffoli, 07 de fevereiro de 2019. **Diário de Justiça eletrônico**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 126292/SP. CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE (...). Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. **Diário de Justiça eletrônico**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pleno - Julgamento de ação contra reforma trabalhista é suspenso**. 2018c. (01h53m19s). Disponível em: <https://youtu.be/dgQgvCso2jk>. Acesso em: 16 mar 2021.

CALABRESI, Guido. **The Future of Law and Economics**. New Haven: Yale University Press, 2016.

CAMERER, Colin. Behavioral economics: Reunifying psychology and economics. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, v. 96, n. 19, p. 10575-10577, 1999.

COASE, Ronald Harry. **The firm, the market and the law**. The University of Chicago Press: Chicago, 1990.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6ª. ed. Boston: Pearson Education, 2016.

FUX, Luiz. Prefácio. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direito e Economia no Brasil**: estudos sobre a análise econômica do direito. 3ª. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77650>. Acesso em: 22 fev. 2023.

KRECKÉ, Elisabeth. Economic analysis and legal pragmatism. **International Review of Law and Economics**, v. 23, p. 421–443, 2004. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0144818803000577>. Acesso em: 22 fev. 2023.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**: reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **O Amicus Curiae e o Supremo Tribunal Federal**: fundamentos teóricos e análises críticas. Curitiba: Multideia, 2014.

LUBAN, David. Justice Holmes and the metaphysics of judicial restraint. **Duke Law Journal**, Durham, v. 44, p. 449-523, 1994.

MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003.

MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da crise**: uma perspectiva pragmática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MILLER, Geoffrey P. Law and Economics versus Economic Analysis of Law. **American Bankruptcy Institute Law Review**, Alexandria, v. 19, p. 459-470, 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1804920. Acesso em: 22 fev. 2023.

MOTTA, Fabrício. **LINDB no direito público**: Lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 9ª. ed. New York: Wolters Kluwer, 2014.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito, Justiça e Eficiência**: a perspectiva de Richard Posner. [S.l.]: Fundação Getúlio Vargas, 2008. Disponível em: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/. Acesso em 22 fev. 2023.

SCHANOSKI, Daiana El Omairi; BURGATH, Odilon Rogério; CHAICOSKI, Simone Alexandra Damas. O consequencialismo jurídico e os reflexos de sua utilização na sociedade brasileira. In: PINHEIRO, Armando Castelar (coord.). **Temas em direito e economia do trabalho**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (org.).

Separação de poderes e efetividade do sistema tributário. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil:** como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 2ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BIENES SUPRAINDIVIDUALES Y ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PROPUESTA REGLAMENTARIA

ROSA MARÍA DÍAZ LÓPEZ¹

1 INTRODUCCIÓN

Durante el mes de diciembre de 2019, en Wuhan, República Popular de China se identificó por primera vez el virus SARS-CoV-2, también denominado COVID-19. Al ser una enfermedad atípica y catalogada por el personal médico oriental como neumonía desconocida, aquel país tomó diversas medidas que llevaron al confinamiento total de los habitantes de esa ciudad.

Con el paso de las semanas, el virus se extendió al resto del país y pronto se identificaron más casos en el mundo; el 27 de febrero de 2020 se identificó el primer caso de COVID-19 en la República Mexicana, y meses después, el Gobierno Federal y los Gobiernos de las Entidades Federativas declaraban el cierre de “negocios no esenciales” y medidas de confinamiento para evitar la propagación del virus.

1 Licenciada, Maestra y Doctora en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Estudios de Posgrado en Derecho en la Universidad de Nottingham en Gran Bretaña. Investigadora en el Sistema Nacional de Investigadores (SNI-Nivel 1), Investigador Titular en el Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica (CITEJYC) de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), Catedrática en el área de Posgrado de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL. Profesora visitante en la Université de Lille en Francia. Autora de más de 10 libros, entre los que destacan ; *El Ombudsman de la salud en México*, Primera y Segunda Edición ; así como *La CONAMED y los derechos de los médicos ante la contingencia por COVID-19*, ambos por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; *Derecho Procesal Ambiental* , por la Editorial Tirant lo Blanch, entre otros. Correo electrónico: rosy4343@hotmail.com

Debido a la pandemia originada por este virus, quedaron de manifiesto las deficiencias legales y administrativas del Gobierno Federal y de los Gobiernos Locales, puesto que, en algunos casos, se violentaron derechos y prerrogativas ciudadanas con el fin de impedir el ejercicio del derecho de tránsito, de reunión y de trabajo.

Por otro lado, diversos sectores empresariales se vieron afectados por estas medidas de restricción, ya que diversos decretos les obligaron a limitar y, en el peor de los casos, cesar sus operaciones. La restricción o suspensión de derechos y las garantías que fuesen un obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a determinada situación, como una invasión, la perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto en lugar determinado o en todo el país es una facultad del Ejecutivo Federal que descansa en el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, previa aprobación del Congreso de la Unión.

Sin embargo, tal dispositivo constitucional resulta imperfecto, puesto que no prevé los procedimientos para llevar a cabo el levantamiento de las medidas de restricción y, en consecuencia, tampoco se prevé la reparación integral del daño a los gobernados por la limitación o suspensión al ejercicio de sus derechos y garantías posterior a la conclusión del evento que originó tal situación.

Esta misma deficiencia la observamos en el artículo 89 de la Carta Magna, ya que en el descansan las facultades y obligaciones del Ejecutivo Federal, sin embargo, ninguna de ellas establece una obligación tendiente a reparar el daño causado por el propio ejercicio de las facultades u obligaciones del presidente de los Estados Unidos Mexicanos.

Es decir, en el caso que nos ocupa, una vez que las medidas de carácter restrictivo o suspensivo se extinguen, el Ejecutivo Federal tiene absoluta discreción para ejercer o no una acción tendiente a reparar las pérdidas económicas, materiales, y/o humanas, lo que conlleva a una lesión grave, flagrante y directa a los derechos humanos de los gobernados, así como un daño irreparable a la sustentabilidad económica de las micro, pequeñas, medianas y grandes empresas.

Por lo tanto, primeramente se describirá la suspensión de derechos y garantías en la República Mexicana, desde una perspectiva que busca analizar el génesis de esta facultad, los requisitos legales que se de-

ben cumplir, y la facultad del Ejecutivo Federal para decidir qué derecho suspender y en dónde realizarlo. Posteriormente, el lector podrá analizar los antecedentes del artículo 29 Constitucional, así como las lagunas legales que se originan de su contenido y la práctica ilegal de suspender derechos y garantías por parte de los Gobernadores de los Estados que conforman la República Mexicana.

Con base en lo anterior, se analizará la propuesta de Ley Reglamentaria del Artículo 29 Constitucional, iniciando con un recuento de las iniciativas presentadas en legislaturas anteriores para lograr este objetivo, la necesidad de reglamentar tal dispositivo y un análisis técnico-jurídico de la pandemia causada por el COVID- 19 que nos obliga a replantear este tema en el foro de debate del Congreso de la Unión.

Se pretende que este trabajo sea un proyecto que demuestre la urgente necesidad de que Diputados Federales y Senadores discutan lo que deberá ser la Ley Reglamentaria del Artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como un mecanismo jurídico para acotar la facultad discrecional del Ejecutivo Federal frente a eventos catastróficos y como un cuerpo normativo que vigile, procure y atienda las necesidades de los comerciantes para reactivar la economía nacional o local, según sea el caso.

2 GÉNESIS DEL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Una joven República Mexicana, con apenas 33 años de independencia, después de que se consumara la misma el 27 de septiembre de 1824, dio pie a la creación de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada y jurada por el Congreso General Constituyente el día 5 de febrero de 1857.

Esta Constitución, la que dio origen al artículo 29, que descansaba en el Título I, Sección I, “De los Derechos del Hombre”, dispositivo , que señalaba lo siguiente:

Artículo. 29. En casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o cualesquiera otros que pongan a la sociedad en gran peligro o conflicto, solamente el Presidente de la República, de acuerdo con el Consejo de Ministros y con aprobación del Con-

greso de la Unión, y en los recesos de éste, de la diputación permanente, puede suspender las garantías otorgadas en esta Constitución, con excepción de las que aseguran la vida del hombre; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la supresión pueda contraerse a determinado individuo.

Si la suspensión tuviere lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación. Si la suspensión se verificase en tiempo de receso, la diputación permanente convocará sin demora al Congreso para que las acuerde²

De dicho texto constitucional se manifiesta la necesidad del Estado Mexicano por facultar al Presidente de la República para suspender las garantías otorgadas en tal Constitución, con la única excepción de salvaguardar las que aseguran la vida del hombre; sin embargo, dicha Ley Fundamental no reconocía literalmente en un artículo o sección tales garantías.

Tal dispositivo legal se mantuvo intacto tras la publicación del día 5 de febrero de 1917 en el Diario Oficial de la Federación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reformaba la del 5 de febrero de 1857, y que representaba la positivización de los reclamos y causas sociales que llevaron al pueblo mexicano a la Revolución.

2.1 Reformas al artículo 29 de la constitución política de los estados unidos mexicanos de 1917

Tuvieron que pasar más de siete décadas para que el artículo 29 Constitucional sufriera cambios en su contenido, puesto que el 29 de abril de 1981, se publicaba en el Diario Oficial de la Federación el Decreto que reformaba dicho dispositivo constitucional, para quedar de la siguiente manera:

Art. 29.- En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquiera otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de los Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y en

² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1857.

los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país, o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente, a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo.

Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación. Si la suspensión se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde³.

Así, el cambio sustancial de esta reforma es que se consideró como requisito constitucional el contar con el acuerdo de los titulares de diversos cargos de la Administración Pública Federal para solicitar la aprobación del Congreso en relación a la suspensión de garantías.

La segunda reforma a este artículo ocurrió mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 2 de agosto de 2007, por el cual se retira la necesidad de acordar con los Departamentos Administrativos, puesto que para dicha fecha la mayoría de estos ya habían sido elevados al rango de Secretarías de Estado, y otros, se habían extinguido.

Años después, derivado de múltiples violaciones en materia de Derechos Humanos, el Estado Mexicano fue acreedor a diversas sanciones impuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que el Ejecutivo Federal y el Congreso de la Unión se vieron en la necesidad de encausar una serie de reformas para garantizar el reconocimiento de dichos derechos, así como su tutela por el propio Estado.

Este paquete de reformas se vio reflejado en el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de junio de 2011, mediante el cual se modifica la denominación del Capítulo Idel Título Primero de nuestra Ley Fundamental, y entre otros artículos, reforma el primer párrafo y adiciona el segundo, tercer, cuarto y quinto párrafo del 29 Constitucional.

Esta reforma, que a simple vista parecía únicamente un cambio de denominación, implicó un trasfondo legal mayor, puesto que México migró de ser un Estado que creaba derechos, a uno que reconoce dere-

3 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917.

chos preexistentes y que se encuentran adheridos a las personas por el simple hecho de ser seres humanos.

Esta transformación de la perspectiva con la que un Estado tutela las prerrogativas de las personas dejó atrás el modelo que permaneció por más de un siglo, mediante el cual se otorgaban garantías individuales, y que al 2011 se volvieron Derechos Humanos. El artículo 29 de nuestra Ley Fundamental quedó escrito de la siguiente manera:

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde. En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administra-

tivas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión. Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez⁴.

El primer cambio trascendental del artículo 29 derivado de la reforma en comento, fue el hecho de adoptar la denominación de derechos y garantías, sin embargo, el mismo artículo contiene en su párrafo segundo los derechos que no podrán restringirse, esto en atención a la limitante de restricción prevista en el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual el Estado Mexicano forma parte.

De la misma manera, y por dicha restricción de corte internacional, el párrafo tercero adhiere una serie de requisitos constitucionales que debe contener el decreto de suspensión, como lo es el estar debidamente fundado y motivado, ser proporcional, y observando diversos principios generales del Derecho.

Por último, los párrafos 4 y 5, prevén la intervención del Congreso de la Unión para revocar la restricción o suspensión, y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que deberá pronunciarse sobre la constitucionalidad y validez del decreto que restrinja o suspenda derechos.

2.2. Contenido vigente del artículo 29 de la constitución política de los estados unidos mexicanos de 1917

Para concluir con los antecedentes históricos del artículo 29 Constitucional, debemos ubicarnos en el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de febrero de 2014, mediante el cual se reformó el primer párrafo de dicho dispositivo constitucional.

Cabe hacer mención que el cambio derivado de este trabajo legislativo retiró la necesidad de contar el con acuerdo de los Titulares de las Secretarías de Estado y de la Procuraduría General de la República para solicitar la autorización al Congreso para restringir o suspender derechos

4 Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 2011.

y garantías, lo que permite al Ejecutivo conservar esa facultad discrecional sin necesidad de ocurrir ante otras autoridades administrativas.

El texto se mantuvo íntegro en los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto, únicamente modificándose el párrafo primero, quedando como se lee a continuación:

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde⁵.

3. GENERALIDADES DE LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS EN MÉXICO

3.1 Génesis teórica de la suspensión de derechos y garantías

La facultad de suspender Derechos y Garantías en toda la República Mexicana o en un lugar de determinado de ésta es el Ejecutivo Federal con aprobación del Congreso de la Unión y revisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta facultad surge derivada de dos sentencias de un Estado, la primera nos recuerda al contrato social como base de un Estado, tal y como lo afirma Juan Jacobo Rousseau (1762): “No hay más que un contrato en el Estado, que es el de la asociación, y éste excluye todos los de-

5 Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política-electoral, 2014.

más”; es decir, conferimos esta facultad a la autoridad administrativa por el hecho de estar asociados y formalizados como un Estado, de acuerdo con nuestras leyes.

La segunda sentencia tiene que ver con la actividad financiera del Estado, que comprende la obtención de recursos, la administración de éstos y concluye con la erogación mediante el ejercicio del gasto público.

Como bien señala Héctor B. Villegas: “Así como el Estado es el sujeto de la actividad financiera, se hallan sometidas a su autoridad las personas y entidades nacionales y extranjeras vinculadas por razones de pertenencia política, económica y social” (Villegas, 2001).

Así, cuando nos referimos a la génesis teórica del artículo 29 de la Constitución Federal nos debemos de ubicar en el contrato social y la actividad financiera del Estado, pues son estas dos premisas las que dan vida al dispositivo constitucional en mención.

Como advertimos, el contrato social es la causa de que una sociedad se vea limitada por cuerpos normativos y sistemas de gobierno para convivir en armonía; para llegar a esta última es necesario que el Estado se haga de los recursos necesarios para cubrir las necesidades y causas sociales.

El artículo 29 de la Carta Magna nos presenta la hipótesis de un hecho insólito que podría presentar un grave peligro para la sociedad, y lo que se concluye como peligroso para un grupo de personas, se considera peligroso para que estos obtengan recursos; en otras palabras, en la medida que un hecho significa un riesgo inminente para la sociedad, también se vuelve riesgoso para que éstos y, en consecuencia el Estado, se haga de recursos para cubrir sus necesidades.

De ahí que el contrato social obliga al Estado a proteger a la sociedad de cualquier peligro, aun y cuando esto implique una recaudación menor de ingresos, puesto que sin sociedad no hay Estado.

Por ello, resultó imperioso que, en la Ley Fundamental de 1857, los legisladores previeran la positivización de un artículo como lo es el 29 Constitucional, puesto que este no solo garantiza al Estado el tener el control de la sociedad frente a una crisis, también les permite a los individuos el estar protegidos por el propio Estado.

3.2 Requisitos legales para suspender derechos y garantías

Es claro que como cualquier acto de autoridad para ejecutar la suspensión de un derecho y/o garantía derivada del primero, es necesario cumplir con una serie de requisitos de forma y de fondo con los que se pueda calificar de legal dicho acto⁶.

Así, todo acto realizado por una autoridad debe atender a la formalidad descrita en el 16 de la Ley Fundamental, y en el caso que nos ocupa, no solo podemos ceñirnos a dicho dispositivo constitucional, sino que, además, debemos atender a la serie de requisitos previstos en el 29 de la Constitución Federal.

En ese sentido, para realizar un análisis de la constitucionalidad de una suspensión de derechos debemos equiparar ambos artículos para verificar que se cumple la totalidad de requisitos de ambos artículos.

Así, el artículo 16 de la Constitución nos refiere en un primer momento que todo acto de molestia debe constar en mandamiento escrito de la autoridad competente; de tal modo, el artículo 29 de la misma, señala que únicamente el presidente de los Estados Unidos Mexicanos podrá restringir o suspender en todo el país o lugar determinado el ejercicio de los derechos y garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a una situación que altere gravemente la paz pública.

Sin embargo, no podemos concluir que se encuentra colmada la obligación señalada en el 16 Constitucional con la participación del Ejecutivo Federal, puesto que el 29 nos señala que deberá mediar la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando el primero no se encuentre reunido.

Esta cláusula constitucional, habilita al Poder Legislativo para que estudie, analice y determine aprobar o no la iniciativa de decreto para suspender derechos y/o garantías, con ello, se asegura que dicha facultad no lesione o invada la esfera de derechos de los gobernados de manera excesiva o ilegal, puesto que, atendiendo al principio de la división de poderes de Montesquieu la Cámara de Diputados y la de Senadores podrán evaluar la propuesta hecha por el Ejecutivo.

6 Tesis : 260, Apéndice de 1995, Séptima Época, Segunda Sala, Tomo VI, Parte SCJN, pág. 175.

Siguiendo la premisa de la división de poderes, la Suprema Corte de Justicia de la Nación también se encuentra habilitada por el 29 Constitucional para revisar de oficio e inmediatamente los decretos expedidos por el Ejecutivo Federal durante la restricción o suspensión de derechos y/o garantías; dicha medida resulta útil dado las condiciones en las que se encuentre el Congreso de la Unión, es decir, si se cuenta con una mayoría de Diputados y Senadores adeptos al Ejecutivo Federal que no representen un equilibrio entre Poderes del Estado, será la Suprema Corte quien determine la legalidad de los decretos que se expidan durante el tiempo que dure dicha medida.

Así, para cumplir el requisito del acto emitido por autoridad competente en caso de la hipótesis prevista en el 29 de la Ley Fundamental, hablamos de que este debe ser emitido por el Ejecutivo Federal, aprobado por el Congreso de la Unión y revisado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

De igual manera, el mismo 16 Constitucional nos refiere que además de satisfacer el acto de autoridad por mandamiento escrito, este debe fundar y motivar la causa legal del procedimiento; en ese sentido, el 29 de la Ley Fundamental nos dice que la suspensión de derechos y/o garantías únicamente puede ocurrir en los siguientes casos:

- I. Invasión.
- II. Perturbación grave de la paz pública.
- III. Cualquier otro caso que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.

De tal manera, la causa legal se encuentra prevista en el texto constitucional, pero, aunado a ello, el acto de molestia debe fundarse y motivarse, es decir, la autoridad debe demostrar la necesidad de suspender derechos basada en los casos señalados en el párrafo anterior.

Es así, como el 29 de la Carta Magna nos dice que los derechos se podrán restringir en todo el país o en lugar determinado cuando fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; en otras palabras, no podemos hablar de una suspensión basada exclusivamente en la situación, sino que estos se deben limitar cuando su goce y ejercicio impida que la autoridad pueda devolver el orden y la paz pública.

Asimismo, el mismo texto constitucional impide al Ejecutivo Federal restringir o suspender el ejercicio de derechos como:

la no discriminación, reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección de la familia al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos⁷.

Esta cláusula prohibitoria, constituye una restricción de derecho interno y de derecho internacional, puesto que tal prohibición se encuentra establecida en el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, misma de la cual el Estado Mexicano forma parte y ha ratificado su observancia.

Aunado a lo anterior, el párrafo tercero del 29 Constitucional establece la obligación de fundar y motivar la causa en los términos establecidos por la misma Ley Fundamental, siendo proporcional al peligro al que se hace frente, *observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación*⁸.

Por lo anterior, podemos afirmar que, para dar cumplimiento al segundo requisito del 16 Constitucional en un caso de suspensión de derechos, el hecho que requiera dicha medida debe ser:

- I. Una situación que represente un grave peligro para la sociedad en todo el país o lugar determinado.
- II. Para solventar dicha situación se deben suspender proporcionalmente los derechos que impidan volver al orden, obligando al Ejecutivo a no tratar de limitar derechos reconocidos en el 29 Constitucional y en el 27 de la Convención Americana.
- III. Se debe atender a principios generales del derecho, ya que sin apego a estos no se puede calificar de legal dicha medida.

7 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

8 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De tal manera, el procedimiento previsto en el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos debe atender a los requisitos legales previstos en el artículo 16 de la misma, puesto que, al ser un acto de autoridad, debe colmar las cláusulas contenidas en el texto constitucional, ya que, en caso contrario, dicho acto carecería de fundamentación y motivación.

3.3 La facultad para suspender derechos y garantías frente a la pandemia originada por el virus conocido como Sars-Cov-2 (Covid-19)

Como lo señalamos en párrafos anteriores, es el Ejecutivo Federal, con aprobación del Congreso de la Unión y revisado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien puede determinar una suspensión de derecho y/o garantías en todo el país o en lugar determinado de éste.

Esta facultad, conferida con el artículo 29 Constitucional contiene una doble cláusula, la primera se refiere a la exclusividad del Ejecutivo para suspender derechos y, la segunda, una limitante para los Gobernadores y Presidentes Municipales.

Esta exclusividad y prohibición se encuentra sustentada en el artículo 40, y el párrafo primero del artículo 41 de nuestra Carta Magna, toda vez que nuestro país está constituida como una *República representativa, democrática, laica y federal*,⁹ conformado por Estados y la Ciudad de México, quienes tienen esferas de competencia de acuerdo a regímenes interiores, pero sus Constituciones no podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal, es decir de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En tal orden de ideas, las Constituciones Locales deben establecer tal limitante, puesto que los Gobernadores y los Presidentes Municipales carecen de dicha facultad, toda vez que la Constitución Federal no les otorga prerrogativa alguna para suspender derechos y/o garantías, aún y cuando ostentan el cargo de mayor jerarquía dentro de la administración estatal y municipal respectivamente.

Tal situación la podemos comprobar con base en la siguiente tabla:

9 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Tabla 2. Estados que prevén en sus Constituciones Locales suspensión de derechos y/o garantías conforme a la Constitución Federal. Elaboración propia.

RELACIÓN DE ESTADOS QUE PREVÉN EN SUS CONSTITUCIONES LOCALES SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y/O GARANTÍAS CONFORME A LA CONSTITUCION FEDERAL.			
Estados	¿Prevé expresamente suspensión de derechos conforme a la CPEUM?	¿Bajo interpretación se prevé suspensión de derechos conforme a la CPEUM?	Artículo de la Constitución Local que la establece
Aguas calientes	Sí		Artículo 2
Baja California	Sí		Artículo 7
Baja California Sur	Sí		Artículo 7
Campeche		Sí	Artículo 6
Ciudad de México	Sí		Artículo 1
Coahuila	Sí		Artículo 7
Colima	Sí		Artículo 1
Chiapas	Sí		Artículo 3
Chihuahua		Sí	Artículo 4
Durango		Sí	Artículos 1 y 2
Estado de México	Sí		Artículo 5
Guanajuato	Sí		Artículo 1
Guerrero		Sí	Artículos 3 y 4
Hidalgo	Sí		Artículo 4
Jalisco		Sí	Artículo 4
Michoacán	Sí		Artículo 1
Morelos		Sí	Artículo 1 Bis
Nayarit		Sí	Artículo 7
Nuevo León	Sí		Artículo 1
Oaxaca	Sí		Artículo 1
Puebla	Sí		Artículo 7
Querétaro		Sí	Artículo 2
Quintana Roo	Sí		Artículo 12
San Luis Potosí		Sí	Artículo 2

→

RELACIÓN DE ESTADOS QUE PREVÉN EN SUS CONSTITUCIONES LOCALES SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y/O GARANTÍAS CONFORME A LA CONSTITUCION FEDERAL.			
Estados	¿Prevé expresamente suspensión de derechos conforme a la CPEUM?	¿Bajo interpretación se prevé suspensión de derechos conforme a la CPEUM?	Artículo de la Constitución Local que la establece
Sinaloa		Sí	Artículo 4 Bis
Sonora	Sí		Artículo 1
Tabasco		Sí	Artículo 2
Tamaulipas	Sí		Artículo 16
Tlaxcala		Sí	Artículo 1
Veracruz		Sí	Artículo 4
Yucatán	Sí		Artículo 1
Zacatecas	Sí		Artículo 21

Como podemos observar, 19 Estados establecen expresamente en sus Constituciones Locales la facultad de suspender derechos conforme al texto establecido en la Constitución Federal, los 13 Estados restantes no contemplan de manera expresa tal disposición, pero si cuentan con un dispositivo sujeto a interpretación que se puede emplear para sujetarse al texto Constitucional. Sin embargo, derivado de la pandemia generada por el VIRUS SARS-CoV2, diversas entidades federativas del país realizaron acciones extraordinarias para contener el número de casos activos de dicha enfermedad; por citar un ejemplo, el domingo 29 de marzo de 2020, se publicó en el Periodo Oficial del Estado de Tamaulipas, el Decreto Gubernamental mediante el cual se dictan medidas de seguridad sanitaria para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el VIRUS SARS-CoV2 (COVID-19) en el Estado Libre y Soberano de Tamaulipas, mismo que en su artículo primero señala que tiene como objeto declarar diversas medidas de seguridad sanitaria en dicho Estado, en materia de salubridad general, para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19).

Dicha acción resulta una violación clara al texto constitucional puesto que el 29 de la Ley Fundamental no faculta a los Gobernadores de los Estados para tomar medidas como las que se establecieron en dicho Decreto Gubernamental.

Dicho documento legal, establece en su artículo segundo, fracción V que:

La Secretaría de Salud, el Organismo Público Descentralizado Servicios de Salud de Tamaulipas, así como a la Secretaría de Administración del Estado de Tamaulipas, podrán implementar de manera urgente e inmediata las acciones extraordinarias siguientes:
V. Ordenar y ejecutar el aislamiento, cuarentena o la observación de personas, así como la suspensión de trabajos y servicios, según estime necesario¹⁰.

Así pues, resulta alarmante que el Ejecutivo Local faculte a dos Secretarías de Estado para ejecutar una acción como el aislamiento, puesto que es una facultad que esta fuera de su esfera de competencias y que viola directamente Derechos Humanos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y diversos Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos de los cuales el Estado Mexicano forma parte.

De tal manera, pese a que no existe una facultad expresa o implícita para que los Gobernadores de las entidades federativas emitan acciones que limiten o suspendan derechos humanos y/o sus garantías, en la realidad tal situación se ve materializada, como el caso en comento, desatendiendo por completo principios fundamentales en materia de Derecho Público.

10 Decreto Gubernamental mediante el cual se dictan medidas de seguridad sanitaria para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el VIRUS SARS-CoV2 (COVID-19) en el Estado Libre y Soberano de Tamaulipas, 2020.

4 ANÁLISIS Y ESTUDIO DEL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS FRENTE AL CÓDIGO DE COMERCIO Y EL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN

4.1 Facultad constitucional y libertad de profesión y comercio

Al señalar que hay una Ley Reglamentaria del artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es deber demostrar que el texto legal existente carece de las características necesarias para proteger a las personas frente a la hipótesis establecida en dicho dispositivo constitucional.

Así, cuando hablamos de medidas de restricción o suspensión de derechos y/o garantías que afectan la economía, podemos referirnos principalmente a aquellas acciones que impidan el comercio o el ejercicio de profesión legal alguna que sea renumerada, hecho que no se establece como imposible, toda vez que no se encuentra dentro del catálogo previsto en el párrafo segundo del artículo 29 constitucional.

En tal sentido, al referirnos a medidas de restricción o suspensión de este tipo resulta imprescindible observar el contenido de diversos dispositivos legales que sirven de sustento para demostrar que es necesaria una norma reglamentaria del artículo en comento.

Así pues, dentro del orden constitucional se establecen Derechos Humanos que pueden suspenderse por acción o procedimiento legal, como es el caso del ejercicio libre de *profesión, industria, comercio o trabajo siempre y cuando estos sean lícitos*¹¹, hecho que descansa en el artículo 5 de nuestra Carta Magna, pero que también prevé que tal prerrogativa puede suspenderse por resolución gubernativa. En consecuencia, ambos dispositivos concuerdan con el supuesto previsto en el artículo 29 de nuestra Carta Magna, pues de manera armónica se reconoce que se pueden impedir actividades de naturaleza económica como el ejercicio de la profesión y el comercio por decisión de la autoridad administrativa o porque una ley lo prohíba.

En el marco de la esfera de competencia del Ejecutivo Federal para suspender prerrogativas ciudadanas podemos ubicarnos en el ar-

11 Ibidem.

título 89 de la Carta Magna, mismo que establece las facultades y obligaciones de dicha autoridad que en su fracción I señala que el Ejecutivo “tiene la obligación de ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia¹²”; sin embargo, tal dispositivo no contempla establecer medidas de reparación del daño o medidas que estimulen a la economía una vez que el decreto de suspensión de derechos haya perdido vigencia.

Ahora bien, si el artículo en comento reconoce la facultad y obligación de la máxima autoridad administrativa para reglamentar las leyes vigentes resultaría útil que existiese una Ley Reglamentaria del ya señalado artículo 29 Constitucional, puesto que del contenido actual del mismo no se desprende que el Ejecutivo tenga obligación alguna para resarcir las pérdidas o daños ocasionados por decisiones administrativas que impidan el ejercicio de profesión o comercio legal alguno.

En otras palabras, los citados artículos reconocen que los gobernados pueden verse limitados en sus derechos y/o garantías derivado de que el Congreso de la Unión concede al Ejecutivo Federal, mediante una cláusula habilitante, la facultad de restringir el ejercicio de una prerrogativa humana como la libertad de trabajo, profesión o comercio lícito.

De lo anterior, es evidente que la limitación de derechos se encuentra sustentada únicamente para acotar el ejercicio de una prerrogativa humana, pero no así para establecer medidas que reparen el daño ocasionado por tal restricción, por ello también es evidente que se requiere de un marco normativo que regule por completo esta facultad del Ejecutivo Federal, la cual no solo determine el procedimiento para suspender un derecho y/o garantía, sino que reconozca el procedimiento para subsanar los daños ocasionados.

4.2 Resoluciones de carácter general como medida resarcitoria ante la facultad que descansa en el artículo 29 de la constitución política de los estados unidos mexicanos

El artículo 39, fracción I del Código Fiscal de la Federación otorga al Ejecutivo Federal la facultad de:

12 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2021.

Con donar o eximir, total o parcialmente, el pago de contribuciones y sus accesorios, autorizar su pago a plazo, diferido o en parcialidades, cuando se haya afectado o trate de impedir que se afecte la situación de algún lugar o región del país, una rama de actividad, la producción o venta de productos, o la realización de una actividad, así como en casos de catástrofes sufridas por fenómenos meteorológicos, plagas o epidemias¹³.

De igual manera el artículo 5 del Código de Comercio señala lo siguiente:

Toda persona que, según las leyes comunes, es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio ,tiene capacidad legal para ejercerlo¹⁴.

Esta misma deriva de la facultad constitucional que descansa en el artículo 89, Fracción I de nuestra Carta Magna, misma que establece que el Ejecutivo deberá ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia. Sin embargo, no podemos hablar de una obligación a cargo de la autoridad, puesto que nos encontramos ante una cláusula habilitante y no una obligación.

En otras palabras, el Ejecutivo Federal puede o no emitir Resoluciones de Carácter General toda vez que el artículo 39 del Código Fiscal de la Federación le concede la potestad de decidir por determinación del Congreso de la Unión al habilitara la autoridad administrativa “*para hacer frente a situaciones determinadas y altamente especializadas.*”¹⁵

Así, aun y cuando nos encontremos ante una situación que requiera de acciones gubernativas de naturaleza legislativa, será el propio Ejecutivo Federal el que decida ejecutar sus facultades o no hacerlo, de ahí que pese a que el multicitado artículo reconozca que se pueden establecer medidas para afrontar una situación extraordinaria, esta no tiene la naturaleza de una prerrogativa para el contribuyente, puesto que no se reconoce a la misma como un derecho de estos, o una obligación de la autoridad fiscalizadora, derivado del uso del vocablo *podrá* en el texto legal referido.

13 Código Fiscal de la Federación.

14 Código de Comercio, 2021.

15 Código Fiscal de la Federación,

Si equiparamos los supuestos establecidos en el artículo 29 de nuestra Ley Fundamental con el artículo 39, fracción I del Código Fiscal de la Federación atendiendo a los artículos 5 de la propia Constitución y 5 del Código de Comercio nos encontramos ante una atmósfera legalmente compatible, que en su conjunto reconocen una doble facultad de la autoridad administrativa, pero no de una prerrogativa para el gobernado.

En primer momento encontramos que el Ejecutivo Federal puede suspender el derecho al ejercicio libre del comercio o profesión alguna siempre y cuando dicha acción sea para hacer frente a una situación que altere gravemente el orden y/o la paz pública, afectando principalmente al gobernado en calidad de contribuyente por dos situaciones.

Lo anterior se debe a que el Ejecutivo Federal puede establecer medidas en favor del contribuyente mediante Resoluciones de Carácter General durante la suspensión de derechos y/o garantías, así como también lo puede hacer una vez que el Decreto por el cual se hayan suspendido las prerrogativas ciudadanas haya perdido su vigencia. Sin embargo, en ambos casos, puede que la propia autoridad administrativa decida no realizar acción alguna.

Así pues, pese a que el espíritu del artículo 39, fracción I del Código Fiscal de la Federación es el de disminuir la afectación que pueda tener el contribuyente por una situación extraordinaria que afecte el ejercicio de una actividad de naturaleza económica, este carece de exigibilidad toda vez que su contenido deriva de una cláusula habilitante y no de un Derecho Humano.

De ahí que resulta indispensable tomar la esencia del mencionado dispositivo legal para formar una Ley Reglamentaria del artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que su contenido es ideal como medida legal para subsanar daños o rehabilitar derechos.

5. EL DESARROLLO PROGRESIVO Y SU RELACIÓN CON LA SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS

El artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, espe-

cialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados¹⁶.

En tal orden de ideas, el instrumento legal referido en dicho dispositivo establece en su artículo 31 que los Estados Miembros convienen en dedicar sus máximos esfuerzos para cumplir, entre otras metas, “*sistemas impositivos adecuados y equitativos*¹⁷” y “*salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos*¹⁸.”

Es decir, la Carta de la Organización de los Estados Americanos reconoce el derecho que las personas a contar con sistemas tributarios no excesivos, y un régimen laboral ordenado que privilegie el salario justo, oportunidades de trabajo y condiciones laborales adecuadas. De ahí que, el ejercicio del comercio o profesión legal se encuentran protegidos por estos instrumentos internacionales.

Si encontramos el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos frente al artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y subsecuentemente con el artículo 31 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, resulta evidente que no se está cumpliendo en la normatividad mexicana con los derechos consagrados en los instrumentos internacionales señalados.

Es decir, si del ejercicio de la facultad contenida en el artículo 29 Constitucional se suspenden derechos y/o garantías que impidan el comercio o la profesión lícita, pero no se prevé una reducción de contribuciones o modificación de los derechos y obligaciones dentro de las relaciones laborales estamos ante un incumplimiento del Desarrollo Progresivo.

En otras palabras, los sistemas normativos de los Estados Parte de la Organización de los Estados Americanos pueden establecer restricciones de derechos de las personas siempre y cuando estas limitantes se

16 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1981.

17 Protocolo de Buenos Aires, 1967.

18 *Ibidem*.

encuentren acompañadas de una disminución de obligaciones o cargas para la colectividad a la cual se va a afectar.

Si estudiamos la concordancia de los citados instrumentos internacionales con el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos bajo la lupa del artículo 133 de la propia Carga Magna, nos encontramos que estos cuerpos normativos si cuentan con la calidad de Ley Suprema puesto que no contrarían los principios ni los derechos reconocidos en nuestra Ley Fundamental.

Por ello, la Ley Reglamentaria del artículo 29 de nuestra Carta Magna debe descansar en el espíritu de la reforma en materia de Derechos Humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 y también en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esto es así porque el citado artículo señala que las providencias para la protección de los derechos contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos deberán ser por vía legislativa u otros medios apropiados.

De misma forma, la reforma señalada estableció en su transitorio cuarto que

El Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del artículo 29 constitucional en materia de suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías, en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto¹⁹.

Acto que no se ha cumplido y que, por ende, resulta una clara violación al Desarrollo Progresivo que descansa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así pues, la reglamentación del artículo 29 de la Carta Magna debe tener dos vertientes, la primera, encaminada hacia el procedimiento de restricción de derechos y garantías, y la segunda, como la vía para restablecer las prerrogativas restringidas, previendo condiciones favorables para las personas afectadas.

19 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

6 CONCLUSIONES

Sin lugar a duda, diversos dispositivos constitucionales deben de encontrarse sujetos a una normatividad secundaria que permita reglamentar las hipótesis genéricas que se prevén en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Lo anterior, con el fin de contar con los elementos jurídicos, financieros y de capital humano suficientes para hacer frente a situaciones que por su complejidad o magnitud pueden significar un peligro para la sociedad y en el peor de los casos, para el propio Estado Mexicano.

En ese orden de ideas, es exigible que el artículo 29 de nuestra Carta Magna contenga una Ley Reglamentaria con el fin de ordenar las situaciones en las cuales deba de aplicarse y en las cuales no, en atención a la diversidad de dispositivos legales que regulan diversos derechos, como la suspensión de estos.

Si bien es cierto que a la fecha de la elaboración del presente documento académico, tal dispositivo constitucional no ha sido aplicado, esto no implica que debamos considerarle letra muerta dentro de nuestra Ley Fundamental, pues este prevé la limitación de derechos y garantías frente a situaciones graves que pueden poner en riesgo la paz pública del país; por lo tanto, resulta de mayor importancia que se regule el mismo con el fin de ordenar jurídicamente las hipótesis que se establecen en él.

Por otra parte, su regulación resultaría útil para determinar la esfera de competencia de las autoridades municipales, estatales y federales, pues como ha quedado demostrado, a nivel nacional, la configuración legislativa de las entidades federativas no reconoce en su totalidad la exclusividad del Ejecutivo Federal respecto de la suspensión del ejercicio de derechos y sus garantías, lo que ha llevado a diversos Estados a adoptar medidas que pueden considerarse legítimas, pero que a la luz de la Constitución carecen de legalidad, puesto que no se actualiza la hipótesis normativa prevista y en consecuencia se atenta de manera culposa contra la ciudadanía en general.

Por ello es dable reglamentar el artículo 29 de nuestra Constitución, ya que se debe determinar el procedimiento de suspensión de derechos y garantías, las medidas de resarcimiento que han de emplearse una vez que cese la limitación, así como la responsabilidad del Estado sobre

la afectación a ciertos derechos, y, en consecuencia, la reparación integral por concepto de daños.

Bajo tal premisa, figuras como la reparación integral del daño por parte del Estado se deben integrar de manera armónica a la suspensión de derechos y garantías, pues el propio actuar de la autoridad, con el fin de salvaguardar ciertos derechos de la colectividad, puede lesionar, invadir o limitar derechos individuales ocasionando un daño determinado.

El derecho al trabajo, la libertad de profesión y de comercio son algunos de los derechos que han sufrido las limitaciones durante los últimos dos años debido a la pandemia ocasionada por el COVID-19, afectando de manera directa la estabilidad económica de la ciudadanía y, en consecuencia, desestabilizando al sector empresarial.

Sin embargo, ante la falta de figuras vinculantes para que el Ejecutivo Federal actúe de manera obligatoria en atención a las personas que se encuentran en un estado de vulnerabilidad frente a las restricciones impuestas por diversas autoridades, es que se demuestra la necesidad de contar con un cuerpo normativo que este a la altura de la complejidad de una situación de esta envergadura, y que deje al alcance de los ciudadanos las herramientas necesarias para restablecer sus actividades, recuperando la estabilidad económica de manera gradual.

Por lo tanto, la armonización del marco jurídico fiscal, el derecho al comercio, al trabajo y a la libertad de profesión, en concordancia con el derecho a la salud son prerrogativas fundamentales que deben quedar plasmadas en las bases de la reglamentación del artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En otras palabras, la limitación de derechos debe ir aparejada de beneficios, incentivos o, en su caso, de programas que busquen resarcir el daño para que se disminuya los efectos de la suspensión de derechos y garantías en todo el país o en lugar determinado.

En ese sentido, el desarrollo progresivo como herramienta para determinar los elementos a considerar frente a la debida reglamentación del artículo 29 constitucional nos lleva a concluir que las cargas fiscales, la definición precisa de las actividades que se deben considerar esenciales como las no esenciales, las consideraciones de salubridad e higiene, así como los modelos de trabajo y/o de desarrollo de actividades que pueden desempeñarse utilizando medios electrónicos; sin dejar de prever incen-

tivos a aquellos comercios o empresas que por su actividad resultan útiles para el Estado frente a la situación que se presenta, son conceptos que deben tomarse en cuenta al emitir la referida Ley.

En conclusión, la necesidad de contar con un cuerpo normativo secundario que regule la hipótesis legal prevista en el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha quedado demostrada a todas luces, conforme a los criterios que se establecieron en el presente instrumento de investigación. En el momento actual, la legislación no vincula al Ejecutivo Federal a atender de manera obligatoria a las personas afectadas por la suspensión de derechos y garantías. Esta reglamentación resulta la herramienta jurídica idónea para que se logre ordenar y armonizar el marco jurídico de cada entidad federativa conforme al texto constitucional con el fin de proteger a los gobernados, de disminuir las posibles afectaciones que estos sufran o en su defecto, reparar los daños ocasionados a los mismos por el ejercicio de la facultad que descansa en el referido artículo 29 Constitucional.

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA TUTELA DA ORDEM URBANÍSTICA

GUSTAVO LEDUR¹

VITÓRIA SOUZA PAGNUSSAT²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende trazer à discussão a temática das ações civis públicas, a inserção do procedimento no ordenamento jurídico brasileiro e seu cabimento na tutela da ordem urbanística.

Para tanto, a investigação científica foi desenvolvida em duas partes, quais sejam: a primeira, que buscou tratar dos aspectos gerais da ação civil pública e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro; e a segunda, que intentou abarcar a utilização das ações civis públicas na tutela da ordem urbanística.

Na primeira parte, buscou-se traçar breve perfil histórico acerca da ACP no direito brasileiro, explicitar quais os diplomas legais que tratam do procedimento objeto de análise, verificar quais são os direitos e interesses que podem ser tutelados através da ação civil pública, além de analisar, de forma sucinta, alguns aspectos procedimentais que devem ser considerados, tais como a legitimação ativa para a propositura da ação e o regime da coisa julgada nesse contexto.

1 Especialista em Bases do Raciocínio Probatório pela Universidade de Girona. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Processo e Constituição da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogado. Correio eletrônico: gustavoledur@hotmail.com.

2 Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Processo e Constituição da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogada. Correio eletrônico: vitoriapagnussat@hotmail.com.

Na segunda parte, passou-se a analisar o conceito e âmbito de atuação da ordem urbanística, e a utilização das ações civis públicas na tutela desses interesses, bem como se intentou apresentar análise jurisprudencial acerca da temática em questão, trazendo à discussão a temática da representatividade adequada nas ações coletivas.

Concluiu-se que a inclusão da ordem urbanística entre os bens jurídicos passíveis de tutela por meio da ACP significou um passo decisivo no desenvolvimento do sistema nacional de tutela dos direitos e interesses transindividuais.

Logicamente, não se pretendeu aprofundar em nenhum dos pontos referidos, tratando-se, pois, de uma exposição concisa, que considera a amplitude e a complexidade das situações que envolvem os temas objeto de análise.

2 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A partir do século XX, houve uma enorme mudança de rumos no direito processual civil brasileiro. Até meados de 1980, o processo civil nacional tinha quase como exclusiva preocupação os conflitos entre o Estado e o indivíduo, ou entre um indivíduo e outro indivíduo. Na Europa, desde a década de 1970, já existia crítica doutrinária à inadequação do sistema tradicional processual para tutelar direitos transindividuais, que são os interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas. Em trabalhos capitaneados por Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Vincenzo Vigoritti, entre outros, tornou-se evidente que o processo civil tradicional não estava apto para resolver problemas em matéria de defesa de direitos metaindividuais. Consideradas as críticas da doutrina estrangeira, o Brasil começou a demonstrar preocupação com a defesa coletiva (Mazzilli, 2015).

Dessa forma, o processo civil, concebido exclusivamente para propiciar o exercício individual do direito de ação, passou a buscar, também, a tutela dos interesses da sociedade como um todo ou de grupos representativos de parcelas do aglomerado social. Nesse contexto, considerada a nova visão do Estado e suas funções, assumiram destaque os chamados interesses difusos e coletivos, que passaram a apresentar papel de suma importância na legislação material e processual (Theodoro Júnior, 2015).

Os primeiros projetos a respeito foram apresentados no início dos anos 80, até se chegar à Lei da Ação Civil Pública (7.347/1985). A ACP tem como ontológico intuito a tutela de direitos ou interesses difusos ou coletivos, e também direitos individuais homogêneos de caráter social. Originalmente, a Lei 7.347/85 previu sua utilização apenas para a tutela dos interesses difusos (artigo 1º). Através da Constituição de 1988, seu aspecto objetivo foi ampliado para compreender todos os interesses difusos e coletivos (artigo 129, II). Por fim, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) alargou ainda mais o âmbito das ações coletivas, vez que passou a admitir também a tutela de direitos individuais homogêneos (artigo 81, parágrafo único, III).

A ação civil pública está prevista na Constituição Federal, no artigo 129, III, e na legislação infraconstitucional, predominantemente nos seguintes diplomas: Código de Defesa do Consumidor; Estatuto da Criança e do Adolescente; Estatuto da Cidade; Lei 7.853/89; Lei 7.913/89; e Estatuto do Idoso.

Antes do advento da legislação consumerista, somente havia, no Brasil, regulamentação jurídica acerca dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Foi o Código de Defesa do Consumidor, através do seu artigo 110, que introduziu no artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública a proteção a quaisquer direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, além de consubstanciar a proteção dos direitos individuais homogêneos. De tal forma, a abrangência irrestrita de salvaguarda de direitos metaindividuais existente no ordenamento brasileiro se deve ao Código de Defesa do Consumidor.

Foi com a promulgação da legislação consumerista que se constituiu um modelo estrutural para as ações coletivas no Brasil, isto porque o Código possui aplicabilidade não apenas nas ações coletivas que tenham como objeto a defesa do consumidor, mas nas ações que buscam a tutela de direitos e interesses coletivos em geral, por determinação expressa do artigo 21 da Lei 7.347/85, acrescentado em razão do artigo 117 da Lei 8.078/90. Nesses termos, o Código de Defesa do Consumidor passou a regular os aspectos primordiais das ações coletivas, como a legitimação, a coisa julgada, a competência, a execução, a litispendência, além de tratar dos conceitos de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos (MENDES, 2012).

Em suma, foi o sistema de tutela coletiva consubstanciado pelo Código de Defesa do Consumidor em conjunto com a Lei da Ação Civil Pública que desenvolveu regras processuais específicas, que tiveram como resultado a adaptação do processo civil clássico às necessidades impostas pelo reconhecimento da existência dos direitos coletivos. Dessa forma, o sistema processual coletivo está baseado fundamentalmente na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor (Zavascki, 2017).

O primeiro aspecto primordial foi a criação do rol de entidades legitimadas para atuar em defesa dos direitos coletivos, previsto pelo artigo 82 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e, também, pelo artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública.

Ainda, houve modificação do regime tradicional da coisa julgada, que, considerando o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, passou a analisar, para que definida a imutabilidade do comando judicial, a espécie de direito coletivo objeto da ação e o resultado da demanda. Em suma, a coisa julgada é *erga omnes* quando a ação coletiva tratar de direitos difusos, e *ultra partes* quando se buscar a tutela de direitos coletivos *stricto sensu*. Contudo, se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, em ambas as hipóteses será facultado a outro ente legitimado propor novamente a ação, com idêntico pedido, mas com base em prova nova. Quando a ação busca tutelar direitos individuais homogêneos, a coisa julgada também será *erga omnes*, mas apenas na hipótese de procedência do pedido. Assim, beneficiará todos os sujeitos individuais que se enquadrem na categoria.

Os efeitos da coisa julgada não prejudicam os interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. Ademais, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não atuaram como litisconsortes na ação coletiva poderão propor ação de indenização a título individual. Nesse sentido, o §3º do artigo 103 e o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, prevendo que a propositura de ação coletiva não obsta a individual, não induz a litispêndência e não se aproveita os seus efeitos beneficiando os autores das ações individuais se não for requerida a respectiva suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Quanto à legitimação ativa no âmbito da ACP, trata-se de legitimação extraordinária, concorrente e disjuntiva: (i) extraordinária, vez

que sempre substituirá a coletividade; (ii) concorrente em relação aos demais representantes, que concorrem em igualdade para a propositura da ação; e (iii) disjuntiva, visto que a entidade poderá propor a ação independente de anuência, intervenção ou autorização dos demais, sendo o litisconsórcio, eventualmente formado, sempre facultativo. A legitimação, de acordo com o artigo 5º da Lei 7.347/85, abrange não só o Ministério Público, mas também outras instituições públicas e privadas, como a União; os Estados; o Distrito Federal; os Municípios; as autarquias; as empresas públicas; as fundações ou sociedades de economia mista; as associações civis constituídas há pelo menos um ano e que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; e as defensorias públicas. Ao Ministério Público também incumbirá atuar como *custos legis*; ou encampar a ação em hipóteses de desistência ou abandono, de acordo com o artigo 5º, §§ 1º e 3º, ainda da Lei 7.347/85. A atuação do *parquet* no âmbito da ACP decorre de atribuição constitucional, como previsto no artigo 129, III, que dispõe que “são funções institucionais do Ministério Público: promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Atualmente, a Lei 7.347/85, em seu artigo 1º, prevê que podem ser objeto de ACP as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: ao meio-ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a interesses difusos ou coletivos; por infração da ordem econômica; à ordem urbanística; à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; e ao patrimônio público e social.

Os interesses ou direitos difusos, de acordo com a Lei 8.078/90, são os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato”. Os coletivos *stricto sensu* são aqueles “transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Já os individuais homogêneos são aqueles que não se apresentam como indivisíveis, são os “decorrentes de origem comum”.

Os interesses e direitos difusos e coletivos são indisponíveis, o que significa que o bem jurídico pertence a toda coletividade ou a todo o grupo. Assim, a fruição do bem por parte de um membro da coletividade implica, necessariamente, sua fruição por parte de todos, assim como sua negação implica a negação do bem para todos (Grinover, 2000). A Constituição Federal prevê diversos dispositivos que versam sobre interesses difusos. Dentre estes, pode-se citar o direito à vida digna; o uso da propriedade e sua função social; o meio ambiente natural; a proteção ao patrimônio cultural; e, de especial relevância no âmbito da presente pesquisa, a política urbana.

Os direitos difusos se diferenciam dos coletivos por pertencerem a todos indistintamente, o que significa que não podem ser cindidos. No caso dos interesses coletivos, o grupo titular do direito é de pessoas determinadas ou determináveis, porque conhecida a relação jurídica que as vincula entre si ou com a parte contrária (Talamini, 2015).

Os direitos individuais homogêneos, por sua vez, tratam de situações em que uma coletividade de pessoas titulariza, individualmente, um direito que é, na essência, idêntico ao dos demais. Nesse contexto, surgem ocasiões em que estas pessoas têm, concomitantemente, seus respectivos direitos ameaçados ou violados (Talamini, 2015). O nexos entre os titulares dos direitos individuais homogêneos e os responsáveis pelos danos se dá numa situação jurídica, seja ela um fato, ato ou contrato, que tenha origem comum para todos. O bem jurídico protegido pelo direito individual homogêneo é divisível, ou seja, são interesses metaindividuais apenas na forma como se apresentam e no *modus procedendi* de seu exercício em juízo (Gama, 2001).

Através do exposto, concluiu-se que a ação civil pública tornou concreta, no sistema pátrio, a possibilidade da tutela jurisdicional dos direitos coletivos *lato sensu*, garantindo guarida aos direitos transindividuais do povo brasileiro. O processo coletivo é imprescindível, visto que o processo individual já se provou inapto para tutelar direitos metaindividuais. Deve-se considerar também que grande parte da população brasileira vive em condições precárias e muitas vezes não consegue ter acesso ao Poder Judiciário por meio de ações individuais.

3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA TUTELA DA ORDEM URBANÍSTICA

Como visto no capítulo anterior, a ação civil pública é instrumento cabível para a tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo. A ordem urbanística está expressamente elencada no rol do artigo primeiro da ACP, no inciso VI, que foi incluído no ordenamento pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), bem como pela Medida Provisória n. 2.180-35 de 24/08/2001. Contudo, ainda que assim não estivesse expressamente disposto, já poderia se defender a proteção da ordem urbanística via ACP em razão de sua natureza transindividual.

Dessa forma, o descumprimento e a incorreta utilização dos instrumentos da ordem urbanística implicam o nascimento de uma pretensão relacionada. Essa pretensão pode ser buscada através do manejo da ação civil pública, que é meio apto para tutelar a efetividade das normas urbanísticas (Carvas, 2014).

A ordem urbanística é valor protegido pela Carta Magna nos artigos 30, VIII, 182, e 183; e, no cenário constitucional, busca a promoção do bem estar dos indivíduos que integram a cidade e as regiões (Carvalho Filho, 2015).

Também pode ser definida como o direito difuso que busca a realização do direito urbanístico brasileiro, na medida em que a sua efetivação é necessária ao cumprimento do direito a cidades sustentáveis (Brasil, 2011). Ainda, pode ser entendida como alvo de todas as estratégias integrantes da Política Urbana. A Carta Magna vigente passou a consagrar um capítulo à política urbana, de forma a fundamentar o princípio segundo o qual a propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico, de acordo com os artigos 182 e 183. Nesses termos, para que possível o cumprimento da função social, é essencial que se propicie moradia, condições adequadas de trabalho e de circulação humana. O pleno desenvolvimento das chamadas *funções sociais da cidade* se relaciona com o denominado *meio ambiente artificial*, este formado pelo espaço urbano construído e aglutinado por ruas, praças, áreas verdes e demais assentamentos de reflexos urbanísticos (Fiorillo, 1995).

Nelson Saule Júnior aponta que o primeiro aspecto a ser ressaltado em matéria de política urbana é a problemática acerca do significado de desenvolvimento urbano, considerado o intuito de ordenar o pleno

desenvolvimento das funções sociais da cidade e assegurar o bem-estar de seus habitantes (Saule Júnior, 1995).

A declaração sobre o direito ao desenvolvimento, de 1986, em seu artigo primeiro, reconhece tal direito como um direito humano inalienável, em virtude do qual todas as pessoas e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades possam ser plenamente realizados. De acordo com o previsto no artigo segundo, a pessoa humana é considerada como o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento. Aos Estados é atribuído o dever de formular políticas que sejam adequadas ao desenvolvimento, que busquem o constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios dela resultantes (Fiorillo, 1995).

A ordem urbanística está inserida no contexto da necessária promoção da qualidade de vida dos cidadãos no ambiente urbano. São diversas as ações que podem ser utilizadas, por exemplo, para o questionamento da legislação urbanística - ação popular, ações de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade - mas é na ação civil pública que repousa parte considerável desta possibilidade. Outro interesse difuso que é inserido nesse mesmo contexto é a Função Social da Cidade. A tutela de supracitados interesses vem sendo pleiteada, em especial, pelo Ministério Público, pelas Defensorias Públicas e por entidades legitimadas da sociedade civil. Nesse contexto, entre os possíveis objetos da ACP, pode-se citar: a poluição sonora; a regularização dos assentamentos precários e punição aos loteadores dolosamente clandestinos; a obrigatoriedade de participação popular substantiva à exigência de medidas contra enchentes e deslizamentos; a efetiva proteção ao patrimônio histórico e arquitetônico degradado; e a proteção de populações socialmente fragilizadas (Bruno Filho, 2015).

A previsão específica da proteção à ordem urbanística na lei da ACP garante um tratamento de igual importância em relação aos demais interesses tutelados pelo referido instrumento. Este destaque pode proporcionar um maior engajamento das associações civis envolvidas na te-

mática em questão a recorrerem ao judiciário, a fim de garantir a correta aplicação prática do direito urbanístico, e, por consequência, impedir o seu desvirtuamento, por exemplo, por parte de autoridades políticas comprometidas apenas com interesses de cunho particularista. Isso porque, nada obstante, os maiores beneficiários das normas urbanísticas sejam os integrantes da cidade conjuntamente considerados, a sua natural dispersão acaba os tornando as partes mais fracas do mundo político, portanto, estando em especial sujeitos aos referidos interesses particularistas de segmentos mais ativos da sociedade, tais como proprietários, empreiteiros, loteadores e incorporadores (Pinto, 2001).

Para fins de elucidação da matéria, cabe analisar, de forma sucinta, julgados locais que envolvem a tutela da ordem urbanística via ação civil pública.

O primeiro julgado que será objeto de análise adveio da ação civil pública n. 001/1.05.2339666-3, ajuizada pelo Ministério Público em face do Município de Porto Alegre, que teve como escopo a suspensão da eficácia do Decreto Municipal n. 14.530. O decreto tinha, em suma, o intuito de preservar o patrimônio histórico e cultural em detrimento de interesses de caráter particularista.

A propositura da demanda buscava restringir a atuação do Município no tocante à aplicação das normas regulamentadoras do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental, por meio de alegações de que o referido Decreto Municipal, que dispunha sobre áreas de interesse cultural e estabelecia parâmetros para aprovação de projetos em tais áreas, feria o princípio da legalidade, visto que a regulamentação em análise deveria ser realizada por meio de lei (Schulze, 2008).

Trata-se de julgado interessante, uma vez que a decisão pontuou que, ainda que o decreto tenha regulado matéria cujo tratamento seria de atribuição do legislativo, a preservação de locais de interesse cultural e ambiental deve ser considerado interesse jurídico superior, o que justificaria, na inteligência do julgamento, a não observância da forma. A decisão afirma que, à primeira vista, existiria ilegalidade, considerado que um decreto do Executivo Municipal não teria a mesma eficácia legal do que uma lei promulgada pela Casa Legislativa do Município. Entretanto, a decisão deixa claro que a situação real se demonstrava muito mais complexa. O julgado consubstanciou diversas previsões de dispositivos constitucionais, que

conceituam e regulam a proteção do patrimônio e das manifestações culturais, bem como a preservação do meio ambiente (incisos XXII e XXIII do artigo 5º; o artigo 216, inciso IV e V; o artigo 221, inciso V; o artigo 222; 223; 225; artigo 250 ao 259), demonstrando que a proteção do patrimônio histórico e cultural está amplamente amparada pela Constituição Federal. Decidiu-se, assim, que a ação que busca a efetivação da proteção em questão, mesmo que formalmente regulada em dissonância com a legislação vigente, deve ser tida como constitucional. Dessa forma, a decisão foi no sentido de identificar a proteção do patrimônio como superior e anterior à formalidade legal. Visto que tanto a proteção ao patrimônio cultural como o princípio da legalidade estão amparados na Constituição, houve efetiva ponderação de normas constitucionais, e decorrente desta ficou estabelecido, no caso concreto, a superioridade da proteção ao patrimônio sobre a formalidade, dado que o aguardar do cumprimento da formalidade legal implicaria possibilitar o depauperamento do patrimônio histórico-cultural. Frisou-se que, uma vez derrubado o patrimônio imobiliário, o refazimento sempre será novo e nunca poderá se equiparar àquele que se pretendia proteger (Rio Grande do Sul, 2017).

Atente-se: o caso trata de ação ajuizada pelo Ministério Público, que deveria ser instituição compromissada com a preservação do patrimônio histórico e cultural, mas, *in casu*, demonstrou claro suporte aos interesses econômicos de instituições ligadas ao setor imobiliário, em detrimento de referido compromisso (Schulze, 2008).

Nesse contexto se insurge um dos aspectos mais discutidos, atualmente, no que tange ao procedimento da ACP – a necessidade da análise da representatividade adequada auferida casuísticamente no processo coletivo.

Uma vez que a coletividade lesada não estará diretamente presente em juízo nas ações coletivas, é imprescindível que seja observada a adequada representação dos interesses das partes ausentes. Se o legitimado coletivo não demonstra ser um adequado representante dos interesses dos membros ausentes, ele é um não-representante. Em tese, não se poderia sequer conceber o conceito de representação inadequada. Segundo Antonio Gidi, ou a representação é adequada, ou não houve representação (Gidi, 2007).

A adequação da representação é inerente às ações coletivas, e atua como princípio basilar do direito processual coletivo.

Dependendo do ordenamento jurídico analisado, diferentes são os critérios adotados para a aferição da representatividade adequada. No Brasil, a adequação da representação é estabelecida de forma *ope legis* e não *ope iudicis*. No sistema *ope legis*, o legislador elenca – nominal e taxativamente – os titulares da ação coletiva, presumindo-os representantes adequados. Sendo assim, a representação adequada é considerada *in re ipsa* (Candia, 2011). No sistema *ope iudicis*, a adequação da representação é aferida pelo magistrado no caso concreto, ou seja, ele avalia se o representante está em condições de buscar os interesses da coletividade ausente casuisticamente. Nesse sistema, a legitimidade aferida é *real*, enquanto que no sistema *ope legis*, a avaliação da representatividade adequada é presumida (Mendes, 2018).

Em função do reconhecimento da possibilidade de que, no Brasil, a parte autora na ação coletiva pode ter legitimidade ativa legalmente prevista e apresentar pertinência temática, mas não representar, no caso concreto, adequadamente os interesses da coletividade, defende-se, no âmbito do presente trabalho, a necessidade de adoção da análise judicial da adequação da representatividade *in casu*. Entende-se que a simples presunção da representatividade adequada não basta para garantir a proteção dos interesses da coletividade ausente no processo.

Cada vez mais, na doutrina brasileira, fala-se sobre a conveniência ou até necessidade em se adotar o controle *ope iudicis* da representatividade adequada.

Para Antonio Gidi, destacado defensor do controle judicial da representação adequada do autor da ação coletiva no Brasil, “apesar de não estar expressamente previsto em lei, o juiz brasileiro não somente pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo” (Gidi, 2007). Ainda, conclui que, através do controle judicial, incentiva-se uma conduta vigorosa do representante e se assegura que se traga para o processo a visão e os reais interesses dos membros do grupo (Gidi, 2002).

Segundo Elton Venturi, não são raras as ações coletivas propostas por entidades que não demonstram efetivo comprometimento com a defesa dos interesses transindividuais ali buscados. Nesse sentido, frequentemente se encontram legitimados coletivos sem idoneidade técnica para conduzir com êxito a demanda coletiva (Venturi, 2007).

Quando se trata de possível ausência de representação adequada, muito se fala sobre a necessidade de se questionar a adequada representação das associações para defesa de interesses metaindividuais. Por esse ângulo, Eduardo Cândia utiliza o termo “associações de papel”, para categorizar associações “[...] que não tenham mínimas condições técnicas ou econômicas para pleitear a tutela jurisdicional [...]” (Candia, 2011).

Para Ada Pellegrini Grinover, existem problemas práticos que surgem em função do ajuizamento de demandas por parte de associações que, mesmo cumprindo os requisitos legais, não apresentam, no caso concreto, credibilidade, seriedade, conhecimento técnico e, assim, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida dos interesses coletivos envolvidos. Segundo a autora, tais questões constituem as características da representatividade idônea e adequada, e assim conclui que, em casos como estes, seria de grande valia permitir que o juiz controle a representatividade adequada do legitimado, “de modo a possibilitar a inadmissibilidade da ação coletiva, quando a ‘representatividade’ do legitimado se demonstrasse inadequada.” (Grinover, 2002).

Contudo, entende-se que não apenas as associações podem vir a representar inadequadamente os membros da coletividade atingida. Não se pode defender que os membros do Ministério Público, por exemplo, por participarem de instituição que deve zelar pelos interesses transindividuais, devem sempre ser considerados representantes adequados.

De tal forma, mesmo o Ministério Público, que seria, por excelência e por previsão constitucional, o responsável por zelar pelos interesses coletivos, de acordo com a previsão contida no artigo 129, III da Carta Magna, pode vir a atuar na ação coletiva de forma a não representar adequadamente os interesses da coletividade. Ora, se tal situação ocorrer, não pode o magistrado simplesmente ignorar a falta de tal requisito, como visto, constitucional, apenas porque se presume a adequada representação da coletividade pelos legitimados legais. Ainda que se presuma a representatividade adequada, há possibilidade de, no caso concreto, inexistir correspondência à essa presunção. Se for o caso, não se pode aceitar que o processo corra da mesma forma. Exatamente em função disso, defende-se a necessária possibilidade de controle judicial da representatividade adequada.

Qualquer legitimado para a propositura das ações coletivas pode não demonstrar, no caso concreto, que está adequadamente representando os interesses da coletividade lesada.

Um dos argumentos adotados por aqueles que defendem a não incidência do controle em discussão na realidade brasileira invoca o sistema de coisa julgada nas ações coletivas. Como se sabe, a sentença desfavorável, em regra, não prejudica a ação individual, de modo que as consequências resultantes da inadequada condução processual não impedem que os membros do grupo postulem, individualmente, seus direitos, e assim seria mantida de forma incólume a garantia dos indivíduos ao contraditório.

Ora, mesmo que haja a possibilidade de se buscar reparações individuais, o bem coletivo permanecerá lesado, muitas vezes sem possibilidade de rediscussão no âmbito coletivo, uma vez que a sentença de improcedência prolatada com amparo em provas suficientes faz coisa julgada e obsta o ajuizamento da mesma ação coletiva. Isso sem contar o tempo que pode levar até que os particulares, individualmente considerados, decidam tomar as medidas cabíveis. Ainda, a iniciativa pode não partir por parte da integralidade dos lesados, e, deste modo, na ausência da ação coletiva, haverá evidenciado prejuízo suportado pelo grupo em decorrência da inadequada representação coletiva de seus interesses (Toscan, 2015).

Ainda, a afirmação de que a violação ao princípio do contraditório não seria problema, considerado que o regime de extensão da coisa julgada somente atinge terceiros quando os beneficiar, e de não se admitir a formação de coisa julgada em relação às ações individuais em caso de improcedência, desconsidera os prejuízos experimentados pela coletividade quando esta é inadequadamente representada.

No mesmo sentido, o argumento de que a atuação do Ministério Público como fiscal da lei excluiria a necessidade de controle judicial da representação adequada não pode se sustentar. Se for vedada a possibilidade de controle judicial da representatividade, mesmo que o Ministério Público reconheça a inadequação da representação, nada restará a fazer, visto que, ainda que apresente ao juiz essa informação, este estará impedido de agir (Gidi, 2007).

Nesses casos, poderia se argumentar que o Ministério Público deveria assumir a titularidade de ação. Ora, se assim for, quem irá averiguar a idoneidade da representação do próprio Ministério Público?

Como já demonstrado, o simples fato de o legitimado ser membro da referida instituição não resulta, necessariamente, na adequada representação dos ausentes.

De acordo com Antonio Gidi, mesmo que o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública não prevejam, expressamente, a necessidade de controle da adequada representação, é importante lembrar que referidos diplomas se inserem em um contexto maior, que é o da Constituição Federal e do devido processo legal. De tal forma, pouco importa que a lei infraconstitucional não preveja expressamente que o juiz deve controlar a adequação (GIDI, 2002). Não se trata aqui de questão meramente processual, mas constitucional.

É a representação adequada que torna factível a introdução dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos em juízo, e é a presença da adequada representação que justifica a prolação de uma decisão com efeitos *erga omnes*, que afetará terceiros que não foram partes no processo.

O tema é em especial delicado nas ações coletivas brasileiras uma vez que o representante da coletividade não foi eleito, selecionado, ou sequer aprovado pelos representados. Assim, conclui-se pela necessidade de se possibilitar a aferição, no caso concreto, da qualidade da representação, que certamente não pode ser qualquer uma.

Outro julgado no contexto do objeto da presente investigação advém da ação civil pública n. 9046334-81.2017.8.21.0001, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em face do Município de Porto Alegre e da Fundação Iberê Camargo, tendo como objetivo investigar a concretização de uma suposta infração à ordem urbanística decorrente da ausência de passeio público e ciclovia no trecho situado entre a Fundação Iberê Camargo e o Barra Shopping Sul, localizado entre as Avenidas Padre Cacique e Diário de Notícias, da cidade de Porto Alegre. A decisão, que considerou a Função Social da Cidade e o bem estar dos indivíduos dela integrantes, reconheceu a responsabilidade das rés, e assim as condenou a promover obras no local, a fim de preservar a incolumidade física dos cidadãos que ali transitam, visto que o trecho é o único caminho terrestre que une a zona central à zona sul, que conta também com intenso trânsito de pessoas que circulam no local (Rio Grande do Sul, 2018a).

Mais um julgado que se entende relevante no contexto do presente trabalho trata sobre uma das principais preocupações do direito urbanístico, qual seja, a participação popular. Através da participação, busca-se a democratização da política urbana (Bruno Filho, 2015). Tão-minha é a importância da participação popular no contexto do direito urbanístico que se pode encontrar previsão de sua necessidade em diversos diplomas e documentos que tratam da matéria, como no Estatuto da Cidade, na Carta Mundial pelo Direito à Cidade e na Nova Agenda Urbana. Trata-se de acórdão proferido no âmbito da ação civil pública nº 70077229367, proposta pelo Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul em face do Município de Imbé, de Luciano Michelon, João Alberto Michelon, e da Locadora Micheloc Ltda. A controvérsia trata sobre a regularidade do processo legislativo do PL nº 25/2017 do Município de Imbé, que culminou na aprovação da Lei Municipal nº 1.839/2017, que, por sua vez, alterou o Plano Diretor do Município, reduzindo a distância mínima exigida entre os postos de abastecimento e estabelecimentos ou áreas de frequência intensa de público. Ora, de acordo com o Estatuto da Cidade, o processo de elaboração do Plano Diretor necessita da promoção de audiências públicas e debates. *In casu*, tal requisito não se fez presente, uma vez que as únicas oportunidades de debate da questão foram duas audiências públicas realizadas com intervalo de apenas dois dias, e apenas 12 dias antes da proposição do Projeto de Lei. Nesse contexto, o acórdão manteve a decisão do juiz de primeiro grau, dentre os motivos, por considerar necessária a efetiva possibilidade de participação popular, declarando nulo o alvará de construção do posto de combustível e determinando a suspensão da construção (Rio Grande do Sul, 2018b).

Em acréscimo, analisa-se o processo n. 0334229-73.2018.8.21.7000. Trata-se de ACP ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em face de Germano Vedana Hartmann, Marco Aurelio Zuburan e o Município de Charqueadas. A ação teve como objetivo restabelecer a ordem urbanística do Município e a dignidade e saúde dos moradores de um loteamento irregular, denominado “Pôr do Sol”, o qual foi edificado de maneira indevida, sobre imóvel pertencente aos dois primeiros réus supracitados. A área foi objeto de parcelamento irregular pelos demandados, sem a infraestrutura básica exigida para a respectiva ocupação (equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, esgotamento sanitário, soluções para tratamento domiciliar de esgoto sanitário

e vias de circulação). A decisão pontuou que se trata de incumbência do município garantir a proteção do meio ambiente, promover medidas aptas à construção de moradias, bem como assegurar a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, conforme previsão constitucional (artigo 23, incisos VI, VII e IX). Além disso, consoante previsão do artigo 40 da lei n. 6766/79, é de responsabilidade do município efetivar a regularização do parcelamento indevido do solo urbano. Nesse sentido, entendeu o juízo *a quo* que os demandados realizaram parcelamento irregular da área, e que o município permitiu a edificação de residências no local, de forma que julgou procedente o pleito do Ministério Público, para fins de condenar os réus à obrigação de fazer consistente na regularização da área, à obrigação de fazer consistente na apresentação de projeto emitido por profissional competente referente às obras de pavimentação nas vias abertas pelo loteamento e escoamento das águas pluviais, e à obrigação de fazer consistente na execução das referidas obras no prazo de 12 meses após a entrega do projeto. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em remessa necessária, confirmou a sentença de primeiro grau (Rio Grande do Sul, 2019).

Concluiu-se, através da análise dos julgados, que a ordem urbanística visa, em especial, ao desenvolvimento adequado da cidade e à garantia do bem-estar de todos os cidadãos, e que a ação civil pública é o instrumento processual mais adequado para a tutela da ordem urbanística por ser a ação coletiva mais ampla em termos de objeto, pedido, legitimidade, competência e prescrição.

4 CONCLUSÃO

Através de todo o exposto, concluiu-se, na primeira parte, que, no final do século passado, pôde-se observar significativa mudança no processo civil brasileiro, no sentido de que este passou de instrumento concebido exclusivamente para propiciar o exercício individual do direito de ação, para buscar, também, a tutela de interesses metaindividuais; que a ACP é prevista na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Estatuto da Cidade, na Lei 7.853/89, na Lei 7.913/89 e no Estatuto do Idoso; que a legitimação ativa no âmbito da ACP é extraordinária, concorrente e disjuntiva, e que abrange o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito

Federal, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista, as associações civis e as defensorias públicas; que ao MP também incumbirá atuar como *custos legis*; que a coisa julgada na ACP é *erga omnes* e acolhe a técnica *secundum eventum litis*, de forma que, caso a improcedência se dê em virtude da falta ou insuficiência de provas, a sentença não será acobertada pela autoridade da coisa julgada; e que a ação civil pública é um dos instrumentos processuais coletivos que tutela direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos de caráter social.

Na segunda parte, concluiu-se que existe previsão expressa de cabimento da ação civil pública para a tutela da ordem urbanística e, portanto, o descumprimento e a incorreta utilização dos instrumentos da ordem urbanística implicam o nascimento de uma pretensão que pode ser buscada através do manejo da ação civil pública; que a ordem urbanística objetiva a promoção da qualidade de vida dos cidadãos no ambiente urbano, e que pode ser definida como o direito difuso que intuita a realização do direito urbanístico brasileiro; que, dentre os possíveis objetos da ACP, pode-se citar: a poluição sonora, a regularização dos assentamentos precários e punição aos loteadores dolosamente clandestinos, a obrigatoriedade de participação popular substantiva à exigência de medidas contra enchentes e deslizamentos, a efetiva proteção ao patrimônio histórico e arquitetônico degradado, e a proteção de populações socialmente fragilizadas. Ainda, concluiu-se que, considerada a possibilidade de o representante no âmbito das ações coletivas que buscam a tutela da ordem urbanística ter legitimidade legal prevista, mas não atuar, no caso concreto, com a diligência e qualidade requeridas por uma ação coletiva, é necessário que se permita ao magistrado um controle casuístico da representação adequada, observando os critérios de um sistema que aufera a adequação da representação de forma *ope iudicis*.

Concluiu-se que a previsão específica da proteção à ordem urbanística na lei da ACP garante um tratamento de igual importância em relação aos demais interesses tutelados pelo referido instrumento e que é de grande importância a utilização da ação civil pública na tutela da ordem urbanística.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990.

BRASIL. Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1985.

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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jul. 2001.

BRASIL, Luciano De Faria. O conceito de ordem urbanística: contexto, **conteúdo** e alcance. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. n. 69/2011.

BRUNO FILHO, Fernando. **Princípios de Direito Urbanístico**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2015.

CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de lege lata. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 202, p. 419-453, dez. 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Tutela da ordem urbanística: ineficácia e frustrações. in MILARÉ, Édis (coord.). **Ação Civil Pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVAS, Felipe. **Tutela jurisdicional coletiva da ordem urbanística**. Dissertação de Mestrado. PUCSP, 2014.

DIAS, Licínia Rossi Correia. Ação civil pública: tutela constitucional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 60/2007. p. 161-176.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. *In:* ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos.** Salvador: Juspodivm, 2017. p. 55-56.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** vol. 12/1995. p. 63 – 83.

GAMA, Lidia Elizabeth Peñalosa Jaramillo. Direitos individuais homogêneos. **Revista dos Tribunais.** vol. 789/2001. p. 745 – 758.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 280.

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

GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 113.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo.** Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense,** São Paulo, v. 361, p. 3-12, maio. 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O processo coletivo e o código de processo civil de 2015. **Revista dos Tribunais.** vol. 958/2015. p. 331-362.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 197.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 209, p. 243-264, jul. 2012.

PINTO, Victor Carvalho. **A ordem urbanística**. *Revista de Direito Imobiliário*. v. 51/2001. p. 120-132.

RIO GRANDE DO SUL. 2ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre. Ação civil pública n. 9046334-81.2017.8.21.0001. Julgadora: Carmen Carolina Cabral Caminha, julgado em 17 de maio de 2018a.

RIO GRANDE DO SUL. 3ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre. Ação civil pública n. 001/1.05.2339666-3. Julgador: Martin Schulze, julgado em 29 de novembro de 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 70077234367. Relator: Ricardo Torres Hermann, julgado em 26 de junho de 2018b.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Cível. Remessa necessária n. 70079690178. Relatora: Laura Louzada Jaccottet, julgado em 30 de janeiro de 2019.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **O Direito à cidade na Constituição de 1988 - legitimidade e eficácia do plano diretor**. Dissertação de Mestrado, PUC/SP, 1995.

SCHULZE, Martin. Ação civil pública. Plano diretor. Criação de regime urbanístico para áreas de 7 interesse cultural através de decreto. Função social da propriedade. **Revista de Direito Ambiental**. v. 49/2008. p. 351-359.

TALAMINI, Eduardo. Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: ação coletiva e os mecanismos previstos no código de processo civil de 2015. *Revista de processo*. vol. 241/2015. p. 337 – 358.

THEODORO JR., Humberto. Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. vol. 10/2015. p. 1817 – 1843.

TOSCAN, Anissara. Contraditório e representação adequada nas ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 240, p. 191-220, fev. 2015.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 220.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.60.

RECURSO ESPECIAL: RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FEDERAL E ACESSO À JUSTIÇA

THOMÁS HENRIQUE WELTER LEDESMA¹

GABRIEL PESSOTTI SILVA²

FELIPE ANANIAS DE OLIVEIRA³

1 INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), originado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, abarcou no seu rol de competências parte das missões constitucionais anteriormente atribuídas ao Supremo Tribunal Federal, passando a ser o órgão judiciário responsável pela unificação da interpretação e aplicação da legislação federal.

Ocorre que o legislador constituinte atribuiu ao STJ, além da interpretação e aplicação da legislação federal, um extenso rol de competências, que acarreta um enorme número de demandas distribuídas anualmente, gerando uma sobrecarga processual na Corte Federal. Diante de tal situação, o tribunal vem adotando um posicionamento defensivo

-
- 1 Doutorando em Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela FMP/RS. Graduado em Direito pelo UNICURITIBA. Integrante do grupo de pesquisa “Processo e Constituição”, do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (FMP/RS). E-mail: thomasledesma@gmail.com
 - 2 Mestrando em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ (CAPES - Conceito 6) da UNIVALI, com bolsa CAPES/PROEX. Graduado em Direito pela UNIVALI. Integrante do grupo de pesquisa do programa de mestrado da FMP/RS “Processo e Constituição”, coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias. E-mail: gabriel@datacertify.com.br
 - 3 Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS). Integrante do grupo de pesquisa “Processo e Constituição”, do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (FMP/RS), coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias. E-mail: felipe_ananias@outlook.com

no que se refere à admissão do recurso especial, que compõe a maior parte de demandas da Corte.

Em 2022, foi editada a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 125, que inseriu na Constituição Federal um novo requisito para admissão do Recurso Especial: a relevância de questão federal infraconstitucional. O presente trabalho tem por objetivo analisar o conteúdo do novo instrumento de filtragem do Superior Tribunal de Justiça, a fim de verificar se há ou não violação ao conteúdo do Acesso à Justiça.

O método adotado é o hipotético-dedutivo, sendo a pesquisa dividida em três partes: a primeira expõe o contexto jurídico e os motivos que ensejaram a criação do Superior Tribunal de Justiça; na segunda são demonstrados os requisitos para admissão do Recurso Especial, inclusive o conteúdo da Proposta de Emenda à Constituição nº 125/2022, que inseriu o requisito da relevância de questão federal; na terceira parte é feita uma análise das ondas do Acesso à Justiça e do conteúdo do requisito da relevância de questão federal, a fim de verificar sua compatibilidade ou violação ao Acesso à Justiça.

2 CONTEXTO JURÍDICO DA CRIAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, instaurou uma nova ordem jurídica, rompendo com o modelo ditatorial e segregador de direitos imposto pela Carta Constitucional de 1967, reformada pela Emenda Constitucional nº 01/69. O legislador constituinte elencou, no artigo 1º da Carta Magna (Brasil, 1988) como fundamento da República: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político.

O art. 5º da Constituição Federal arrolou um catálogo não exaustivo de direitos fundamentais, também dispersos não apenas no texto constitucional, mas em todo ordenamento jurídico, sendo admitidos inclusive de forma implícita, derivados a partir da interpretação de outras normas. O objetivo era garantir um amplo acesso por parte dos jurisdicionados aos direitos fundamentais, em uma clara resposta às arbitrariedades e violações cometidas contra a dignidade da pessoa humana, ocorridas durante o regime militar. Para tanto, houve necessidade também

de outra reformulação constitucional: filtrar a competência do Supremo Tribunal Federal a fim de dar maior efetividade à sua atuação.

É certo que já em 1965 havia discussões sobre a criação de um novo Tribunal, com competência federal, que, conforme André Ramos Tavares “[...] teria uma função eminente como instância federal sobre matéria que não tivesse, com especificidade, natureza constitucional, ao mesmo tempo que teria tarefa de apreciar os mandados de segurança e *habeas corpus* originários [...]” (Tavares, 2021, p. 977), considerando o abarrotamento sofrido pelo Supremo Tribunal Federal em decorrência da “[...] chamada crise do recurso extraordinário e da admissão de arguição de relevância para alegação dos recursos interpostos sob alegação de afronta do direito federal [...]” (Mendes; Coelho; Branco, 2009, p. 1014), que ensejou em um acúmulo de demandas, a ponto de tornar a Corte Constitucional ineficiente. Porém, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a necessidade de criação de um novo tribunal que repartisse as atribuições com o Supremo Tribunal Federal tornou-se urgente em razão da missão constitucional atribuída ao STF: o papel de guardião da Constituição e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais, segregados no regime constitucional anterior. Diante de tal cenário, surge um novo tribunal federal: o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O Superior Tribunal de Justiça, previsto nos artigos 104 e 105 da Constituição Federal, teve a si encaminhado parte dos processos de competência do Supremo Tribunal Federal, evitando um colapso deste, que estava assoberbado por uma quantidade enorme de processos. O objetivo foi parcialmente atendido, pois mesmo com a criação do STJ, a Constituição Federal de 1998 tratou de diversos temas, ampliando assim a possibilidade de provocação do STF (Tavares, 2021, p. 978). A nova Corte Federal tem como objetivo a unificação do direito federal, possuindo uma vasta competência, julgando uma série de situações que contrariem leis federais, bem como atua em causas em que há conflito de competência; que envolvam autoridades e agentes públicos; homologação de sentenças estrangeiras; e julgar recursos ordinários, por exemplo. Porém, conforme Rennan Faria Krügger Thamay, a principal forma de participação do STJ na jurisdição brasileira é por meio do Recurso Especial, previsto no art. 105, III da Constituição Federal:

(...) que se presta a controlar violação ou negativa de vigência de Lei Federal. Também pode ser controlada pelo Superior Tribunal de Justiça a validade de ato de governo local contestado em face de Lei Federal, bem como nos casos de interpretar a Lei Federal em casos onde essa problemática inicie em outro tribunal. (Thamay, 2020, p. 67).

Apesar da justificativa da criação do Superior Tribunal de Justiça ter sido o “desafogamento” do Supremo Tribunal, é possível afirmar que o problema não foi resolvido, pois, além da expansão da competência das atribuições do Supremo Tribunal Federal, se comparado aquelas descritas na Constituição Federal de 1967, que se restringia às competências extraordinárias (recursais); em assegurar a supremacia da Constituição e a uniformização de sua interpretação e das leis federais; bem como uniformizar o sistema jurídico da União (Bastos, 1984, p. 191). Com a promulgação da Constituição Federal de 1998, surgem novos instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade, como por exemplo, as mudanças no controle concentrado de constitucionalidade, ampliando o direito de propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a criação da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), bem como ampliou rol daqueles legitimados para propor ações do controle concentrado, transformando-a em legitimação concorrente (Moraes, 2008, p. 741), bem como as demais competências (originária e recursal) também foram expandidas, aumentando consideravelmente as possibilidades de provocação judicial da Corte Constitucional. Mas não é só, o acúmulo processual também atingiu o Superior Tribunal de Justiça, por situação semelhante àquela que assola o STF, qual seja, a competência alargada, que inclusive atinge aquele que, para Rennan Thomay (2020, p. 67) o seu principal instrumento de participação na jurisdição brasileira. As hipóteses de cabimento do Recurso Especial (Resp) estão previstas no art. 105, III, alíneas “a”, “b” e “c” da Constituição Federal (Brasil, 1988):

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

O exercício da ampla competência do Recurso Especial, somado a falta de instrumentos de generalização de efeitos das decisões e de seleção de recursos fizeram com que o Superior Tribunal de Justiça se defrontasse com uma crise numérica idêntica ou até mais grave do que o Supremo Tribunal Federal (Mendes; Coelho; Branco, 2009, p. 1017-1018), possuindo atualmente 268.414 (duzentos e sessenta e oito mil, quatrocentos e catorze) processos em tramitação, incluindo 84 (oitenta e quatro) casos afetados ao rito dos recursos repetitivos (Superior Tribunal de Justiça, 2022, n.p).

Diante do considerável número de recursos especiais interpostos, o Superior Tribunal de Justiça vem adotando uma posição mais defensiva, visando, a partir da edição de Súmulas e posicionamentos jurisprudenciais, para realizar melhor filtragem de tais recursos.

2.1 Requisitos para admissão do recurso especial

O Recurso Especial, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, assim como o Recurso Extraordinário do Supremo Tribunal Federal, são recursos de cabimento restrito e de fundamentação vinculada, de modo que suas hipóteses de cabimento estão previstas em dispositivos específicos da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Isso decorre do fato de que na qualidade de recursos excepcionais e com previsão constitucional, sua finalidade possui intrínseca relação com os papéis exercidos pelas Cortes Supremas no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, como cortes de interpretação e de precedentes, de modo que haja uma adequada interpretação do direito, adscrevendo sentido ao discurso do legislador aos textos constitucionais e legais (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2017, p. 1.111), assim garantindo a eficácia da norma constitucional e infraconstitucional.

Neste sentido, verificam-se diversos pontos semelhantes entre tais recursos, como ocorre com os requisitos de admissibilidade que, para Araken de Assis (2017, p. 89) é o exame do conjunto de condições que antecede o julgamento do próprio conteúdo da impugnação. Sendo

admissível o recurso, ante o cumprimento dos requisitos de admissibilidade, pode-se dizer que é conhecido e que terá a análise do pleito pelo órgão responsável, o que nada lhe garante o provimento. Por outra banda, no caso de inadmissibilidade recursal, que ocorre por ausência do cumprimento das condições necessárias para o conhecimento do recurso, o órgão competente não analisará o mérito recursal.

No caso do Recurso Especial, sem prejuízo dos requisitos genéricos de admissibilidade, que são indiferentes a maioria dos recursos, exceto quando a lei os dispensa, como ocorre com os embargos declaratórios – desnecessidade de preparo, nos termos do art. 1.023, *caput*, do Código de Processo Civil – por exemplo, há requisitos que decorrem de sua própria natureza recursal (Medina, 2022, n.p). Assim sendo, o texto da Constituição Federal de 1988 condiciona a admissibilidade do Recurso Especial a outras questões específicas, que seriam os pressupostos cumulativos, previstos no art. 105, III, *caput*, da CF/88 e os pressupostos alternativos, previstos no art. 105, III, a, b, c, da Carta Constitucional.

No que diz respeito aos pressupostos cumulativos do inciso III, *caput*, para que seja cabível o Recurso Especial, *a priori* a decisão deve ser proferida em única ou última instância, ou seja, deve-se haver o esgotamento das vias ordinárias de impugnação, sendo esta uma exigência inafastável para o cabimento do mesmo (Neves, 2016, p. 332). Neste sentido, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha esclarecem que:

Os recursos extraordinário e especial pressupõem uma decisão contra a qual já foram esgotas as possibilidades de impugnação nas instâncias ordinárias ou na instância única. Esses recursos não podem ser exercitados *per saltum*, ignorando uma previsão de recurso ordinário contra a decisão. (Didier Júnior; Cunha, 2016, p. 313)

Ademais, importante discussão se dá sobre a última parte do art. 105, inciso III, *caput*, da Constituição Federal de 1988, uma vez que ao mencionar expressamente que as causas decididas em única ou última instância seriam aquelas tomadas por Tribunais Regionais Federais ou tribunal dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, o próprio Superior Tribunal de Justiça, por força de sua Súmula 203⁴, acabou por inviabilizar

4 Súmula 203, STJ: Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais. (Brasil, 2002).

a possibilidade de que as decisões proferidas por Turmas Recursais fossem atacadas mediante Recurso Especial, o que para Lenio Luiz Streck (2018, n.p) é equivocado, pois permite que este órgão jurisdicional possa dizer o que quiser sobre o direito ordinário.

Também se tem como pressuposto de admissibilidade do Recurso Especial, tal qual ocorre com o Recurso Extraordinário, o prequestionamento, seja ele expresso ou implícito (Didier Júnior; Cunha, 2016, p. 311). A expressão significa, nos dizeres de Teresa Arruda Alvim Wambier e Bruno Dantas que “[...] a questão de direito federal ou que a questão constitucional deve estar presente no acórdão recorrido [...]” (Wambier; Dantas, 2016 p. 338), de modo que a questão já tenha sido enfrentada pelo tribunal recorrido. Ou seja, a partir da análise da decisão, deve-se verificar expressamente ofensa à lei ou à Constituição, pois no processamento dos recursos excepcionais, extraordinário ou especial, tem-se que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça não examinam a lide, mas sim a decisão recorrida. Em razão disso se mostra bastante importante a figura dos Embargos Declaratórios com efeito prequestionador, pois não tendo o tribunal se debruçado sobre a questão, o mesmo pode ser sanado através deste mecanismo legal, conforme Súmula 356 do STF⁵ e 211 do STJ⁶.

Igualmente, também se tem um outro requisito bastante relevante no que tange a admissibilidade do Recurso Especial, inclusive, possuindo entendimento sumulado no Superior Tribunal de Justiça, através de sua Súmula 7⁷, que trata sobre a impossibilidade de reexame de prova. Na mesma esteira é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal para admissão do Recurso Extraordinário, cujo entendimento é possível analisar no teor da Súmula 279⁸. Tais entendimentos decorrem do fato de que o pleito é incompatível com a função destes tribunais superiores, que por

5 Súmula 356, STF: O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. (Brasil, 1963).

6 Súmula 211, STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*. (Brasil, 1998).

7 Súmula 7, STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. (Brasil, 1990).

8 Súmula 279, STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. (Brasil, 1963).

sua vez, servem para o controle da correta aplicação do direito objetivo (Didier Júnior; Cunha, 2016, p. 306), o que não se confunde com a possibilidade de valoração inadequada da prova no âmbito de tais recursos, de modo que não contrarie os entendimentos anteriormente mencionados (Thamay, 2020, p. 600). Acerca disso, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha exemplificam de forma clara sobre tais distinções:

Se, para admitir o recurso especial ou extraordinário, for preciso desfazer afirmação contida no acórdão recorrido, aí é necessário rever fatos ou provas, sendo inviável a irrisignação da parte. O recurso excepcional toma por base as próprias afirmações contidas no acórdão recorrido. Imagine-se, por exemplo, que o acórdão recorrido afirma que não houve prova do pagamento. O recurso excepcional que afirma estar errada a assertiva e reporta-se a algum recibo ou outro documento contido nos autos reclama o reexame de provas ou de fatos, não sendo admissível. Se, para combater as afirmações de fato constantes do acórdão recorrido, for necessário reporta-se a algum documento ou a algum fato ali não retratado, aí incidem os enunciados 7 e 279 das súmulas do STJ e do STF, respectivamente.

Toma-se, porém, como exemplo, a hipótese em que o tribunal afirma que há recibo de quitação nos autos, mas, ainda assim, a parte ré há de ser condenada ao pagamento postulado. Nesse caso, partindo-se dos próprios fatos afirmados no acórdão recorrido, pode-se interpor o recurso especial para alegar violação a uma questão de direito relacionada com a aplicação do Direito Probatório, com a aplicação de dispositivos legais que tratam da admissibilidade ou do valor da prova produzida. (Didier Júnior; Cunha, 2016, p. 308)

Nessa linha de pensamento, é importante destacar que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça não se admite a rediscussão de questão fáticas, mas sim questões de direito. Tal distinção, embora difícil, haja vista que o direito ocorre a partir do momento de sua incidência no mundo real, se mostra relevante quando se fala em Recurso Especial e Extraordinário, uma vez que tais recursos “[...] são padrão de contexto em que aparece de forma nítida a dimensão técnico-processual do conceito de questão de direito [...]” (Wambier; Dantas, 2016 p. 348). Diante de tais restrições, também não se admite reexame de cláusula contratual em sede de Recurso Especial perante o Superior Tribunal de Justiça, conforme

enunciado de sua Súmula 5^o. Nesse ponto, teria a análise sobre o contrato e suas cláusulas, em verdade, envolvimento direito com uma matéria de fato, por buscar constatar a intenção dos envolvidos na negociação, o que é vedado (Oliveira, 2002 *apud* Didier Júnior; Cunha, 2016, p. 310).

A partir da Emenda Constitucional n. 125/2022, houve uma alteração no art. 105 da Constituição Federal de 1988, com a adição dos §§ 2^o e 3^o, que preveem um novo requisito de admissibilidade do Recurso Especial, consistente na necessidade de demonstração da relevância de questões de direito federal infraconstitucional, tal qual ocorreu com o Recurso Extraordinário no ano de 2004, com a edição da Emenda Constitucional n. 45, no âmbito do STF.

2.2 Emenda constitucional n° 125/2022: relevância de questão federal infraconstitucional

Conforme demonstrado em tópico anterior, a admissão do Recurso Especial pelo Superior Tribunal de Justiça está condicionada ao atendimento de diversos requisitos. Porém, tais condicionantes não têm sido suficientes para possibilitar um desafogamento do órgão judiciário, motivo pelo qual, no ano de 2012, foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n° 209/2012, de autoria dos deputados federais Luiz Pitiman e Rose de Freitas.

A PEC n° 209/2012 tinha por objetivo inserir §1^o ao art. 105 da Constituição Federal, que exigia do recorrente a demonstração das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, para que então fosse examinada a admissão do recurso, que somente poderia ser recusado diante da manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento (Brasil, 2012). A justificativa para apresentação da referida Proposta de Emenda à Constituição era a exigência da demonstração de repercussão geral para admissão do Recurso Extraordinário.

A Lei n° 11.418, de 19 de dezembro de 2006 regulamentou o §3^o do art. 102 da Constituição Federal, inserindo no Código de Processo Civil os artigos 543-A e 543-B, disciplinando o requisito da repercussão geral (Brasil, 2006). Os resultados referentes à admissão do Recurso Extraordinário, após a inserção do requisito de admissibilidade junto ao

9 Súmula 5, STJ: A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial. (Brasil, 1990).

Supremo Tribunal Federal foram promissores: em 2007 haviam sido distribuídos 159.522 (cento e cinquenta e nove mil, quinhentos e vinte e dois) recursos extraordinários, enquanto em 2011 o número foi reduzido para 38.109 (trinta e oito mil cento e nove) distribuições (Brasil, 2012). A intenção dos parlamentares autores da PEC, ao exigir dos jurisdicionados a demonstração da questão de direito federal seria estabelecer filtro semelhante na admissão do Recurso Especial, diminuindo assim sua distribuição junto ao Superior Tribunal de Justiça.

O congestionamento processual causado pelo livre acesso ao Superior Tribunal de Justiça, em razão da ausência de filtro semelhante ao do Recurso Extraordinário foi exposto nos motivos que justificaram a apresentação da PEC 209/2012:

(...) Atualmente, vige um modelo de livre acesso, desde que atendidos os requisitos já explicitados como constantes do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal. De tal sorte, acotovelam-se no STJ diversas questões de índole corriqueira, como multas por infração de trânsito, cortes no fornecimento de energia elétrica, de água, de telefone. Ademais, questões, inclusive já deveras e repetidamente enfrentadas pelo STJ (...) (Brasil, 2012)

Após a realizações de discussões e com o transcorrer do devido processo legislativo, inclusive com debate realizado pelo Senado Federal, a Proposta de Emenda à Constituição nº 209/2012 resultou na PEC nº 39/2021, popularmente conhecida como “PEC da relevância”, posteriormente transformada na Emenda Constitucional (EC) nº 125/2022, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 105 da Constituição Federal, instituindo no Recurso Especial o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional.

A redação do §1º permaneceu idêntica àquela contida na PEC nº 209/2012, porém, a EC nº 125/2022 inovou ao elencar no §2º hipóteses em que a relevância seria presumida, passando então a possuir a seguinte redação:

Art. 105.

(...)

§ 1º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas

no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo não o conhecer por esse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento.

§ 2º Haverá a relevância de que trata o § 1º nos seguintes casos: I – ações penais; II – ações de improbidade administrativa; III – ações cujo valor de causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários-mínimos; IV – ações que possam gerar inelegibilidade; V – hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; VI – outras hipóteses previstas em lei. (BRASIL, 2022)

Em que pese a necessidade de implementação de instrumentos processuais que permitam maior celeridade e eficiência não apenas para as decisões em sede de Recurso Especial, mas também para todas aquelas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, surge a preocupação quanto ao grau de restrição do direito ao acesso à justiça, classificado como norma fundamental na Constituição Federal de 1988, tema que será analisado a seguir.

3 A RELEVÂNCIA DAS QUESTÕES DE DIREITO FEDERAL INFRACONSTITUCIONAL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA

A Emenda Constitucional nº 125/2022 inovou no ordenamento jurídico, inserindo como requisito de admissibilidade do Recurso Especial a demonstração relevância das questões de direito federal infraconstitucional, trazendo, porém, hipóteses de matérias em que o preenchimento do requisito será presumido. Notadamente, o objetivo do legislador foi impor um maior filtro para que a demanda seja processada junto ao Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que há possibilidade de requisito previsto no §1º do art. 105 da Constituição Federal, ao tentar auxiliar no “desafogamento” dos recursos especiais junto ao STJ, e dar maior celeridade ao tramite processual, criar um outro problema: a violação ao acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

O direito fundamental ao acesso à justiça vem sofrendo uma evolução, em conformidade com o processo de transformação do direito.

Conforme expõem Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o acesso à justiça inicialmente se restringia ao direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. Porém, fatores como a transformação do Estado Liberal em Estado Social, que ensejou na modificação radical do conceito de direitos humanos, e o surgimento dos direitos coletivos alteraram significativamente o seu conteúdo, passando a ser encarado como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretende garantir e proclamar o direito de todos (1988, p. 12). Os autores defenderam que o acesso à justiça possui três ondas¹⁰, decorrentes justamente dos fatores acima indicados, que ensejaram na transformação do conteúdo do referido direito: a primeira onda estaria relacionada à garantia de assistência judiciária aos pobres (Cappelletti; Garth, 1988, p. 31-32), que acarretou na criação de defensorias públicas e outros órgãos com serviços semelhantes, com um enorme aumento de ações judiciais ajuizadas, principalmente contra o próprio Estado acerca da execução e implementação de direitos e políticas públicas (Onodera, 2017, p. 18); a segunda onda possui relação com a representação de interesses difusos, abordando questões relacionadas ao direito ambiental e do consumidor; por fim, a terceira onda do acesso à justiça referiu-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 [...]” (Ledesma, 2023, p. 233).

Portanto, o acesso à justiça não se refere apenas à possibilidade de permitir ao jurisdicionado que possa socorrer-se ao Poder Judiciário quando necessário, consistindo também na garantia de assistência jurídica, nas hipóteses em que o assistido não possuir condições financeiras; bem como em uma ampla tutela de direitos, acompanhando o desenvolvimento das relações sociais e o surgimento de novo direitos, devendo garanti-los e efetivá-los; e também permitir uma rápida resposta da tutela jurisdicional ou então possibilitar novas formas para solução dos litígios, para que o indivíduo tenha liberdade para escolher qual mecanismo de solução de conflitos tutela o direito envolvido no caso concreto.

10 Acrescentando a teoria desenvolvida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, Diego Esteves e Franklin Roger defendem a existência de 5 ondas do acesso à Justiça. Para os autores, a quarta onda estaria relacionada à dimensão política do direito, devendo ser garantido também acesso aos advogados das partes, ocasionando assim, efetividade do acesso à justiça. Já a quinta onda refere-se à internacionalização da proteção dos direitos humanos. (Esteves; Silva, 2017. p. 20-40)

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 125/2022, há possibilidade de violação ao acesso à justiça, em razão da imposição de necessidade de demonstração de relevância de questões federais infraconstitucionais. Inexistente o preenchimento do requisito, o Recurso Especial deverá ser inadmitido. Reside no núcleo da discussão dois importantes fatores do acesso à justiça: a possibilidade que o jurisdicionado possui em provocar o Poder Judiciário (primeira onda), com advogado particular ou público, bem como a própria celeridade processual e rápida resposta do Estado na solução do litígio, conforme contido na terceira onda de acesso à justiça. Para tanto, há necessidade de adentrar em questões peculiares, relacionadas ao novo requisito, contido no §1º do art. 105 da Constituição Federal.

3.1 Relevância das questões de direito federal infraconstitucional – art. 105, § 1º da constituição federal

A primeira etapa para verificar se o requisito contido no inciso III do art. 105 da Constituição Federal, que impõe novo filtro ao Recurso Especial para sua admissão junto ao Superior Tribunal de Justiça, viola o direito fundamental ao acesso à justiça, é a tentativa de realizar uma delimitação conceitual do que vem a ser “relevância da questão federal”.

Fábio Resende Leal (2023, p. 249) defende que quando se pensa em “relevância da questão federal”, deverá ser feita interpretação de forma semelhante àquela destinada ao estudo da repercussão geral, analisando não apenas o critério relevância, mas também transcendência. Pois, apesar da possibilidade da relevância jurídica da demanda, poderá se limitar ao interesse das partes, hipótese em que deverá ser resolvida nas esferas inferiores, considerando que o STJ não recebeu a missão constitucional de mero revisor, mas sim de uniformizar a interpretação do direito federal infraconstitucional de forma objetiva, mesmo posicionamento adotado por Daniel Mitidiero (2022. p. RB-2.2), para quem a relevância da questão federal está associada à transcendência, podendo possuir natureza economia, social, política ou jurídica para sua configuração, ou seja, que tenha capacidade de ultrapassar o simples interesse das partes, dando unidade ao direito. Já Georges Abboud e Matthäus Kroschinsky entendem que a arguição de relevância deve ser entendida como um conceito

indeterminado, não se limitado a interpretação apenas à relação texto e norma, mas sim levando em consideração todo o contexto envolvido no caso concreto (2022, n.p).

Quanto à questão federal, está distribuída em três hipóteses previstas na Constituição, que seriam aquelas hipóteses contidas no inciso III do art. 105 da Constituição Federal: contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal; podendo ser resumida, simplesmente, na contrariedade ao direito federal (Mitidiero, 2022, p. RB 2.2). Caso o Superior Tribunal de Justiça adote o posicionamento apresentado por Daniel Mitidiero (2022, p. RB. 2.2) sobre o que vem a ser questão federal, que já estava previsto na Constituição Federal (Art. 105, III, alíneas “a”, “b” e “c”), poderá ser afirmado que a EC nº 125/2022 trouxe apenas como novo filtro a relevância, considerando que as hipóteses de cabimento do Recurso Especial não foram modificadas, bem como não se conceituou de forma expressa o que seria “questão federal”. Ademais, o posicionamento do Autor é coerente e busca uma solução interna, ou seja, já contida nas hipóteses de cabimento do Resp.

Importante mencionar também que o § 3º do art. 105 da Constituição Federal, inserido pela PEC 125/2022, também trouxe hipóteses em que a relevância é presumida, ocorrendo nas ações penais; ações de improbidade administrativa; ações cujo valor de causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos; ações que possam gerar inelegibilidade; hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; bem como em outras hipóteses previstas em lei (Brasil, 1988), não sendo, portanto um rol exaustivo, considerando a possibilidade de a lei - expressão ampla, devendo, portanto, abranger normas constitucionais e infraconstitucionais - prever outras possibilidades em que a relevância de questão federal será presumida.

Em levantamento pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), realizado junto ao banco de dados do STJ, referente aos casos distribuídos na Corte em 2021, constatou-se que as hipóteses contidas no §3º do art. 105 corresponderam a um terço dos recursos especiais e agravos em recurso especial distribuídos na corte. Naquele ano foram distribuídos 291 (duzentos e noventa e um) mil recursos, resultado da soma de 233.100

(duzentos e trinta e três mil e cem) recursos especiais, interposto contra decisão de inadmissão pelas instancias ordinárias, e 57.900 (cinquenta e sete mil e novecentos mil) recursos especiais (VITAL, 2022, n.p). Ou seja, 107 (cento e sete) mil recursos especiais (em sentido amplo, abrangendo também os agravos interpostos contra decisão de inadmissão) distribuídos junto ao STJ possuíam a chamada relevância presumida.

Tal informação pode ser considerada um elemento determinante para conclusão do presente trabalho, que pretende verificar se a EC nº 125/2022 viola o conteúdo do Acesso à Justiça, notadamente na sua primeira onda. Conforme pode ser examinado no §3º do art. 105 da Constituição Federal, dispõe o seu *caput*: “[...] Haverá relevância de que trata o §2º deste artigo nos seguintes casos [...]” (Brasil, 1988), não discorrendo o legislador constitucional se, em tais hipóteses, a relevância presumida será absoluta ou relativa. A partir de um critério puramente literal, como não consta expressamente nenhuma cláusula de exceção, o posicionamento correto é aquele que interpreta as hipóteses contidas nos incisos do §3º do art. 105 da Constituição Federal como absolutas.

Assim, utilizando como parâmetro os dados coletados com a FGV, um terço dos recursos especiais distribuídos teriam processamento automático, número considerado relevante, não sendo correto afirmar que há uma considerável restrição, pois além da admissibilidade automática, o legislador constituinte previu que podem ser regulamentadas outras hipóteses de relevância presumida por norma infralegal (art. 105, §3º, VI da CF/88), bem como há também a possibilidade daqueles recursos especiais que não possuem relevância presumida serem admitidos, dependendo do preenchimento dos requisitos constitucionais, legais e jurisprudenciais, já expostos.

Um segundo fator de considerável importância refere-se ao quão abrangente será o conteúdo do requisito “relevância de questão federal”. Caso adotado entendimento já exposto, de que a questão federal se refere às hipóteses de cabimento do Recurso Especial, já previstos expressamente no art. 105, III, alíneas “a”, “b” e “c”, da Constituição Federal, é possível afirmar que não haverá nenhuma novidade quanto à expressão, restando saber qual será o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, se adotará ou não uma posição mais defensiva quanto à admissibilidade recursal. Porém, de início, não se pode afirmar que há uma violação ao conteúdo do Acesso à Justiça, notadamente em sua primeira onda.

Por fim, importante analisar a atual situação do Superior Tribunal de Justiça: em 2022, a Corte encerrou o ano atingindo a marca de 577.707 (quinhentos e setenta e sete mil, setecentos e sete) julgamentos, sendo o número 4,6% superior ao registrado em 2021 (Superior Tribunal de Justiça, 2022, n.p). O elevado número de processos distribuídos junto ao STJ geram uma sobrecarga, decorrentes de uma ausência de cultura de respeito às decisões judiciais (ainda sem efeito vinculante formal) e ao enorme número de leis federais interpretados por diversos juízes e tribunais (Salomão, 2022, p 150), ensejando uma maior morosidade na solução das demandas, fato que poderá ensejar violação ao Acesso à Justiça, notadamente no que diz respeito à terceira onda, que tem, dentre as hipóteses de seu conteúdo, a celeridade e efetividade dos órgãos judiciários.

Portanto, a diminuição de distribuição de demandas, para que o Superior Tribunal de Justiça possa julgar com maior celeridade e efetividade, também está em harmonia com o conteúdo do acesso à justiça. Assim, em razão dos argumentos expostos, é incorreto afirmar que a inserção do requisito “relevância de questão federal infraconstitucional” viola o direito dos jurisdicionados em ter acesso ao Poder Judiciário.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo analisar o conteúdo da Emenda Constitucional nº 125/2022, que inseriu na Constituição Federal um novo requisito para admissão do Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça: a relevância de questão federal; para verificar se há violação ao Acesso à Justiça.

Inicialmente foi realizada uma abordagem demonstrando o contexto de criação do Superior Tribunal de Justiça, que derivou de uma repartição de competências do Supremo Tribunal Federal, em razão do alto número de demandas que possuía para julgamento. Ocorre que o legislador constituinte, quando da regulamentação constitucional do STJ também lhe atribui um extenso rol de competências, motivo que lhe causou uma enorme sobrecarga processual.

Diante do acúmulo de processos, o STJ vem adotando uma jurisprudência defensiva no que se refere à admissão do Recurso Especial, principal instrumento de provocação da jurisdição da corte, considerando sua atribuição de unificação da interpretação de lei federal. Houve,

portanto, demonstração dos requisitos exigidos pelo Superior Tribunal de Justiça para admissão do Resp, sendo realizada também uma abordagem da Proposta de Emenda à Constituição 125/2022, que inseriu no ordenamento jurídico o requisito da relevância da questão federal, um novo filtro de admissibilidade do recurso especial.

Na última parte do trabalho, foi abordado o conteúdo do direito fundamental ao Acesso à Justiça, com exposição das suas três ondas, posteriormente foi realizada uma análise do conceito e do conteúdo do requisito relevância da questão federal, justamente a fim de verificar se há ou não violação ao Acesso à Justiça.

Conclui-se que, caso o Superior Tribunal de Justiça ou a norma regulamentadora interpretar a expressão “questão federal” como aquelas hipóteses já contidas no art. 105, III, alíneas “a”, “b” e “c”, da Constituição Federal, bem como se as hipóteses de relevância presumida contidas no §3º do texto constitucional forem absolutas e, somado a alto grau de acúmulo de processos no Superior Tribunal de Justiça, que não há, até então, violação ao Acesso à Justiça, notadamente em razão da PEC nº 125/2022 buscar uma maior efetividade e eficiência do Superior Tribunal de Justiça, havendo portanto, harmonia com o conteúdo do Acesso à Justiça, notadamente naquilo que dispõe a sua terceira onda.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, George; KROSCHINSKY, Matthäus. Notas sobre a nova arguição de relevância em recurso especial. **Conjur**, 20 jul. 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jul-20/abboud-kroschinsky-arguicao-relevancia-resp#_ftnref. Acesso em: 20 set. 2023.

ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. 1ª ed. São Paulo.: Revista dos Tribunais, 2017. *Ebook*

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 18 set. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 125, de 14 de julho de 2022. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc125.htm Acesso em 20 set. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em 20 set. 2023

BRASIL. Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.418%2C%20DE%2019,Art. Acesso em 20 set. 2023.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 209, de 23 de agosto de 2012. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553947> Acesso em 20 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 203.** Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais. Julgado em 23/05/2002. DJ 03/06/2002. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula203alteradapdf.pdf. Acesso em 22 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 211.** Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*. Julgado em 01/07/1998. DJ 03/08/1998 Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula211.pdf. Acesso em 22 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 5.** A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial. Julgado em 10/05/1990. DJ 21/05/1990. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula5.pdf. Acesso em 22 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 7.** A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Julgado em 28/06/1990. DJ 03/07/1990 Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2005_1_capSumula7.pdf. Acesso em 22 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 279.** Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Julgado em 13/12/1963. Disponível em: <https://>

portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2174.
Acesso em 22 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 356**. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. Julgado em 13/12/1963. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2648>. Acesso em 22 set. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. 13ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

ESTEVES, Diego. SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da Defensoria Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LEAL, Fábio Resende. **Recurso Especial: Teoria e Prática - Relevância da Questão Federal**. 2ª ed. Juruá: Curitiba, 2023.

LEDESMA, Thomás Henrique Welter. In: DIAS, Handel Martins. GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. LEAL, Rogério Gesta (Org). **Coletânea do VII Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis: Volume 2: Tutelas à efetivação de direitos transindividuais**. São Paulo: Dialética, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. Novas e velhas questões sobre a admissibilidade do recurso especial. **Conjur**. Disponível em

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2016

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. **Gerenciamento do Processo e o Acesso à Justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

SALOMÃO, Rodrigo Cunha Mello. **A relevância da questão de direito no Recurso Especial**. Curitiba: Juruá, 2021.

STRECK. Lenio Luiz. O poder sem limites dos juizados e das turmas recursais. **Conjur**. 2018 Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/senso-in-comum-poder-limites-juizados-turmas-recursais> Acesso em 20 set. 2023

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Tribunal encerra 2022 com recorde de julgamentos e reduz estoque processual pelo quinto ano seguido**. Publicação: 19 dez. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/19122022-Tribunal-encerra-2022-com-recorde-de-julgamentos-e-reduce-estoque-processual-pelo-quinto-ano-seguido.aspx> Acesso em 22 set. 2023.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Saraivajur, 2021.

THAMAY, Rennan Faria Krügger. **Manual de Direito Processual Civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraivajur, 2020.

VITAL, Danilo. Em 2021, apenas um terço dos recursos especiais no STJ teria relevância presumida. **Conjur**, 9 out. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-09/filtro-relevancia-barrar-dois-tercos-resps-stj> Acesso em 22 set. 2023

WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. DANTAS. Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

A DESOBEDIÊNCIA CONTUMAZ DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES: UM ESTUDO DE CASO DA ENEL COMO GRANDE LITIGANTE NO TJCE

LARA DE SOUSA DUARTE¹

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, que rompe com um regime ditatorial e inaugura uma nova ordem democrática, também apresenta em seu núcleo essencial a ideia de fortalecimento da cidadania como instrumento da democracia. Esse ímpeto cidadão se dá tanto pela instituição de direitos, quanto pela criação de garantias e instrumentos capazes de viabilizar esses direitos.

Nesse sentido, a norma constitucional prevê a existência dos Juizados Especiais para as causas de menor complexidade e baixo valor. A Lei 9.099/95 regulamenta o microsistema dos Juizados Especiais e estabelece uma carga principiológica que vai reger todo o seu funcionamento, e substitui o regramento anterior previsto pela Lei 7.244/1984 que regulamentava o Juizado de Pequenas Causas.

Há também, a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, criando um microsistema de defesa dos consumidores moderno e amplo, abrangendo direitos individuais e coletivos.

Com base nesse arcabouço normativo, o resultado fático é que os Juizados Especiais Cíveis se tornaram uma referência em direito dos consumidores, possibilitando o acesso à justiça por todas as camadas da sociedade, em razão da sua simplicidade, princípio de envergadura constitucional.

Entretanto, a despeito de o seu objetivo ser uma prestação jurisdicional célere e desburocratizada, os juizados alcançaram altas taxas

1 Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Bolsista pela CAPES. Integrante do grupo de pesquisa Processo e Constituição vinculado ao PPGD da FMP/RS. laaraduarte@hotmail.com

de congestionamento, com grande número de processos represados, não sendo capazes de alcançar a desejada celeridade.

Nesse cenário, é possível ainda, identificar fornecedores que desrespeitam os direitos dos consumidores de forma contumaz, visto que representam, isoladamente, grandes frações de litígios em determinadas unidades.

O objetivo do presente estudo é analisar de como determinadas empresas, aqui retratada pela Concessionária de Energia Elétrica – ENEL, são renitentes descumpridores dos regramentos do Código de Defesa do Consumidor, e como o microsistema dos juizados especiais desempenha sua função de democratizar o acesso à justiça e possibilitar a denúncia desses casos.

Após um estudo sobre o microsistema dos Juizados Especiais e Direito do Consumidor, realizar-se-á uma análise dos números extraídos do Painel de Grandes Litigantes, com dados elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça.

Dentro do painel de Grandes Litigantes, será feito um recorte temático referente às unidades e Turmas Recursais do Juizado Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, de forma a compreender as particularidades que fazem com seja a referida Concessionária a segunda maior litigante em polo passivo, perdendo apenas para o Governo do Estado do Ceará.

Ato contínuo verificar-se-ão as possibilidades para enfrentar a problemática gerada por empresas que desrespeitam de forma reiterada e sistemática os direitos dos consumidores, e as possíveis instâncias de controle, como a atuação de agências reguladoras da prestação do serviço.

A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica, com análise documental através de legislação, jurisprudência e doutrina, realizando uma análise qualitativa desses dados, além da utilização de dados extraídos de pesquisa quantitativa do Conselho Nacional de Justiça.

O presente trabalho deseja compreender este fenômeno que permite o desrespeito sistêmico do microsistema de proteção aos direitos dos consumidores, e como os Juizados Especiais participam desse sistema de proteção, porém não são capazes de agir como a única instância de defesa.

2 JUIZADO ESPECIAL COMO PORTA DE ACESSO AOS CONSUMIDORES E SUAS VULNERABILIDADES

A Constituição Federal de 1988, documento elaborado em um momento de efervescência democrática no pós-ditadura civil-militar, prevê expressamente a competência para União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, de criarem Juizados Especiais.

Essa parcela do Poder Judiciário, surge como um braço especializado em causas cíveis de baixa complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, além de prever que a sua tramitação ocorra prestigiando a forma oral e sob o rito sumaríssimo (Brasil, 1988).

É válido destacar que a constitucionalização de uma justiça especializada em causas de pequena monta e menor complexidade surge em um contexto de valorização da capacidade do exercício da cidadania, especificamente pela saída de um regime de exceção que restringiu direitos e garantias individuais.

Pode-se ressaltar ainda que esse surgimento atende ao que Cappelletti e Garth designaram como terceira onda de acesso à justiça, que compreende a efetividade do acesso à justiça para além da gratuidade do acesso e representação adequada. Em suas palavras, essa onda de acesso à justiça corresponde a:

Uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais (...) destinadas a evitar litígios ou facilitar a sua solução. (Cappelletti e Garth, 1988, p. 71)

No Brasil, a criação dos Juizados Especiais se deu com o objetivo de facilitar o acesso à justiça, após um diagnóstico de que causas de menor expressão econômica não estava chegando à apreciação judicial, seja pela descredibilidade do Poder Judiciário, pela desproporção entre valor questionado e os custos para ingresso da ação, quer por ausência de informação sobre a existência dos direitos a serem pleiteados (Ferraz, 2016, p. 54).

Aliado à finalidade essencial, a pesquisadora Ferraz (2016, p. 54) ainda ressalta o objetivo de resgatar a credibilidade da população no Poder Judiciário, promover a cidadania da população, além de gerar uma mudança de mentalidade nos operadores do direito, com o fim de estabe-

lecer uma cultura mais informal e menos burocrática, além de fortalecer os métodos alternativos de solução de conflitos, como a conciliação.

É válido destacar que os objetivos acima relatados ainda são obstáculos atuais, em que pese o inegável avanço e sucesso do microsistema dos Juizados especiais.

Em 1995, a Lei 9.099 foi promulgada, regulamentando os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e substituindo a lei anterior que tratava sobre os Juizados de Pequenas Causas, que devem ter o seu procedimento balizado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, além do fomento à conciliação ou transação entre as partes (Brasil, 1995).

Esses princípios regem o microsistema dos Juizados Especiais e possibilitam a prestação jurisdicional desburocratizada e mais célere, além de ser acessível a todas as camadas do tecido social, especialmente àquela parcela da população normalmente marginalizada do exercício da cidadania, em razão de aspectos econômicos e sociais.

A despeito de toda a carga axiológica dos princípios que regem o microsistema dos Juizados Especiais, a verdade é que a estrutura (física e humana) não estava preparada para a alta demanda de ações ajuizadas (Ferraz, 2016, p. 55), o que resultou em um descumprimento do princípio da celeridade.

Ademais, é preciso que se leve em consideração o fato de que uma boa parte das ações ajuizadas no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis são questões que versam sobre Direito do Consumidor. Ou seja, embora não sejam as únicas matérias analisadas, certo é que boa parte do volume de ações se relaciona com o direito dos consumidores. Em regra, essas demandas preenchem aqueles pontos de causas de valor baixo e não complexas. Além disso, são problemas que atingem todos os estratos sociais, especialmente em uma sociedade de consumo.

Simplicidade e oralidade no momento do ajuizamento da ação, não obrigatoriedade de patrocínio de advogado em causas de até 20 salários-mínimos nos juizados estaduais, e outras facilidades inerentes ao microsistema dos Juizados Especiais permitem que consumidores de todas as faixas sociais consigam ingressar no judiciário em busca de seus direitos.

Some-se a isso o fato de haver um esforço coletivo, especialmente de órgãos de defesa dos consumidores em realizar um trabalho contínuo

de fortalecimento da cidadania e compartilhamento de informações, de forma a munir esses consumidores de conhecimento sobre os seus direitos.

Nessa toada, em 1990 há a promulgação do Código de Defesa do Consumidor que apresenta uma regulamentação vasta e moderna sobre as relações consumeristas, inovando, inclusive, na criação do instituto da inversão do ônus da prova, em prol do consumidor processualmente vulnerável.

Stussi ressalta que a promulgação do Código de Defesa do Consumidor fez surgir uma consciência de direitos também em relação aos serviços públicos:

E o cidadão passou a entender-se como consumidor não só em relação aos comércios tradicionais, mas também em relação aos serviços ofertados pelo governo. Assim sendo, serviços como os de telecomunicações, energia elétrica, gás e transportes, deixaram de ser vistos pela população como benesses e a qualidade dos mesmos passou a ser questionada pelos usuários. (Stussi, [s.d.], p. 8)

O Código de Defesa do Consumidor determinou o reconhecimento da vulnerabilidade como um princípio informativo e determinante do regramento em Defesa do Consumidor. Essa vulnerabilidade foi originalmente dividida pelo CDC em seus aspectos técnicos, jurídicos e fáticos. Posteriormente, a doutrina aderiu a outras classificações, inclusive em razão das modificações do mercado de consumo.

Para Miragem (p. 245) a vulnerabilidade pode ser compreendida em duas concepções. Em abstrato quando presume que todos os consumidores são vulneráveis, “que fundamenta a própria existência de normas de proteção e sua aplicação para reequilibrar a relação jurídica entre as partes”. A segunda concepção é a sua aplicação em concreto, a partir de uma análise das particularidades de cada caso, o que pode, por exemplo, identificar fatos que agravem a situação de desigualdade do consumidor. O autor segue afirmando que:

Os efeitos da vulnerabilidade se produzem em diferentes níveis, informando a definição dos conceitos essenciais do microsistema de defesa do consumidor, a interpretação de suas disposições (como se caracteriza a informação adequada ou a segurança legitimamente esperada), assim como a rejeição de um resultado

da aplicação incompatível com o princípio (assim, por exemplo, a que equipare a consumidor o empresário parte de um contrato paritário, ou mitigue riscos empresariais mediante aplicação das regras do CDC). (Miragem, [s.d.], p. 246).

Nesse sentido, o atual cenário dos Juizados Especiais no que diz respeito às demandas consumeristas, concentra altos volumes de demandas quase que repetitivas. Isso porque, de um lado encontra-se o consumidor, enquanto do outro determinado fornecedor ou prestadora de serviço público, que se torna um litigante habitual, cometendo as mesmas violações aos direitos dos consumidores de forma renitente.

Cappelletti e Garth (1988, p. 28) afirmaram que sob a ótica do acesso à justiça, as vantagens se revertem aos litigantes organizacionais, que são capazes de utilizar-se do sistema judicial em prol de seus próprios interesses.

O que vale destacar nesse ponto é que em determinados casos, a violação aos direitos dos consumidores é tão sistemática e arraigada dentro da economia de mercados desses fornecedores, que a prestação jurisdicional isoladamente não é suficiente para solucionar a problemática.

Isso porque, nesses casos, o problema ultrapassa a seara individual daquele consumidor litigante, e atinge toda a política de mercado, de forma que alcança aspectos sociais, econômicos e jurídicos.

3 JUSTIÇA EM NÚMEROS: A EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA COMO GRANDE LITIGANTE NO CEARÁ

Anualmente o Conselho Nacional de Justiça apresenta um relatório quantitativo com dados importantes sobre a prestação jurisdicional em todo país. Dentre todos os dados apresentados, é possível descobrir quais são os maiores litigantes, seja ao considerar o Poder Judiciário como um todo, seja aplicando filtros que permitem olhar setores particularmente.

No presente estudo, optou-se por utilizar o filtro que permite verificar quem são os maiores litigantes nas Unidades do Juizado Especial e suas Turmas Recursais do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Utilizou-se também o recorte para analisar apenas o polo passivo, uma vez que o objeto de estudo é a atuação dos juizados especiais em casos que evidenciam a vulnerabilidade dos consumidores,

O maior litigante em números absolutos é o Governo do Estado do Ceará e o seu ente representante, que ocupa o primeiro lugar tanto no polo passivo quanto ativo. As causas que envolvem a pessoa jurídica de direito público são afetadas ao Juizado Especial da Fazenda Pública, e não serão trabalhadas neste estudo.

Quem ocupa o segundo lugar, com 4,73% de causas no polo passivo é a Companhia Energética do Ceará. Some-se a esse número, 0,54% referente a causas em que o polo passivo é ENEL. Apesar de duas nomenclaturas diferentes, trata-se da mesma prestadora de serviço: a concessionária de serviço público que foi autorizada a prestar o serviço de energia elétrica no Ceará. Dessa forma, a empresa concessionária de Energia Elétrica totaliza, em relação aos casos pendentes um total de 5,27% de todas as causas pendentes no Juizado Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (CNJ, 2023).

Já em relação aos processos novos, a ENEL soma os valores de 4,73% e 1,06%, totalizando a porcentagem de 5,79% dos processos novos nos últimos 12 meses a partir da data de atualização, que foi a de 18/07/2023 (CNJ, 2023).

A partir da análise desses dados, é possível inferir que a ENEL, no Ceará, supera os números de outros litigantes contumazes como agências bancárias, financeiras, empresas de telefonia e empresas aéreas, se consideradas individualmente. Uma primeira análise já denota que os maiores litigantes, com exceção do Estado do Ceará, são todos relativos à prestação ou fornecimento de bens ou serviços, matérias afetadas ao Direito do Consumidor.

Consultando julgados em que a empresa ENEL figura como ré no âmbito dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, é possível perceber que algumas demandas se repetem. Ou seja, as mesmas violações a serviços de direitos que um consumidor sofre, se replicam atingindo outros.

Uma das demandas que se repetem de forma sistemática é sobre a cobrança indevida de um suposto consumo não faturado². Embora seja possível a cobrança de serviço não faturado, essa precisa ser feita de acordo com a Resolução 414/2010 da ANEEL.

2 Vide processo nº 0005417-02.2019.8.06.0041

Nos arts. 129 e seguintes da referida Resolução a ANEEL estabelece os requisitos para que seja comprovada a existência de irregularidade e recuperação da receita, dentro dos quais estão previstas etapas e prazos que garantem a participação do consumidor no procedimento de análise, assim como a fixação de prazos para impugnação.

O que se percebe da análise dos autos é que o Termo de Ocorrência e Inspeção é realizado sem respeitar o princípio do contraditório e ampla defesa do consumidor, sendo realizada a inspeção técnica à sua revelia.

Outra demanda que se repete de forma recorrente são os pedidos de ligação de nova rede de energia elétrica³ ou extensão de rede elétrica da existente⁴. Nesses casos, costuma haver uma demora irrazoável e incompatível com a Resolução 414/2010 da ANEEL.

O texto da Resolução estabelece um prazo de 60 dias para obras na rede de distribuição aérea de tensão secundária, e de 120 dias quando se tratar de obra com dimensão de até um quilômetro na rede de tensão primária.

O que se destaca da análise jurisprudencial é que há, por parte da Concessionária de Energia Elétrica a justificativa de se tratar de obra complexa, porém, não apresentando provas contundentes da sua alegação ou dos impedimentos para a realização da instalação/extensão.

Ademais, ainda da análise desses casos é possível visualizar atrasos que ultrapassam o período de um ano, e que só são efetivados após decisão judicial, deixando o consumidor, parte vulnerável da relação, sem acesso a um serviço público essencial à manutenção da sua dignidade.

Outras demandas que se repetem de forma recorrente são a interrupção do serviço de forma indevida⁵, demandas que envolvem pessoas eletrodependentes⁶, que são aquelas que tem a sua vida dependente de alguma aparelho elétrico, e, portanto, não podem ter a sua energia suprimida sem que a sua vida afetada diretamente; demora irrazoável na religação do fornecimento de energia⁷, entre tantas outras.

3 Vide processo nº 0050164-68.2020.8.06.0181

4 Vide processo nº 0010573-19.2020.8.06.0143

5 Vide processo nº 0008549-34.2017.8.06.0107

6 Vide processo nº 0213140-09.2022.8.06.0001

7 Vide processo nº 0050014-12.2021.8.06.0097

É válido pontuar que os serviços de Energia Elétrica é regulado no país pela ANEEL, e no Ceará, a Agência Reguladora do Estado do Ceará possui atribuições para fiscalização técnica, operacional e comercial, inclusive dos serviços de geração, através dos Convênios de Cooperação nº 06/1999 e 14/2010. Além das atividades de fiscalização para manter a qualidade do serviço prestado, a Agência Reguladora estadual também atua em defesa dos consumidores (ARCE, 2022).

A Agência emite notas técnicas através de sua Coordenadoria de Energia, que irão apresentar diagnósticos e recomendações à empresa, podendo, por fim, gerar penalidades. No que diz respeito ao tema Continuidade do Fornecimento, a ARCE emitiu nota técnica 0001/2022 atestando o cumprimento de 80% das metas que haviam sido pactuadas pela agência, enquanto recomenda o acompanhamento das ações que não atingiram os parâmetros indicados (ARCE, 2022).

Já na Nota Técnica NTEC/CEE/0005/2022 (ARCE, 2022), sobre os pedidos de ligação nova ou aumento de carga com necessidade de obra, concluiu-se que o prazo médio de atendimento de obras atrasadas Tipo 1 e 2 e o prazo médio de elaboração de estudo, projetos e orçamentos não atendem às expectativas da ARCE e ANEEL, pois não conseguem reduzir os níveis para os regulados pela Resolução Normativa nº 1000/2021 da ANEEL, que estabelece em seu art. 88 prazos entre 60 e 365 dias.

Já o Relatório de Fiscalização RF/CEE/0007/2022, apresenta o número de pedidos de ligação de energia com obras pendentes, no total de 14.321 obras. Há ainda, uma divisão de obras pendentes por anos. O maior número, de 12.125 são de ligações solicitadas no ano de 2021. Em relação ao ano de 2021 são 2.061 obras pendentes, e do ano de 2019, 131 obras pendentes. Além dessas, existem 3 obras inconclusas no ano de 2018 e 1 obra pendente do ano de 2016. Não há pendências referentes ao ano de 2017 (ARCE, 2022, p. 09).

Das obras pendentes, a maior parcela, 92,27% são referentes a ligação de nova rede energia, 6,6% em relação a aumento de carga, e apenas 0,77% para geração distribuída (ARCE, 2023, p. 10).

Nas conclusões do referido relatório, há ainda a referência de que o prazo para atendimento de obras tipo 01 tem um atraso médio de 207 dias, o que corresponde a 3,45 vezes acima do prazo estabelecido na Resolução nº 1.000/2021 da ANEEL, que é de 60 dias. Já as obras tipo 02,

tem um atraso médio de 275 dias, 2,3 vezes maior que o prazo fixado pela referida Resolução, que é de 120 dias. A Agência Reguladora do Ceará, em razão dos dados apresentados, recomenda a apresentação de um Plano de Resultados para melhoria da prestação do serviço de ligação de energia com obra (ARCE, 2023, p. 13-14).

Da análise dos referidos relatórios da Agência Reguladora do Estado do Ceará é possível concluir que a concessionária de energia elétrica ENEL, em seu contrato com o Estado do Ceará, não atende as expectativas e parâmetros de qualidade estabelecidos pela ANEEL. Logo, o fato de a empresa constar no quadro de grandes litigantes do CNJ, quando aplicado o filtro apenas para os Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, apenas corrobora os dados técnicos apresentados pela ARCE.

A empresa não vem realizando uma prestação de serviço satisfatória ao consumidor, com atrasos de obras que ultrapassam a razoabilidade, e um elevado número de ações judiciais em curso que tratam sobre diversas temáticas de violação aos direitos do consumidor.

4 AGÊNCIA REGULADORA COMO ESFERA DE CONTROLE E DEFESA DO CONSUMIDOR

Conforme ressaltado nos tópicos acima, a concessionária de Energia elétrica do Ceará é a segunda maior litigante do Estado do Ceará no âmbito dos juizados especiais, perdendo apenas para o próprio ente estatal e sua procuradoria.

Por óbvio, em razão da própria natureza das ações que costumam tramitar nos juizados especiais, majoritariamente as demandas tratam sobre violações aos direitos dos consumidores. Destaca-se que o consumidor, por si só, já é a parte vulnerável na relação contratual, mas que nas demandas em que litiga contra a ENEL, tem a sua situação de vulnerabilidade agravada.

De um lado porque se trata de uma empresa de fornecimento de bem essencial à manutenção da dignidade da pessoa humana. E de outro, porque se trata de uma empresa que atua em regime de monopólio, de forma que a má-prestação de serviço não acarreta a opção de migrar para um concorrente. Logo, o consumidor cearense está obrigatoriamente vinculado à concessionária de energia elétrica.

Dessa forma, necessário se faz compreender quais são as esferas de controle que podem ser utilizadas para limitar as violações sistemáticas aos direitos dos consumidores, para além do ajuizamento de ações individuais no âmbito do Juizado Especial Cível.

Realizar-se-á a análise das esferas regulatória e política como alternativas para alcançar soluções que as ações individuais não conseguem solucionar. Isso porque, as demandas individuais, como são de sua natureza jurídica, buscam encontrar soluções para os problemas entre as partes da referida ação.

Porém, ao analisar a conjuntura em que se encontram as demandas referentes aos direitos dos consumidores em face da concessionária de energia elétrica no Ceará, é possível perceber que não se trata de apenas falhas pontuais na prestação do serviço, mas de um desrespeito sistemático e repetitivo.

Nesses casos, possuem as agências reguladoras um papel importantíssimo de mediar e regulamentar o exercício comercial de atividades que são indispensáveis ao desenvolvimento da sociedade.

As agências reguladoras são autarquias especiais dotadas de autonomia em relação ao Poder Público. A autonomia, tanto a político-administrativa como a econômico-financeira, surge como uma estratégia de viabilizar uma atuação técnica e livre de ingerências indevidas (Barroso, 2002, p. 296). A atuação de fiscalização, regulação e controle não pode se ater a fins meramente econômicos, devendo existir uma função social em sua atuação (Cordeiro, 2013, p. 155).

Em 1996, a Lei 9.427 cria a Agência Nacional de Energia Elétrica, como uma autarquia sob regime especial com a finalidade de regular e fiscalizar a produção, transmissão e distribuição de energia elétrica. Dentro das suas atribuições previstas em lei está a de regular o serviço e fiscalizar de forma permanente a sua prestação (Brasil, 1996).

As agências, em razão da sua função de regular e fiscalizar a atuação econômica daquele órgão concessionário, deveriam, pelo menos em tese, agir como uma instância de defesa dos direitos dos consumidores. Nas palavras de Duciran Farena (2013, p. 4-5), isso não ocorreu:

no entanto, uma vez implantadas, as agências brasileiras reguladoras de serviços exclusivos (i.e., titularizados pelo Estado)

negligenciaram este dever, priorizando a “regulação consensual” ou soft law, muitas vezes aplicada sem traumas porque adequada aos interesses dos regulados. A fiscalização, parte do poder da concessão atribuído às agências, passou a enfrentar a maior parte dos problemas ligados à prestação dos serviços que afetam o consumidor. A capacidade de regulamentar – o poder normativo – não foi acompanhada dos necessários aperfeiçoamento e aparelhamento da fiscalização, reduzida esta última a instrumentos defasados, anti-econômicos e ineficazes.

O autor segue afirmando que a atividade de regulação depende da existência de fiscalização e processo sancionatório, sob pena de impunidade ante as práticas abusivas se tornarem uma opção com perspectiva lucrativa (Farena, 2013, p. 8). Nesse sentido, reitera-se a importância da atuação das agências reguladoras de forma global, agindo tanto para possibilitar a atuação comercial, quanto a preservar os direitos dos consumidores:

A ideia é que o sistema dialogue e interaja com as Agências Reguladoras de modo a formar um espaço público em que se privilegia a efetivação da PNRC, em que se fomenta a defesa do consumidor – e também a garantia ou prestação dos demais direitos fundamentais –, em que se debate as novas e velhas questões referentes aos interesses do consumidor e se propicia o desenvolvimento de melhores soluções e o aprendizado com os velhos erros. O palco para essa nova ordem requer a força regulatória das Agências Reguladoras e terão como sujeitos não apenas os dois lados da relação de consumo, mas também o Estado, por meio de seus órgãos que tutelam o consumidor, as Agências Reguladoras e as entidades civis de defesa do consumidor (Cordeiro, 2013, p. 156).

É de se perceber que as agências reguladoras possuem um papel importante na atuação da Política Nacional de Defesa do Consumidor, que deveria ser uma das suas linhas de trabalho, de forma a atender o que prescreve a Constituição Federal ao estabelecer a defesa do consumidor como um princípio da ordem econômica (Cordeiro, 2013, p. 156).

Entretanto, o que se percebe na prática é que as agências não atuam de forma a garantir, de fato, a defesa dos consumidores, seja em sua atuação regulatória, fiscalizatória ou sancionatória.

Ressalte-se, ainda, por exemplo, que dos relatórios da ARCE analisados nesse estudo, que há uma fiscalização no sentido de compreender em quais pontos a atuação da concessionária tem deixado à desejar, porém, não há aplicação de sanções que de fato penalizam pela má prestação de serviço e que força coercitiva de modificar o *modus operandi*.

5 CONCLUSÃO

A criação e funcionamento dos juizados especiais com todos os seus princípios de oralidade, simplicidade, celeridade, possibilitaram um novo patamar de acesso à justiça no Estado Brasileiro, especialmente para aquelas camadas da população que vivem à margem do exercício efetivo de cidadania.

A junção do microsistema dos juizados especiais com o avanço da legislação em defesa do consumidor, gerou um salto de consciência social, ao permitir o conhecimento dos direitos, tanto quanto a possibilidade de questioná-los em juízo de forma simplificada e acessível, instrumental e economicamente.

O efetivo exercício do acesso à justiça escancarou a problemática de uma prestação de serviço de má-qualidade pelos fornecedores de bens e serviços no Brasil, e de como, esses fornecedores são beneficiados pela ausência ou demora de sanções aplicáveis pelas diversas instâncias.

O Relatório produzido anualmente pelo CNJ comprova que no Estado do Ceará, a concessionária de energia elétrica é uma das maiores litigantes no âmbito dos juizados especiais, o que nos mostra como a prestação do serviço essencial fica aquém da qualidade indicada. As queixas mais comuns vão desde cobrança ou interrupção indevida do serviço até a demora irrazoável na ligação ou extensão de rede de energia.

O Estado do Ceará conta com uma Agência Reguladora em âmbito estadual, que dentre os seus serviços regulados encontra-se a ENEL. Os relatórios apresentados demonstram que a empresa não conseguiu cumprir na sua integralidade as metas estabelecidas, e/ou cumprir com os regramentos estabelecidos pela ANEEL.

Apesar da constatação de que a qualidade do serviço prestado não atende aos parâmetros estabelecidos e esperados, e, além disso, prejudicam de maneira incontestável a qualidade de vida do consumidor e

usuário do serviço público, não há visualização de aplicação de sanções capazes de modificar essa forma de fazer negócios que apenas beneficia a atividade lucrativa, em detrimento dos usuários.

Nesse sentido, necessário se faz que as agências reguladoras, seja em âmbito federal, seja em âmbito estadual, atuem de forma a atender os preceitos constitucionais na sua integralidade, não apenas prezando pelo exercício da atuação comercial e defesa do mercado, mas que essa prática ocorra em consonância com a Política Nacional de Defesa do Consumidor, até porque, o respeito às normas constitucionais, legais e infralegais são requisitos mínimos para uma prestação de serviço satisfatória.

Destaca-se, portanto, que a participação das agências reguladoras é essencial para a preservação dos direitos dos consumidores, especialmente nos casos em que ações individualmente ajuizadas no Poder Judiciário, ainda que em grande volume, não são capazes de modificar a forma de atuação das concessionárias de serviço público.

Conclui-se, então, que a atuação do microssistema dos juizados especiais em relação aos direitos do consumidor é uma experiência de sucesso no que diz respeito ao acesso à justiça e aos meios de efetivar a cidadania, contudo, não é capaz, por si só, de pôr freio no descumprimento renitente dos direitos dos consumidores por empresas de grande poder econômico. A solução passa, portanto, pela atuação das agências reguladoras, de forma autônoma, tanto em relação a ingerências políticas, quanto à capturas de interesse pelo mercado econômico.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA REGULADORA DO ESTADO DO CEARÁ. Nota Técnica/CEE/0001/2022 - Fiscalização do tema Continuidade de Fornecimento. Fortaleza: ARCE, 2022. Disponível em: <https://www.arce.ce.gov.br/download/energia-eletrica-2/> Acesso em: 23 set. 2023.

AGÊNCIA REGULADORA DO ESTADO DO CEARÁ. Nota Técnica/CEE/0005/2022 - Fiscalização de análise do tema atendimento a pedidos e ligação com obra. Fortaleza: ARCE, 2022. Disponível em: <https://www.arce.ce.gov.br/download/energia-eletrica-2/> Acesso em: 23 set. 2023.

AGÊNCIA REGULADORA DO ESTADO DO CEARÁ. Relatório de Fiscalização RF/CEE/0007/2022 - Fiscalização de análise do tema atendimento a pedidos de ligação com obras. Fortaleza: ARCE, 2022. Disponível: <https://www.arce.ce.gov.br/download/energia-eletrica-2/> Acesso em: 23 set. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**, v. 229, p. 285-312, 2002. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/46445> Acesso em 23 set 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm Acesso em: 20 set. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Painel de Grandes Litigantes. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/> Acesso em: 20 set. 2023.

CORDEIRO, Carolina Souza. **A efetividade do sistema nacional de defesa do consumidor e as agências reguladoras**. 2013. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/5908> Acesso em 23 set. 2023.

FARENA, Duciran Van Marsen. **Agências reguladoras: fiscalização dos serviços públicos e defesa do consumidor**. Custos Legis-Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, v. 2013, p. 1-14, 2013. Disponível em: https://www.bibliotecavirtual.siqueiracastro.com.br/wp-content/uploads/08/2013_TutelaColetiva_Agencias-reguladoras.pdf Acesso em 23 set. 2023.

FERRAZ, Leslie Shériida. **Acesso à justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos juizados especiais cíveis no Brasil**. O Judiciário e o Estado Regulador Brasileiro. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/259/1/Acesso%20>

%c3%a0%20Justi%c3%a7a%20e%20processamento%20de%20demandas%20de.pdf Acesso em: 20 set. 2023.

MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. MIRAGEM, Bruno *et al.* **Direito do Consumidor**, v. 30. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/artigos/015-principio-da-vulnerabilidade-perspectiva-atual-e-funcoes-no-direito-do-consumidor-contemporaneo.pdf> Acesso em 20 set. 2023.

STUSSI, Jurema Schwind Pedroso. **O papel dos Juizados Especiais Cíveis na redução das desigualdades sociais**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/efetividade_jurema_p_stussi.pdf Acesso em 20 set. 2023.

A EFETIVIDADE DA AÇÃO INIBITÓRIA COMO MEIO DE TUTELA OBJETIVA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR EM MOÇAMBIQUE

ALMEIDA ZACARIAS MACHAVA¹

1 INTRODUÇÃO

O consumo é uma realidade intrínseca às sociedades humanas. Qualquer ser humano se encontra inserido numa determinada sociedade em recrudescente desenvolvimento, se caracterizando o consumo pode ser caracterizado por uma densificação das relações jurídicas e pela diversidade de serviços e produtos colocados à disposição dos particulares. Esse recrudescimento faz brotar consigo a necessidade da proteção das relações de consumo, com o fim último de equilibrar o poder existente entre o fornecedor e o consumidor, exigindo do Estado medidas para superar a vulnerabilidade da posição jurídica que os consumidores se colocam.

Com o tema *A Efetividade Da Ação Inibitória como Meio de Tutela Objetiva Dos Direitos Do Consumidor Em Moçambique*, no presente ensaio concentramos o nosso estudo na ação inibitória que o legislador moçambicano estabeleceu como um dos meios de tutela objetiva dos direitos do consumidor moçambicano, significando que não serão objeto de abordagem os demais mecanismos, como a ação ressarcitória.

De um lado, algumas normas de consumo revestem afeições de direitos subjetivos quando proporcionam ao seu titular a possibilidade jurídica de os pleitear perante aquele que se encontra vinculado à uma prestação, uma abstenção ou ao cumprimento de uma obrigação; quer isto significar que conferir valor subjetivo aos direitos do consumidor exterioriza a faculdade do seu titular proceder à exigência, via judicial, da satisfação do

1 Doutorado em Direito (Ciências Jurídico-Económicas), Professor de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Moçambique, e-mail: almach79@gmail.com.

seu intento. De outro, para que os direitos fundamentais saiam do campo da abstração para o da efetividade necessitam de instrumentos que confirmem a seus titulares a possibilidade de exercê-los, tais instrumentos podem ser de natureza procedimental – ação inibitória como um procedimento para a efetivação dos direitos do consumidor –, ou organizacional – criação de tribunais como fórum onde ocorre aquele procedimento.

Conforme a Lei da Organização Judiciária os tribunais obedecem à uma estrutura hierarquizada – encontram-se dispostos do topo para a base. Na base se situam os tribunais judiciais de distrito e a estes são lhes conferidos uma determinada alçada – valor limite dentro do qual o tribunal julga sem admitir recurso. Sendo que uma decisão só será recorrível se o valor da causa for superior ao da alçada. É aqui que reside o principal problema que se pretende abordar no presente estudo. Com efeito, se o valor da ação inibitória coincide com o da alçada do tribunal judicial de distrito, devido a esta coincidência as decisões tomadas em sede de um tribunal judicial de distrito no contexto de uma ação inibitória não se lhes assiste o direito ao recurso em um tribunal hierarquicamente superior. Disto decorre que, de um lado, as normas de consumo configuram-se como normas de ordem pública, social e cogentes, visando proteger o consumidor enquanto parte vulnerável nas relações de consumo, do outro lado, as decisões proferidas no contexto da ação inibitória não gozam do direito ao recurso, sendo limitada, desta forma, a tutela objetiva dos direitos do consumidor.

Nesta senda, através de uma abordagem metodológica qualitativa, através da hermenêutica jurídica, o estudo tem como objetivo principal perceber como o regime da ação inibitória na Lei de Defesa do Consumidor de Moçambique garante a realização dos direitos dos consumidores.

2 OS DIREITOS DO CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO

O legislador constituinte tratou de proteger os direitos do consumidor em sede do nº 1 do artigo 92 da Constituição da República de Moçambique (CRM), estabelecendo que “os consumidores têm o direito à qualidade de bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”. A norma contida no artigo em voga, pelo

fato de ser programática, não sendo de aplicabilidade direta, serviu de norma diretora para criação da Lei da Defesa do Consumidor (LDC) – Lei nº 22/2009, de 28 de Setembro, e do respetivo Regulamento – Lei nº 27/2016, de 18 de Julho.

Pelo seu enquadramento, resta claro que em sede da CRM os direitos dos consumidores assumem a configuração de direitos fundamentais², que segundo Miranda (1999, p. 11), devem entender-se “*os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição*”. Sendo que, seguindo a arrumação sistemática do legislador constituinte, os direitos dos consumidores, enquanto direitos fundamentais, enquadram-se na categoria dos direitos económicos, sociais e culturais.

Nos meandros doutrinários, os direitos económicos, sociais e culturais, ou simplesmente direitos sociais, são definidos como sendo aqueles que,

[...] na sua dimensão objectiva principal, impõem ao Estado deveres de garantias aos particulares de bens económicos, sociais ou culturais fundamentais a que só se acede mediante contraprestação financeira não negligenciável”. (Novais, 2010, p. 42).

2 A este respeito deve ter-se em consideração que uma das áreas afins dos direitos fundamentais são os direitos humanos. Devido a esta afinidade, na maioria das vezes, mostrava-se difícil estabelecer fronteiras entre as duas áreas uma vez que, tanto uma como outra, a sua conceituação funda-se no critério da finalidade: proteção de poderes e esferas de liberdades das pessoas, cuja aplicabilidade, *prima facie*, incide nas relações pessoa – Estado (aqui estamos perante o que chama-se eficácia horizontal dos direitos fundamentais/humanos ou dimensão negativo-defensiva, sendo que tal eficácia ou dimensão consiste na aplicação dos direitos fundamentais/humanos como freios a atuação do Estado, uma vez que este ocupa, nas relações com a pessoa, uma posição de superioridade). Entretanto, diferentemente dos direitos humanos que conhecem a sua consagração nos instrumentos de Direito Internacional, a definição dos direitos fundamentais pode ser feita mediante um critério positivista, ou seja, sua inserção na constituição – constitucionalização dos direitos fundamentais, como é o próprio caso da constitucionalização dos direitos do consumidor em sede do artigo 92 da CRM, no Título que consagra os direitos fundamentais (Canotilho, 2003, p. 378; Carreira, 2014, p. 2). Não obstante a característica dos direitos fundamentais ser a sua positivação no texto constitucional – consagração formal, há aquelas normas consagradas numa vertente material, não consagradas na Constituição, mas possuidoras de um *status* de fundamentais, é neste sentido que o artigo 42 da Constituição de Moçambique estabelece que os direitos fundamentais consagrados na constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis.

As normas consagradoras dos direitos em voga são chamadas *normas [constitucionais] programáticas*: o condão programático destas normas funda-se na razão de que para além de serem acompanhadas pela lei devem igualmente ser acompanhadas pelas vicissitudes socioeconómicas, culturais, administrativas e outras (Miranda, 2000, p. 113). De maneira que os direitos económicos, sociais e culturais só podem ser integralmente efetivados por intermédio de ações positivas – dimensão positiva –, sendo, por conseguinte, aqueles direitos conhecidos como direitos positivos. O seu carácter positivo decorre do facto de que exigem do Estado um papel ativo na sua – prestações de atividades. (Moreira; Canotilho, 2007, p. 314). A atribuição da dimensão positiva aos direitos económicos, sociais e culturais é meramente tradicionalista. Eles não se limitam à esta dimensão, conhecem também a dimensão negativa e esta pressupõe que o Estado se abstenha de se imiscuir de forma arbitrária na esfera desses direitos. Entretanto, tal abstenção conhece exceções, como é o caso da exceção de expropriação (Novais, 2010, p. 123). A este respeito importa acrescentar que o próprio texto constitucional moçambicano, no seu artigo 82, consagra o direito de propriedade e conhece tal exceção, nos seguintes termos:

(1) o Estado reconhece e garante o direito de propriedade; (2) a expropriação só pode ter lugar por causa de necessidade, utilidade ou interesse públicos, definidos nos termos da lei e dá lugar a justa indemnização. Várias outras exceções podem ser arroladas, mas não constitui nosso interesse proceder ao respectivo arrolamento.

Para, Paulo Pimenta (1999, p. 173):

As normas constitucionais programáticas podem ser definidas, de maneira sintética, como regras constitucionais que buscam conciliar interesses de grupos políticos e sociais antagônicos, apresentando conteúdo econômico-social e função eficaz de programa, obrigando os órgãos públicos, mediante a determinação das diretrizes que estes devem cumprir.

Ainda sobre a definição das normas [constitucionais] programáticas, Pontes de Miranda (*apud* Silva) entende que:

Regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função.

Uma confrontação entre as definições apresentadas pelos autores supra referidos com a norma do artigo 92 da CRM permite constatar que há entre elas uma relação de perfeita harmonia, no sentido de que naquele artigo o legislador constituinte buscou não regular de forma direta e imediata os interesses dos consumidores, limitando-se a projetar-lhes os princípios para serem observados por entidades legislativas, executivas, judiciais e administrativas, como programas das respectivas atividades, com vista a prosseguir os fins sociais do Estado. Até porque, nas palavras de Pimenta (2012, p. 9)³ o aparecimento das normas constitucionais programáticas está intimamente ligado à evolução do Estado Social. Sendo certo que a evolução do Estado Social se localiza temporalmente no período subsequente à Primeira Guerra Mundial, depois da crise de 1920. Este período foi marcado pelo início do intervencionismo do Estado na esfera econômica, de tal forma que esta entidade soberana passou a ocupar uma posição de destaque [protagonista] na vida econômica, cenário que contribuiu para a inserção dos direitos econômicos e sociais nos textos constitucionais.

Foi com base nas linhas diretoras consagradas no conteúdo normativo do artigo 92 da CRM que o legislador ordinário procedeu à aprovação da Lei nº 22/2009 de 28 de Setembro – Lei da Defesa do Consumidor - “*que regula matérias respeitantes à defesa do consumidor*”, conforme a redacção do artigo 2 da respetiva lei. Evidenciando que as normas programáticas não se esgotam no plano constitucional, podendo também ser encontradas nas normas infraconstitucionais.

3 Até porque o aparecimento das normas constitucionais programáticas está intimamente ligado à evolução do Estado Social. Sendo certo que a evolução do Estado Social se localiza temporalmente no período subsequente à Primeira Guerra Mundial, depois da crise de 1920. Este período foi marcado pelo início do intervencionismo do Estado na esfera econômica, de tal forma que esta entidade soberana passou a ocupar uma posição de destaque [protagonista] na vida econômica, cenário que contribuiu para a inserção dos direitos econômicos e sociais nos textos constitucionais (Pimenta, 2012, p. 9).

No artigo 5 da Lei de Defesa do Consumidor moçambicana o legislador procedeu a consagração de prerrogativas que assistem aos consumidores, reforçando a norma do artigo 92 da CRM, que, enquanto programática, manifesta-se como um mecanismo usado pelo legislador constitucional para traçar as diretrizes ou linhas orientadoras de matérias respeitantes aos direitos do consumidor, e no seu número 1 cuidou de arrolar a título de exemplo alguns dos direitos que assistem ao consumidor.

Do conjunto desses direitos do consumidor, releva, para a nossa abordagem, o *direito à prevenção*, do qual deriva a ação inibitória, objeto deste estudo, e o *direito à proteção jurídica e a uma justiça acessível e pronta*, previstos nas alíneas f) e g) do artigo 5 da LDC moçambicana, cujo regime se acha nos artigos 12, 13 e 18 da mesma lei.

Diferentemente do que acontece no ordenamento jurídico brasileiro onde o legislador, nos termos do artigo 1 do Código de Defesa do Consumidor – aprovado pela Lei nº 8.078, de 11 de Setembro – de forma expressa consagrou que suas normas de consumo são de ordem pública e de interesse social, pelo que suas disposições e regras não podem ser afastadas pela simples vontade das partes, assim como o juiz, no caso concreto, está vinculado a aplicá-las *ex-officio*, uma vez que elas são indispensáveis para a convivência social, o legislador moçambicano não tem uma consagração naquele sentido (Pim, [s.d]).

Ainda que o legislador moçambicano não tenha optado por uma consagração expressa sobre a natureza das normas disciplinadoras das relações de consumo – se de natureza pública ou privada – fazemos fé que tanto a Lei da Defesa do Consumidor assim como o seu respectivo regulamento⁴ oferecem elementos bastantes que nos permitirão aferir a natureza daquelas normas.

Desde logo, tal como sucede no regime brasileiro (Pim, [s.d]), não se pode perder de vista que a tutela providenciada ao consumidor pela CRM não fica somente restrita à proteção contratual, pois tanto a Lei da Defesa do Consumidor e o seu Regulamento são também consagradores da política nacional das relações de consumo (Artigo 4 da LDC); das práticas de natureza comercial (Capítulo IV do Regulamento da LDC); das matérias de natureza publicitária(artigo 11 nº 4 LDC; Artigos 18 e

4 Regulamento da Lei da Defesa dos Direitos do Consumidor de Moçambique, aprovado pelo Decreto nº 27/2016, de 18 de Julho.

19 do Regulamento da LDC) e as bases de dados (Artigo 4, nº 2 al. f) da LDC); responsabilidade de quem fornece serviço e coloca produto no mercado de consumo (Artigos 15 e 16 LDC); atuação da Administração Pública na proteção dos direitos do consumidor (Artigo 7 da LDC; Artigo 31 do Regulamento da LDC); assim como a defesa dos direitos do consumidor tanto em fórum judicial ou extrajudicial, quer de forma singular ou coletiva (Artigos 17 e 18 da LDC) .

É certo que as relações jurídicas de consumo são firmadas por meio de contrato, o contrato de consumo, mediante o qual as partes expressam as suas vontades. Entretanto, tal contrato deve ter em conta os ditames legais – não pode substituir-se às prescrições legalmente consagradas. Este entendimento encontra suporte em diferentes preceitos do Regulamento da Lei da Defesa do Consumidor, com destaque para o artigo 27, que regulando a *garantia contratual*, determina que esta é *complementar à legal e será conferida mediante termo escrito*. Decorre desta disposição legal que, pelo simples facto de a garantia contratual ser completar à garantia legal, a lei está acima da vontade das partes.

É ainda o número 2 do mesmo artigo que vem a impor-se a vestimenta que deve revestir o termo referente à garantia, nos seguintes parâmetros:

O termo de garantia ou equivalente deve conter a sua definição, forma, prazo e local onde pode ser exercida, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no acto do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso de produto em linguagem didáctica, com ilustrações.

Pelo que esta imposição legal não pode ser afastada pelas partes, tal porque o legislador foi pragmático ao usar a expressão “*deve*”, que implica um dever a ser observado e não uma mera faculdade.

De todo quanto foi exposto somos de concordar com Gabriela Pim (s.d), quando defende que a natureza jurídica das normas de consumo é de ordem pública (natureza pública), *cogentes* e de condão social. No sentido de que, a natureza pública das normas de consumo decorre do facto de que são permeáveis à vontade das partes em certas relações de consumo, sofrendo para essa finalidade interferência do Estado na sua

regulamentação, sendo por via de regra aquelas normas inderrogáveis, admitindo exceções previstas nos termos da lei.

Certamente que a lei sempre irá prevalecer sobre a vontade contratual das partes. Imaginemos que as partes celebrem um contrato contraditório ao espírito da Lei de Defesa do Consumidor ou do seu Regulamento: em uma situação em que uma cláusula contratual dispõe que o consumidor fica vinculado ao contrato de consumo a partir do momento da sua assinatura, pouco conhecendo o prévio do conteúdo do contrato.

Dúvidas não restam de que estaríamos perante uma situação em que aquela cláusula fere o espírito da norma contida no artigo 24 do Regulamento da Lei do Consumidor e no artigo 21, nº 2 da Lei da Defesa do Consumidor, trata-se de dois artigos que apresentam a mesma redação:

Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio do seu conteúdo ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão do seu sentido e alcance.

No caso vertente, aquela cláusula contratual cairia por terra e prevaleceria a vontade da lei, pelo que o consumidor não ficaria a ela vinculado.

Dissemos que as normas de consumo revestem natureza *cogente*. Com efeito, sendo as normas *cogentes* aquelas que devem ser cumpridas na sua íntegra, ainda que as partes, no caso o consumidor e fornecedor, tenham argumentos contrários diante de um facto, sendo que, enquanto cogentes, as normas de consumo podem ser perceptivas, quando obrigam uma determinada conduta; e proibitivas, quando a vedam (Ramos, 2008, p. 15). Tal como Pim (s.d), queremos com isso dizer que algumas normas de consumo estabelecem comandos, e outras proibições cujo fim último é proteger o interesse da coletividade, de tal modo que se impõem de forma absoluta, não cedendo à vontade particular, vejam-se as disposições sobre cláusulas abusivas, inquinadas de nulidades (artigo 22 da LDC) como sobre as práticas abusivas (artigo 29 da LDC)

Já a natureza social das normas de consumo, conclui Pim (s.d), que decorre do facto de que elas têm como desiderato proceder ao resgate da vasta coletividade de “*consumidores da marginalização*” não somente em face do poder económico, mas como também apetrechá-la de meca-

nismos próprios para o acesso à justiça, singular ou coletivamente. Não se pode ignorar que as relações de consumo envolvem, muitas das vezes, direitos que estão acima da esfera individual, implicam direitos difusos, direitos coletivos e direitos homogêneos individuais.

3 OS MEIOS DE TUTELA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

A aplicação da norma de consumo a um caso concreto pressupõe a existência de uma relação de consumo [controvertida]. Esta por sua vez pressupõe a existência de certos elementos, quais sejam: (i) *elementos objetivos ou objeto da relação* – bem ou serviço; (ii) *elementos subjetivos ou partes* – consumidor e fornecedor. Certamente que sempre que surgir uma controvérsia entre o consumidor e o fornecedor terá que se recorrer à tutela.

Ora, em direito, tutela [jurídica] significa defender, amparar ou proteger alguém ou algo mais frágil (Helton, 2023), neste caso, como bem dissemos anteriormente, o consumidor.

3.1 Meios de tutela subjetiva

Quando se fala da tutela subjetiva temos que nos conformar com a premissa segundo a qual uma norma assume afeições de um direito subjetivo no momento em que providencia ao seu titular a eventualidade jurídica de pleiteá-lo diante daquele que se encontra vinculado à uma prestação, uma abstenção ou ao cumprimento de uma obrigação.

É na perspectiva supra que Canotilho (2002, p. 1240) ensina que “(...) *uma norma garante um direito subjectivo quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o ‘direito’ a um determinado acto, e esse último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto*”.

O cerne da questão, em bom rigor, de uma norma jurídica fazer brotar um direito subjetivo está intimamente ligado aos interesses de natureza processual, pretendendo ser garantido para o titular do direito subjetivo uma ação processual cujo objeto seja atravancar uma ameaça ou lesão que se apresenta como contra ele. Consequentemente, ao se atribuir valor subjetivo aos direitos fundamentais – dos quais fazem parte os direitos do consumidor – exterioriza-se a faculdade do titular proceder à exigência, pelo mecanismo judicial, a satisfação do seu intento (Reghi, 2006, p. 56).

Na seara dos autores anteriormente citados, podemos deduzir que a tutela subjetiva dos direitos do consumidor resume-se na faculdade conferida pela norma jurídica ao titular do direito para exigir, pela vereda judicial, a satisfação da sua pretensão. Assim sendo, mostra-se imprescindível uma viagem pela Lei da Defesa do Consumidor e do respectivo Regulamento com o fim último de aferirmos se se encontra lá plasmada a tutela subjetiva dos direitos do consumidor.

A Lei da Defesa do Consumidor confere vasto leque de direitos ao consumidor – do artigo 5 ao artigo 16 – sendo certo que a ameaça ou violação dos direitos previstos nestes artigos proporciona ao consumidor a faculdade de perante instâncias judiciais exigir a sua prevenção ou reparação, conforme o caso. Para tanto, centremos a nossa atenção no artigo 12 daquele diploma legal que tem como epígrafe “*Direito de prevenção e ação inibitória*”, e no seu nº 1 preconiza que “*é assegurado o direito de ação inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente Lei (...)* “. Desta disposição decorre que o legislador moçambicano consagrou três modalidades de ações inibitórias, sendo elas: *ação inibitória de prevenção*; *ação inibitória de correção* e *ação inibitória de extinção* [quando usa a expressão “*fazer cessar*”], configurando-se as mesmas como um antídoto contra as práticas lesivas aos direitos do consumidor.

Já o artigo 17, a Lei de Defesa do Consumidor vem estabelecer que têm legitimidade para intentar aquelas ações: *os consumidores, pessoa singular ou coletiva diretamente lesada; os consumidores e as associações de consumidores ainda que não diretamente lesados; o Ministério Público e o Instituto do Consumidor quando estejam em causa interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos*. Se, de um lado, a Lei da Defesa do Consumidor está a conferir direitos ao titular (consumidor) e, de outro, da ameaça ou violação desses direitos resultar a faculdade de perante os tribunais/instâncias judiciais o consumidor exigir reparação ou prevenção de atos lesivos contra transgressor, acreditamos que estamos perante a tutela subjetiva dos direitos do consumidor.

Releva o facto de materialmente a tutela subjetiva não se encontrar plenamente garantida na medida em que o instituto do consumidor, enquanto autoridade pública que, nos termos do nº 1 do artigo 38 da LDC, visa “*promover a política de salvaguarda dos direitos dos consumidores,*

bem como a coordenar e executar as medidas tendentes à sua protecção, informação e educação e de apoio às organizações de consumidores”, não se acha implantado em Moçambique, reduzindo assim as garantias de protecção do consumidor.

3.2 Meios de tutela objetiva: a acção inibitória

No contexto da tutela objetiva, *prima facie*, cumpre dizer que os direitos fundamentais procedem ao estabelecimento de sustentáculos do sistema jurídico da comunidade, criando imposições ao Estado à realização de determinadas obrigações com o fim último de prosseguir a concretização dos valores socialmente essenciais. Assim sendo, a natureza objetiva tem como função demonstrar que os direitos fundamentais não se limitam à uma faceta individual de protecção contra ingerências do Estado. Eles configuram-se como símbolos de valores a serem alcançados por meio de atuação (Reghi, p. 52-55; Campos, 2015, p 57-59).

De um lado, o texto constitucional outorga ao Estado a tarefa de proceder ao fornecimento de circunstâncias objetivas para a tutela dos direitos fundamentais, de outro, há uma imposição [constitucional] que vai no sentido de que sejam colocados à disposição prestações do Estado no âmbito organizacional e em termos de procedimentos, garantindo, desta forma, padrões mínimos imprescindíveis à efetivação desses direitos. Quer isto significar que para que os direitos fundamentais se movam do plano da abstracção para o da efetividade, em princípio, não prescindem de instrumentos que confirmam a seus titulares a possibilidade de exercê-los. Nesta perspectiva, a tutela objetiva dos direitos fundamentais tem como corolário o direito a preordenação das técnicas apropriadas à efetivação da tutela jurisdicional. (Campos, 2015, p 57-59).

A explanação supra apresentada encontra maior sedimentação no posicionamento defendido por Novais (2003, p. 67), no sentido de que os direitos fundamentais:

[...] relevam aqui, não apenas enquanto máximas de interpretação de todo o direito processual em conformidade à Constituição, mas também constituindo, eles próprios, garantias constitucionais com uma dimensão procedimental intrínseca que pode assumir relevo especial em alguns deles – seja porque a sua concretização é essencialmente dependente do procedimento, ameaçada pelo

procedimento ou mesmo constituída pelo procedimento (como no caso dos direitos fundamentais enquanto direitos processuais, ou seja, enquanto garantias instrumentais ou processuais de reforço ou realização de outros direitos fundamentais materiais) -, mas que está presente em todos os direitos fundamentais, na medida em que para todos eles seja possível sustentar uma possível pretensão de efectiva tutela jurídica que não pode, no Estado de Direito dos nossos dias, prescindir do procedimento.

Seguindo a linhagem de Novais, reafirma-se, mediante a dimensão objetiva, o condão multifacetado dos direitos fundamentais e, paralelamente, evidencia-se a presença de direitos fundamentais de natureza procedimental, que impõe aos poderes do Estado a tarefa de criar e organizar procedimentos aptos a concretizar os direitos, liberdades e garantias fundamentais. Desta forma, o dever que de forma objetiva incide sobre o Estado, faz nascer para os particulares um direito subjetivo de exigir que estes deveres sejam cumpridos. Em outras palavras, da dimensão objetiva do direito fundamental ao procedimento advém da mesma forma uma dimensão subjetiva do mesmo direito, como uma outra face da moeda.

Pelo que se disse, somos da opinião de que a ação inibitória se configura como um instrumento de natureza procedimental colocado ao dispor do consumidor, numa relação de consumo concreta, para efetivar os seus direitos perante os tribunais – tutela jurisdicional.

No âmbito procedimental, no referente ao organizacional, a ação inibitória, de certa forma, diz respeito à estruturação dos poderes do Estado, neste caso, o judicial – organização dos tribunais ou organização judiciária. Para tanto, o nº 1 do artigo 13 da LDC dispõe que *“a ação inibitória tem o valor equivalente ao da alçada do Tribunal do Distrito de 1ª Classe, segue os termos do processo sumário e está isenta de custas”*. Não se pode perder de vista que a redacção contida neste número foi feita ainda na vigência da versão original da Lei de Organização Judiciária (LOJ) – Lei nº 24/2007, de 20 de Agosto. Este diploma legal previa, no seu artigo 78, a existência de tribunais judiciais de distrito de 1ª instância, classificando-se esta em tribunais de 1ª ou de 2ª classe. Prevaecem os tribunais judiciais de 1ª Instância, entretanto, aquela classificação (1ª e 2ª classe), deixou de existir por força da Lei nº 11/2018, de 3 de Outubro, que veio introduzir alterações à lei da organização judiciária.

A configuração da ação inibitória na LDC moçambicana é reveladora da natureza fundamental dos direitos do consumidor, pelo que devem permanecer invioláveis. Note-se que pelo seu conteúdo, de prevenção, correção e extinção, ela não tem natureza ressarcitória, ou seja, não se reporta a atacar um determinado dano que o consumidor tenha sofrido, mas antes corresponde a uma tutela preventiva, dentro daquela lógica da inviolabilidade dos direitos do consumidor, enquanto direitos fundamentais.

4 EFICÁCIA DA AÇÃO INIBITÓRIA NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR EM MOÇAMBIQUE

Para a análise da eficácia da ação inibitória na realização dos direitos do consumidor temos que partir da premissa de que a Lei da Organização Judiciária apresenta os tribunais numa estrutura hierarquizada em que os tribunais distritais estão na base e as suas decisões só poderão ser recorríveis se o seu valor for superior à alçada do tribunal em causa, ou seja, 25 vezes o salário mínimo nacional na Função Pública (artigo 38 n.º 1 da LOJ, redacção dada pela Lei n.º 11/2018, de 3 de outubro).

No ordenamento jurídico moçambicano, os tribunais encontram-se dispostos de forma hierarquizada para efeitos de recursos das suas decisões. É nesta perspectiva que do artigo 29 da Lei da Organização Judiciária se constata que a função judicial é exercida por tribunais que obedecem à uma determinada hierarquia, sendo que no topo encontra-se o Tribunal Supremo, seguindo-se os Tribunais Superiores de Recurso, depois os Tribunais Judiciais de Província e na base os Tribunais Judiciais de Distrito.

A todos litígios a decidir por um tribunal são atribuídos um valor. Acima de determinados valores, as decisões dos tribunais podem ser reapreciadas por um tribunal hierarquicamente superior (recurso). Abaixo desses mesmos valores, salvaguardadas situações legalmente previstas, o tribunal julga e a decisão não pode ser reapreciada por um tribunal superior em termos de hierarquia – estamos perante a alçada, que é o valor limite dentro do qual o tribunal julga sem possibilidade de recurso.

Sucede que antes das alterações introduzidas pela Lei n.º 11/2018, de 3 de Outubro à Lei n.º 24/2007, de 20 de Agosto, os tribunais judiciais de distrito classificavam-se em tribunais de 1ª e 2ª classe, e a sua competência, em razão do valor, era de carácter limitado. Os tribunais de 1ª classe podiam conhecer causas desde o mínimo valor até ao equivalente a cem

vezes salários mínimos (al. b), nº 1 do artigo 84 da LOJ), entretanto a sua alçada correspondia a vinte e cinco salários mínimos (nº 1 do artigo 38 da LOJ). Quanto aos tribunais de 2ª classe, podiam proceder ao julgamento de causas desde o mínimo valor até cinquenta vezes salários mínimos (al. a), nº 1 do artigo 85 da LOJ), contudo a sua alçada correspondia a dez vezes salários mínimos (nº 1 do artigo 38 da LOJ). Assim sendo, as ações que corressem em cada um dos tribunais só admitiam recurso se o valor da ação excedesse o valor da alçada de cada um deles, sem detrimento das previsões contidas nos artigos 475 e 678 do Código do Processo Civil.

Se o valor da ação inibitória é equivalente à alçada do tribunal judicial de distrito de 1ª classe, então o valor daquela ação é correspondente a vinte e cinco vezes salário mínimo: o valor da ação inibitória coincide com o da alçada com o tribunal judicial de distrito de 1ª classe. Encontrando-se extinta a classificação 1ª e 2ª classe, o valor da ação inibitória passa a coincidir com a alçada do tribunal judicial de distrito, sendo que esta, nos termos do nº 1 do artigo 38 da Lei da Organização Judiciária, é de valor equivalente a vinte e cinco vezes salário mínimo nacional da Função Pública.

A interpretação daquele artigo 13, nº 1 da Lei de Defesa do Consumidor, de uma forma ou de outra, dá a entender que a decisão resultante de uma ação inibitória que corre em um tribunal judicial de distrito não pode ser reapreciada por um tribunal hierarquicamente superior, quer isto significar que com base nesta norma o legislador não abre espaço para a apresentação de recurso no contexto da ação inibitória – não há espaço para o princípio do duplo grau de jurisdição.

O princípio do duplo grau de jurisdição implica a possibilidade ou o direito do reexame de uma decisão judicial tomada num tribunal, em um outro tribunal hierarquicamente superior (Badaró; Dinamarco; Lopes, 2020, p. 102).

É certo que Timbane (2010, p. 105-107) chama atenção ao facto de que o princípio em causa conhece algumas excepções, designadamente a que resulta da alçada, e sustenta ainda que foi tendo em consideração os interesses de valor ínfimo que, em alguns casos, que estão em tribunal, o legislador entendeu que nem sempre se justifica admitir o recurso das decisões dos tribunais.

Entretanto, tendo em conta que os direitos do consumidor revestem-se de carácter social, no sentido de que visam proceder ao resgate da vasta coletividade de consumidores na marginalização não somente em face do poder económico, como igualmente apetrechá-la de instrumentos próprios para o acesso à justiça singular ou coletivamente, e sendo certo que muitos direitos do consumidor transcendem a esfera individual, configurando-se em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, entendemos que o legislador ao não reconhecer o direito à recurso no contexto das ações inibitórias, de certa forma, está a limitar a eficácia desta ação.

Nas relações de consumo em que a parte mais fraca é o consumidor e encontra-se direta ou indiretamente protegido o interesse da coletividade não é conveniente limitar-se o direito ao recurso. Quando falamos da materialização da justiça ou de um processo justo não podemos ignorar a preponderância do direito ao recurso. Os recursos são imprescindíveis e visam garantir um processo justo e a correta aplicação do direito, permitindo a correção de possíveis falhas ou injustiças em decisões judiciais.

Não devemos esquecer que a tutela jurisdicional efetiva é um princípio constitucional, consagrado no artigo 62 da Constituição da República moçambicana, e nesta lógica o acesso a justiça não deve ser limitado, em particular quando o que está em causa são direitos fundamentais como os direitos do consumidor. A jurisdição efetiva demanda que os mecanismos processuais ou jurisdicionais colocados à disposição do cidadão, no caso cidadão consumidor, sejam plenos. Essa plenitude é a base imediata para a garantia da sua efetividade.

Enquanto mecanismo de materialização dos direitos do consumidor e do direito de acesso à justiça, a ação inibitória devia ser esse procedimento seguro e eficiente para tutelar aqueles direitos, que a Constituição consagra no Artigo 62.

Poder-se-á dizer que ao estabelecer que a ação inibitória deverá seguir a forma de processo comum sumário e está isenta de custas, o legislador terá estabelecido os mecanismos necessários para a efetivação da tutela objetiva dos direitos dos consumidores. Não há dúvidas que a submissão da ação inibitória à forma de processo sumário traz vantagens para o consumidor, primeiro porque há uma derrogação da norma processual civil que faz depender a forma sumária ao não excesso da alçada do tribunal provincial pelo valor da causa (artigo 462 n° 1 do código Pro-

cesso Civil) visto que pela norma do nº 1 do artigo 13 da LDC a forma sumária não está na dependência do valor da causa. Mas, por causa disso, também é relevante o facto de a forma sumária ser mais expedita por prever prazos mais curtos para a prática de atos processuais (artigo 783 e seguintes do Código do Processo Civil de Moçambique).

Por outro lado, a isenção de custas nas ações inibitórias é um verdadeiro contributo para o acesso à justiça na medida em que o consumidor não se verá a sua pretensão e seus direitos limitados por indisponibilidade de recursos financeiros para a sua reivindicação. No entanto, todas as vantagens que o legislador terá trazido com a ação inibitória não serão suficientes se a sua operacionalização não for plena.

Nota importante para o princípio da publicidade que o legislador estabeleceu na LDC no que tange ao regime da ação inibitória. Com efeito, nos termos do nº 3 do artigo 13 da LDC, *“Transitada em julgado, a decisão condenatória é publicitada a expensas do infractor, nos termos fixados pelo juiz e é registada em serviço a designar nos termos da legislação regulamentar da presente Lei”*. Acreditamos que esta previsão legal tem um objetivo de proteção geral em atenção à natureza difusa dos direitos do consumidor, com o pressuposto de que se publicando uma decisão condenatória sobre uma atuação lesiva aos direitos do consumidor irá inibir aos demais fornecedores de práticas semelhantes. No entanto, a concretização deste princípio acha-se refém de ações práticas, a própria LDC prevê que em sede de regulamentação da lei o legislador iria designar o serviço em que será feito o registo da sentença condenatória em ação inibitória, mas passados quase sete anos de espera de regulamentação, o Regulamento da Lei, que foi aprovado não designou esses serviços, tornando aquele princípio da publicidade letra-morta.

5 CONCLUSÃO

O mercado de consumo representa um jogo de interesses entre o consumidor e o fornecedor, em que a ausência de qualquer um deles determinará o não desenvolvimento do mercado e da economia. Por isso, a regulação do mercado de consumo e a tutela dos interesses em jogo representa um reforço ao desenvolvimento da economia de um determinado país.

É neste contexto que na busca dos mecanismos de tutela o legislador deverá sempre buscar um equilíbrio para que o poderio (económico)

do fornecedor não signifique o maior enfraquecimento da posição jurídica do consumidor.

Não obstante a tutela dos direitos do consumidor em Moçambique, ainda se perpetua a “desproteção” do consumidor em virtude de os mecanismos instituídos não permitirem que o consumidor possa tirar proveito dessa tutela. Com efeito, a previsão legal, por exemplo, da ação inibitória de per si não garante a proteção pretendida, por várias razões.

Por um lado, a tutela subjetiva, que deveria ser um mecanismo de materialização da tutela objetiva, não consegue esse feito, quer pela fraca capacidade do consumidor para acionar essa tutela objetiva, quer pelo facto de os demais meios de tutela subjetiva, designadamente o Ministério Público, as Associações de Consumidores não exercerem o seu mandato legal no âmbito das relações de consumo.

Por outro lado, os meios de tutela objetiva, no caso a ação inibitória, não conseguem também garantir a efetiva proteção na medida em que a fórmula adoptada limitar a sua efetividade, em virtude da limitação ao princípio da dupla jurisdição.

É certo que depois de quase 15 anos da aprovação da LDC em Moçambique, não se conhecem muitos registos de ação inibitória no contexto da proteção do consumidor, não porque não se registam situações que justifiquem o seu desencadeamento, mas pelo desconhecimento deste mecanismo pela generalidade dos consumidores, bem como porque mesmo os demais sujeitos que garantem a tutela subjetiva, com melhor ciência sobre o mecanismo não tem feito uso do mesmo.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo; DINAMARCO, Cândido; LOPES, Bruno. **Teoria Geral do Processo**. 32ª Edição Revista e actualizada da obra Teoria Geral do Processo de António Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrin Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Juspodivm/Malheiros, 2020.

CAMPOS, Luciana Oliveira de. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e o papel das agências reguladoras independentes. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Minas Gerais, jul./dez. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^a Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARREIRA, Cristiane de Mattos. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho: o direito do trabalhador cidadão. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 159, 2014.

FREITAS, Isa Omena Machado de. **A natureza jurídica da norma consumerista que prevê devolução em dobro**, 18 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/amp/artigos/31070/a-natureza-juridica-da-norma-consumerista-que-preve-devolucao-em-dobro/2>. Acesso em: 29 ago. 2023.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais: Introdução Geral** (Apontamentos das Aulas) Lisboa, 1999.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3^a Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo IV.

MOREIRA, Vital; CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Da República Portuguesa Anotada**, Vol. 1, Artigo 1^o a 107^o, 4^a Ed. Revista, Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições dos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. 1^a Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PIM, Gabriela Silvestre Lima. **A natureza e aplicabilidade do Direito do Consumidor nas relações de consumo**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-natureza-e-aplicabilidade-do-direito-do-consumidor-nas-relacoes-de-consumo/578000761>. Acesso em: 18 ago. 2023.

PIMENTA, Paulo. **Eficácia e aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIMENTA, Paulo. **As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível**. Brasília, 2012.

RAMOS, Marlene Carvalho da Silva. **Estrutura e aplicabilidade das normas constitucionais de direitos sociais, Relatório apresentado no âmbito da disciplina de Direito Constitucional**, do doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, 2007/2008, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Instituto de Ciências Jurídicas, Centro de Investigação de Direito Público, Lisboa, 2008.

REGHI, Eduardo Camargo. A Importância da Dimensão Subjetiva para a Tutela dos Direitos Fundamentais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, jan./dez. 2006. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2533/2106>. Acesso em: 19 ago. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TIMBANE, Tomás. Lições de Processo Civil I. Maputo: Escolar Editora, 2010.

DIMENSÕES DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

FÁBIO WEBER LUDWIG¹

1 INTRODUÇÃO

O contraditório exerce papel fundamental no direito processual civil contemporâneo, passando por amplas mudanças com o transcurso do tempo, constituindo um dos princípios estruturantes do processo. Em síntese, identifica-se dois aspectos no contraditório decorrentes de períodos distintos, que permeiam a relação processual até hoje, sendo ambas dimensões exploradas no presente texto: o estático e o dinâmico. Ainda, é necessário analisar a natureza do contraditório. No presente artigo, estuda-se sucintamente as dimensões desse importante princípio, com intuito de construir um conceito claro e objetivo para o contraditório.

2 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório exerce papel fundamental, tendo sofrido alterações no seu significado, que culminaram em diversas dimensões. Essas dimensões constituem nada menos que um conjunto de direitos e deveres, que permeiam o processo civil e materializam não somente o devido processo legal em sua faceta procedimental, mas também o modelo processual cooperativo e o direito ao processo justo (devido processo legal substancial).

2.1 Princípio ou garantia do contraditório?

O contraditório é frequentemente classificado como regra, princípio, direito ou garantia processual. Mais recentemente, entende-se que

1 Especialista em direito tributário e processo tributário pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Membro do grupo de pesquisa Processo e Constituição, vinculado ao PPGD da FMP/RS. Advogado. E-mail: fabio.w.ludwig@gmail.com.

o contraditório é um dever processual. Nesse sentido, é tarefa importante verificar brevemente a sua natureza jurídica.

Na classificação entre princípios e regras conforme o sistema proposto por Robert Alexy, o contraditório é uma norma jurídica que pode ser interpretado tanto como regra, como princípio. Isso porque há a interpretação e aplicação do contraditório ora ocorre por subsunção (como o direito de informação e reação dos atos processuais), ora ocorre em graus, podendo ser mitigado para dar aplicabilidade a outro princípio a depender do caso concreto (Vanelli, 2021, p. 101).

Por outro lado, existe a clássica distinção entre direito e garantia, que remonta aos ensinamentos de Rui Barbosa. Sob essa classificação os direitos são disposições declaratórias e as garantias são disposições as-securatórias do direito (Moraes, 2003, p. 61). Entretanto, destaca-se que a própria distinção entre direitos e garantias não possui mais relevância prática substancial, visto que garantias são vistas como direitos atualmente. Assim, a doutrina inclusive utiliza expressões como direitos-garantia ou princípios-garantia (Sarlet, 2019, p. 451).

Conforme será exposto, o contraditório não traz apenas direitos às partes, mas também traz deveres processuais decorrentes do sistema cooperativo adotado na contemporaneidade (Cabral, 2010, p. 202). Tal questão implica na imposição de deveres às partes e ao juiz em agir de boa-fé e em participação na condução do processo.

No presente trabalho, adota-se o entendimento de que o contraditório é um princípio, emanando dele direitos e deveres, visto que a expressão é abrangente e frequentemente é que o contraditório é frequentemente reconhecido como tal. Todavia, como visto, existem divergências quanto a essa nomenclatura, que varia conforme a teoria aplicada à interpretação e aplicação das normas jurídicas.

2.2 Brevíssimo panorama histórico

O princípio do contraditório possui antigas origens, notadamente desde os primórdios do direito romano² (Tucci; Azevedo, 2001, p. 189).

2 Com efeito, desde a Lei das XII Tábuas já havia a preocupação de estabelecer o contraditório. Na Tábua Primeira, há menção explícita para que, se alguém for chamado em juízo e não comparecer, aquele que o citou o nome pode tomar todas as providências para que esse compareça em juízo, inclusive podendo prender o citado.

Suas transformações foram impulsionadas diante das circunstâncias e valores da época em que foi aplicada (Oliveira, 1998, p. 08). Após constantes alterações, o contraditório passou a ser reconhecido como direito e surge a sua dimensão clássica em meados do século XIX, embasando-se no modelo de processo liberal dominante na época. A filosofia liberal do século XIX, caracterizada pelo *laissez faire*, destinava ao órgão judicial um papel predominantemente passivo em relação aos demais, devendo o magistrado atuar apenas como mero árbitro do litígio, cuja função era limitada a verificar e assegurar o atendimento a determinadas formalidades processuais (Oliveira, 1998, p. 10). Essa concepção era calcada no sistema adversarial do processo, que concebe o processo civil como um duelo argumentativo entre as partes, ainda existente e predominante nos Estados Unidos da América (Barbosa Moreira, 2003, p. 03).

No curso do século XX, diversos valores e eventos influenciaram o processo civil e, em especial, o contraditório. Verificou-se no período a necessidade de um maior ativismo judicial e a ânsia de efetividade na prestação jurisdicional. Essas necessidades, impulsionadas pelo movimento de revitalização do caráter problemático do direito, fizeram com que o contraditório deixasse de ser um instrumento que atuava apenas num momento inicial de contraposição à demanda e passou a atender aos *standards* necessários para estabelecer um processo justo, especialmente após meados da década de cinquenta, alinhado ao sistema cooperativo do processo (Oliveira, 1998, p. 10).

2.3 A dimensão clássica do contraditório

A mudança sobre o que constitui o contraditório foi gradual. O princípio, como entendemos hoje, ainda reflete alguns direitos oriundos de sua semântica liberal, caracterizada como dimensão clássica ou estática do contraditório. Observa-se na doutrina que essa dimensão, ligada ao processo liberal, limita-se ao direito de bilateralidade de audiência, constituindo direito essencial à parte. Essa dimensão do princípio busca concretizar a igualdade formal entre as partes, a fim de efetivar o duelo argumentativo da maneira mais justa possível entre autor e réu (Barbosa Moreira, 2003, p. 119).

A dimensão estática do contraditório reside na possibilidade das partes à devida informação e à possibilidade de reação frente aos atos

processuais. Nessa dimensão, cumprir o contraditório é sinônimo de efetivar o dizer e contradizer as alegações contrárias, 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 como um binômio informação-reação, que atua como dever imposto ao magistrado e seus auxiliares e predominantemente um direito às partes (Dinamarco, 2002, p. 127).

A satisfação da dimensão estática do princípio é tão somente formal, podendo às partes argumentar sobre argumentos ou teses (contraditório argumentativo) e sobre os fatos que eram reconstruídos no âmbito do processo (contraditório material), em igualdade de condições. Nesse âmbito, há a cognição, a participação e a isonomia como elementos essenciais do contraditório na sua forma primitiva (Silva; Roberto, 2016, p. 248).

Desmembrando a dimensão estática, há o direito de comunicação processual e o direito à reação frente aos atos processuais.

O direito à comunicação processual possui o intuito de oferecer às partes ciência de todos os atos processuais. O respeito à comunicação processual é absolutamente necessário para o processo ter seu desenvolvimento regular, de modo que sua inobservância culmina em ilegitimidade do processo e nulidade de todos os atos pelos quais não se deu ciência à parte (Dinamarco, 2002, p. 127). A ciência dos atos processuais praticados ocorria através dos meios clássicos para tanto, a saber, a realização da citação, da notificação ou da intimação (Almeida, 1937, p. 106).

No campo da cognição, ciência ou conhecimento há também o desdobramento da impossibilidade do sigilo sobre fatos e argumentos levados ao processo. Como regra geral, não é possível que exista prova ou argumento que não seja submetido à contraposição da parte contrária, sob pena de invalidação do ato processual (Silva; Roberto, 2016, p. 248). Constituiu-se, como objetivo central do direito à informação, impedir que o processo tramite sem que alguma das partes não tenha ciência, ou seja, que o processo tramite sem que o demandante ou demandado saiba. Evita-se, desse modo, que existam danos sofridos pelo litigante que não foi citado, intimado ou notificado, acerca de atos processuais relevantes que estavam em tramitação. Afinal, não é concebível que uma pessoa se sujeite aos efeitos de ato processual sem sequer ter conhecimento do próprio ato. Possibilita-se que os litigantes interessados no processo possam

manifestar suas inconformidades perante o juízo ou praticar determinados atos processuais fundamentais para o desenvolvimento regular do processo (Almeida, 1937, p. 107).

A segunda parte do binômio constitui uma possibilidade de reação que pode ser exercida pela parte. Importante enfatizar que aqui há uma faculdade do litigante em reagir diante do ato processual. Caso não haja a reação voluntária da parte, não há ilegitimidade do processo, porque o direito de reação é atrelado à liberdade da parte no âmbito processual, repercutindo apenas consequências legais, como sanções (Dinamarco, 2002, p. 127). É o que acontece no fenômeno da revelia³ que ocorre quando o réu não apresenta contestação a uma demanda, havendo uma presunção relativa de veracidade dos fatos ditos pelo autor.

O direito à reação atua em prol das partes, que possuem o direito de apresentarem suas manifestações sobre os fatos e argumentos em discussão, bem como oferecer as provas necessárias para sua demonstração (Walter, 2001, p. 736).

Correlato à reação, apontado como especial pela doutrina da época, é a necessidade de estabelecer prazo para exercer o contraditório, isto é, prazo adequado para efetivamente argumentar e provar. A possibilidade de contrariar atos processuais deve ocorrer a partir desse prazo, sob pena de invalidar o direito à informação. Isso porque, sem prazo ou não estabelecido um prazo, haverá consequente esvaziamento do conteúdo do princípio, pois esse constitui um pressuposto para seu cumprimento (Almeida, 1937, p. 109).

Percebe-se que o contraditório, nesse aspecto clássico é caracterizado unicamente pela ação das partes e não propriamente do magistrado. Note que na origem dessa concepção do contraditório possibilita que as partes levem seus argumentos ou provas à juízo, sendo que originariamente o magistrado não estivesse necessariamente obrigado a enfrentar tais manifestações (Almeida, 1937, p. 109). Na época que surgiu essa dimensão clássica, o juiz satisfazia o contraditório automaticamente ao determinar o cumprimento dos atos que traziam ciência para as partes e,

3 Nos ditames do artigo 344 do Código de Processo Civil, a sanção legal reside no fato que são presumidas verdadeiras as alegações de fato pelo autor. Todavia, mesmo existindo a referida sanção processual, situação não é absoluta, pois no artigo 345 do Código de Processo Civil são elencadas situações em que não há efeito na revelia.

por sua vez, garantiam a possibilidade de manifestação ao estabelecer o prazo para o interessado se manifestar.

Essa dimensão clássica é atrelada ao entendimento de que o direito deveria ser dito exclusivamente pelo magistrado, sem a interferência das partes nesse processo (Oliveira, 1993, p. 181). A praxe clássica do contraditório prática predomina no processo civil desde o período de transição do processo comum até o fenômeno da socialização processual, movimento relativamente recente na história do processo. Na época, ao magistrado caberia uma função “maior”, consistente em dirigir o processo, ofertar a “prestação jurisdicional”, bem como realizar certos “escopos metajurídicos”, relacionados à promoção do bem-estar social (Nunes *et al.*, 2016, p. 224).

Nesse contexto, pouco importava se o dizer e contradizer das partes tivesse ressonância na decisão judicial, visto que o magistrado não era obrigado a enfrentar os argumentos capazes de infirmar sua convicção sobre o caso, abrindo margem para uma decisão que resulta da onipotência do juiz. Assim, o cumprimento da dimensão estática acaba por limitar o exercício do contraditório, havendo apenas a participação fictícia e aparente dos litigantes, restando o conteúdo decisório na mente do julgador (Nunes *et al.*, 2016, p. 224).

Ademais, é importantíssimo ressaltar que a observância da dimensão estática por si só tem o grave potencial de gerar a decisão surpresa. A lide poderia ser resolvida sob fundamento jurídico diverso daquele debatido ao longo de todo o procedimento, independente das partes e da fiscalização dos advogados, prática que lesa a regra da congruência⁴ (Nunes *et al.*, 2016, p. 226). O resultado da decisão surpresa, que consiste no uso de fundamentação sem prévio debate, é a surpresa das partes em ver fundamento diverso do debatido determinado a solução da lide (Theodoro Júnior *et al.*, 2016, p. 128), sendo prática inadmissível no processo civil contemporâneo.

O contraditório parecia no momento de seu surgimento um princípio suficiente e completo. Entretanto, a versão estática, caracterizada pelo direito de bilateralidade de audiência, esvaziou-se com o passar do tempo, pois não há coerência em ter ciência do ato processual e argumentar no processo sem ser considerado.

4 O princípio da congruência aqui é compreendido como a vinculação entre a decisão final, ao pedido e, de modo igual, à causa de pedir, seja fática ou jurídica.

2.4 A dimensão dinâmica do contraditório

O princípio do contraditório passou a ser trabalhado pela doutrina para aprimorá-lo diante de sua insuficiência. O resultado desse trabalho é caracterizado pela dimensão dinâmica do contraditório.

O efetivo diálogo estabelecido em contraditório contém o potencial de trazer mais legitimidade e eficácia ao processo, vez que o magistrado nem sempre se apercebe ou dispõe das informações ou elementos capazes de serem fornecidos apenas pelos participantes do contraditório, mesmo quando passível de conhecer de ofício. O resultado da audiência prévia das partes pode convencer o juiz da desnecessidade, inadequação ou improcedência da decisão que outrora tomaria, evitando recursos desnecessários e efetivando a prestação jurisdicional (Oliveira, 1993, p. 181). A visão clássica e formalística, retratada anteriormente, compromete a eficácia do sistema processual, visto que soluções pragmáticas, que poderiam ser obtidas pelo contraditório, não ocorriam pela ausência da obrigação do juiz considerar os argumentos das partes na tomada da decisão.

Esse problema, inserido no contexto da problematização do direito nos meados do Século XX, estabelece que não existe processo civil sem contraditório efetivo, isto é, não apenas o contraditório formal (ou estático), mas também o contraditório material ou dinâmico. A concepção do contraditório adquiriu nova roupagem em atenção à visão doutrinária sobre o processo civil, que começou a clamar pela superação da atuação passiva do magistrado e pela superação do antigo brocado latino *mihi factum, dabo tibi ius* (Oliveira, 1993, p. 34). O princípio se tornou um elemento basilar para o regular desenvolvimento do processo e assegurar o devido processo legal justo. Afinal, os princípios constitucionais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a legalidade se tornaram necessários e atrelados à realização da tutela jurisdicional efetiva, conforme os ditames previstos no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988⁵ (Theodoro Júnior *et al.*, 2016, p. 141).

5 Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

A doutrina atual identifica que o contraditório deriva do devido processo legal e não propriamente do princípio da igualdade⁶ (Streck; Motta, 2016, p. 117), visto que esse constitui uma das normas que estruturam o processo e possibilita a concretização do outro. Nessa acepção, o devido processo legal é concretizado pela observância dos direitos fundamentais processuais previstos na Constituição Federal, tais como a ampla defesa (CF, art. 5º, LV); o tratamento paritário às partes no processo (CF, art. 5º, I); a publicidade (CF, art. 5º, LX); a proibição da prova ilícita (CF, art. 5º, LVI); a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII e LIII); as decisões motivadas (CF, art. 93, IX); o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV); e entre outros princípios estruturantes (Streck; Motta, 2016, p. 118).

A origem se distingue do pensamento clássico que deriva do princípio da igualdade (Marques, 2000, p. 96-97), como posto por Elio

6 Lenio Streck e Francisco Motta esclarecem que a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LIV, prevê que “ninguém será privado de sua liberdade ou bens sem o devido processo legal”. Nesse sentido, a locução seria uma tradução da expressão inglesa *due process of law* (dando-se enfoque que a palavra *law* é no sentido de Direito, ou seja, direito em sua acepção objetiva), que por sua vez é oriunda da Magna Carta inglesa, restando textualmente incorporada pelos Estados Unidos da América na 5ª e 14ª emendas à Constituição.

A Magna Carta, em sua redação original, dispõe na sua cláusula 39 que “*No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgment of his equals or by the law of the land.*” Todavia, em uma reedição feita em 1354, nos *Statutes of the Realm* elaborados durante o 28º ano do reinado de Eduardo III do Reino da Inglaterra, essa cláusula foi transposta para a cláusula 29 e passou a ter a seguinte redação “*That no man of what Estate or Condition that he be, shall be put out of land or Tenement, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought in answer by due process of law.*” Historicamente há uma discussão acerca da interpretação da expressão “*law of the land*” como sinônima de “*due process of law*”, sendo inclusive referenciada e tida como sinônima pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 1877, no caso *Davidson v. New Orleans*. No entanto, Keith Jurow aponta que houve um erro, visto que, no direito inglês, as expressões têm sentido diverso. Refere que “*law of the land*” possui um sentido mais ambíguo, ao contrário que “*process*” em “*due process of law*” são termos semanticamente precisos e consistentes. Nesse sentido, ver: JURROW, 1975.

Existem outros marcos mais antigos que se possam identificar com a origem do devido processo legal. Todavia, a primeira menção a ele só aparece em 1354, como apontado. No Brasil, o devido processo legal aparece positivado apenas na Constituição Federal de 1988, inexistindo menção expressa a ele em constituições anteriores, a despeito da influência do *common law* no Brasil.

Fazzalari (2006, p. 121), que cita em conjunto a importância da paridade de armas no contraditório. O pensamento anterior vem ligado à concepção de duelo argumentativo, impondo que o contradizer das partes é exercido com paridade entre os destinatários dos efeitos desta garantia jurídica (Fazzalari, 1958, p. 869). Ou seja, o processo era visto como procedimento plurissubjetivo, sendo uma sequência de atividades movida por aqueles que sofrem os efeitos da decisão final em estrutura dialética (Fazzalari, 2006, p. 118-119).

A decorrência do contraditório dinâmico, como consequência do devido processo legal, está ligada ao imperativo de um processo justo⁷ (Dias; Motta, 2022, p. 70), sendo considerado um valor-fonte do processo democrático do exercício do poder (Zaneti Júnior, 2021, p. 104). Sem o exercício do contraditório e dos direitos fundamentais processuais, impossível concretizar justiça no processo e o próprio Estado de Direito democrático (Justen Filho; Godoy, 2019, p. 954). O contraditório moderno passa a ter nova dimensão dinâmica, que ocupa posição de destaque no processo civil, muito impulsionada após o advento da Constituição Federal de 1988 e consagrada com o Código de Processo Civil de 2015. Através da Constituição, o processo começa a deixar de ser visto como instrumento da jurisdição, centralizado e protagonizado pelo magistrado, mas sim como a atividade jurisdicional exercida com o reconhecimento e implementação do sistema principiológico da Constituição Federal, em participação de todos os sujeitos processuais (Faria, 2016, p. 287).

A dimensão dinâmica do contraditório, portanto, está preocupada em construir no processo uma argumentação jurídica consistente e legítima (Dinamarco, 2002, p. 124). Por esse motivo se liga internamente à fundamentação da decisão judicial participada, construída por meio de uma forma democrática do exercício do poder jurisdicional (Theodoro Júnior *et al.*, 2016, p. 112). É uma mudança metodológica ao princípio para atuar como corolário do justo processo (Silva; Roberto, 2016, p. 247). Assim, o contraditório é destinado a todos os sujeitos do processo.

A decisão passa a ser produto da comparticipação dos sujeitos em espaço dialético para o exercício de direitos fundamentais e do poder estatal e não somente resultado da bilateralidade de audiência das partes,

7 Conforme apontam Handel Dias e Francisco Motta, a garantia do devido processo legal vem sendo incorporada à ideia do processo justo.

que podia ser desconsiderada pelo juiz ao formular o provimento judicial (Theodoro Júnior *et al.*, 2016, p. 120). Nessa linha, Guilherme Henrique Lage Faria (2016, p. 295) ressalta que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios processuais que devem ser cumpridos para atribuir legitimidade ao exercício da atividade jurisdicional do Estado e não somente para instrumentalizar a jurisdição.

O Código de Processo Civil de 2015 consagra a faceta dinâmica do contraditório no regramento processual civil, enfatizando seu viés substancial ou material. Efetivamente se preocupou em tornar factível o processo justo e democrático por meio da comparticipação (Theodoro Júnior, 2018, p. 68), não sendo um objetivo protelatório e formalista, mas sim como instrumento para uma decisão correta, legítima e eficaz (Theodoro Júnior *et al.*, 2016, p. 131). Consagrou-se diversos deveres, como a proibição de o magistrado decidir sobre questões de ofício sem a consulta das partes; de citar leis, precedentes ou súmulas sem demonstrar a sua aplicação ao caso concreto; de fazer ponderações de princípios sem mostrar a sua pertinência perante os autos (Theodoro Júnior *et al.*, 2016, p. 120).

A dimensão material é compreendida como a garantia de influência sobre o provimento judicial (Streck; Motta, 2016, p. 113). Esse é o seu núcleo essencial. Há quem fale com muita propriedade em um binômio influência-diálogo (Dantas; Santos, 2020, p. 29), todavia, com a devida vênia, entende-se que o diálogo já era existente anteriormente e sua consideração decorre do direito de influência, assim como a vedação à decisão surpresa, essa última por vezes entendida como baliza autônoma.

Nessa ótica, o princípio do contraditório (*Anspruch auf rechtliches Gehör*) decorrem (i) o direito de informação (*Recht auf Information*); (ii) o direito de manifestação (*Recht auf Äußerung*) e (iii) o direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), em clássica lição alemã, por sua vez oriunda da interpretação doutrinária do artigo 103, item 1, da Lei Fundamental alemã (Pieroth; Schlink, 2017, p. 371-372). Nota-se que os dois primeiros pontos decorrem da dimensão clássica e o terceiro decorre da dimensão dinâmica.

O direito de ser ouvido, ou de influência, perante o Poder Judiciário significa que os destinatários dos efeitos do provimento judicial devem ter a possibilidade de se posicionar diante dos fatos e do direito de modo efetivo, influenciando o resultado da decisão (Walter, 2001, p.

735). O juiz pode somente basear sua decisão em elementos sob os quais o interessado se manifestaram e tiveram seus argumentos considerados (Walter, 2001, p. 736).

O direito de influenciar a decisão judicial reduz a decisão surpresa, indesejável para a administração da justiça por enfraquecer a confiança daqueles que buscam justiça pela aplicação da lei. É o meio para maior legitimidade para o processo, consistindo na prática jurisdicional de institucionalizar e expandir o dever de esclarecimento em todos os estágios do processo judicial. Mesmo se houver uma solução nova para a lide após toda a tramitação, por mais engenhosa que seja, o correto é oportunizar o debate para as partes acerca dessa possibilidade, sob pena de infringir o princípio do contraditório e surpreender os sujeitos processuais (Bender; Strecker, 1978, p. 554).

O núcleo do contraditório dinâmico implica numa decisão judicial que aprecie melhor a integralidade dos motivos suscitados pelas partes ou pelo juízo que sejam determinantes para o resultado do processo, sob pena de nulidade por vício de fundamentação (CPC, art. 489, § 1º). O juiz tem o dever de indicar os motivos determinantes da decisão, indicando os argumentos de princípio contidos na fundamentação de súmula, jurisprudência ou precedente para definir acerca de sua aplicação no caso. Esse desdobramento do contraditório exige igualmente um dever e preparo das partes que conduzem a lide, na medida em que suas argumentações ao longo do processo devem possuir maior qualidade argumentativa (nunes, 2016, p. 25). O dever atinge todos os sujeitos processuais, pautadas pelas regras do *fair play* (Alvim; Guedes, 2020, p. 29). Assim, para observar o contraditório substancial, é necessário garantir às partes a possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o conteúdo da futura decisão judicial, que atua como garantia do próprio sentido que envolve o princípio de paridade de armas (*Waffengleichheit*) no processo civil (Baur, 1954, p. 403).

O princípio da cooperação remodelou o processo, aproximando-o do direito material e removendo o protagonismo juiz. A cooperação aproxima o juiz das partes, ficando mais vinculado à realidade material da causa (Vanelli, 2021, p. 116). Dessa forma, o contraditório implementa a baliza discursiva para o debate participativo legitimador do processo (Nunes, 2008, p. 176).

Os efeitos do contraditório devem incidir inclusive na fase preparatória⁸ do processo (NUNES *et al.*, 2016, p. 234), estabelecendo uma metodologia com objetivo aperfeiçoar a etapa probatória e, em consequência, aumentar a qualidade do debate e da decisão final. O Código de Processo Civil de 1973 não consagrou essa praxe a despeito da previsão em vários países ocidentais⁹, vindo a se alterar somente na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Nunes *et al.*, 2016, p. 234).

Em decorrência do direito de influência, há a vedação à decisão surpresa, que é nula conforme a jurisprudência brasileira por inobservância ao contraditório¹⁰. Toda decisão proferida pelo juiz que não advertiu

8 Aqui, a fase preparatória, nos termos da doutrina citada, deve ser compreendida como aquela fase anterior à instrução do processo. O contraditório tem o fim de aprimorar a fase probatória e, com isso, a qualidade do debate e da sentença. Entende-se como a fase postulatória ou até mesmo a fase de organização e saneamento, a depender da doutrina citada, mas não como um período anterior ao ajuizamento.

9 Nesse sentido, o artigo 16 do *Codê de Procédure Civile*: “*Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction*”. Em tradução nossa: O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar ele próprio o princípio do contraditório.

Ainda, o artigo 3º, item 3, do Código de Processo Civil português: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.”

10 Como consta no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.340.444/RS que “O caso concreto é paradigmático e propicia reflexão mais aprofundada sobre essa praxis, em razão de o acórdão embargado ter sido proferido sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, que reclama ampla participação das partes na formação do convencimento judicial e, a critério do Tribunal, até mesmo de pessoas, órgãos ou entidades interessadas na controvérsia (CPC, art. 543-C, § 4º). Trata-se de uma daquelas situações em que o Superior Tribunal de Justiça não se deve guiar pelo procedimento de outros tribunais. Ao contrário, deve dar o bom exemplo. Há que se fazer o certo. E o certo é assegurar a ampla defesa, o contraditório e a segurança jurídica. E mais: não se pode desconsiderar que este é um Tribunal nacional, um Tribunal de superposição, onde atuam advogados que vêm dos extremos mais remotos do nosso País. Nesse sentido, preocupa-me muito, além do caso concreto, a situação dos advogados que se deslocam a Brasília, com despesas custeadas por seu cliente, que, amiúde, é pessoa humilde e somente pode dispor de passagem uma única vez, sem conseguir arcar com os custos da segunda, terceira e, muito menos, quarta e quinta viagens. Penso que estabelecer o limite de três sessões para dispensa de nova publicação é um início, um limiar para a retificação da omissão até hoje verificada, sem prejuízo de a questão ser deliberada oportunamente mediante reforma do Regimento Interno. No Processo Civil brasileiro, a

as partes quanto ao objeto relevante para o prévio debate é invalidada. Importa salientar que “objeto relevante da controvérsia” é compreendido como aquele ponto de fato ou de direito que constitui premissa ou fundamento essencial no provimento judicial, ou seja, a *ratio decidendi* do caso concreto (Theodoro Júnior *et al.*, 2016, p. 130).

É constituído um dever ao magistrado de provocar o debate que diga respeito à toda a matéria controvertida na lide processual, inclusive sobre aquelas matérias em que o juiz pode conhecer de ofício, questão reforçada no Código de Processo Civil de 2015 (Ferri, 1988, p. 781). O juiz deve submeter todos os fundamentos determinantes à oitiva prévia das partes, ou ao menos dar oportunidade para tal manifestação¹¹ (Baur, 1954, p. 408).

Como visto, os destinatários do contraditório são os sujeitos do processo, principalmente o magistrado e seus auxiliares. A participação impõe o dever do juiz praticar atos de direção, de prova e de diálogo em observância à máxima processual, de forma que haja participação efetiva (Dinamarco, 2002, p. 131).

No âmbito das partes, o contraditório irradia vários direitos e deveres, 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

surpresa e o ônus financeiro excessivo são incompatíveis com o due process e com os pressupostos do Estado de Direito que, no nosso caso, é antes de tudo Social”. (EDcl no REsp 1340444/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 29/05/2014, DJe 02/12/2014)

Nesses termos, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça, na oportunidade, decidiu que ampla participação das partes na formação do convencimento judicial é consequência das garantias da ampla defesa, do contraditório e da segurança jurídica, sendo incompatível a surpresa com o devido processo legal e com os demais pressupostos do Estado de Direito. Portanto, o contraditório como direito de participar do julgamento e influenciar o convencimento do magistrado já estava presente antes mesmo do Código de Processo Civil de 2015.

11 Esse entendimento é oriundo da doutrina alemã e, conforme leciona Guilherme Henrique Lage Faria, o artigo 103, § 1º, da Lei Fundamental (*Grundgesetzes*) inclui o direito da parte se expressar e o direito de que suas declarações sejam levadas em consideração no momento da decisão, sendo decorrente do contraditório (*Anspruch auf rechtliches Gehör*) pela interpretação dada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*). Nesse sentido, ver: FARIA, 2016.

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).

Por fim, não há falar em atraso processual em razão do cumprimento do contraditório, que em nada prejudica o seu trâmite. Como exemplo, na República Federal da Alemanha, quando se evita o contraditório efetivo entre as partes, a frequência de apelações contra a decisão judicial é maior comparado ao sistema de *Stuttgarter*¹² (Bender; Strecker, 1978, p. 553), que integra o contraditório efetivo no seu procedimento (Bender; Strecker, 1978, p. 554). Assim, o oposto se comprova, pois, limitando o contraditório, aumenta-se a quantidade de recursos interpostos contra a decisão e o tempo de tramitação processual. O aproveitamento da atividade processual é assegurado pelo contraditório, pois sem a oportunidade de debater com efetividade os pontos relevantes do litígio judicial, potencializar-se-á a utilização de recursos, aumentando-se o espaço-tempo processual injustificadamente (Theodoro Júnior, 2016, p. 133).

12 O sistema de *Stuttgarter* é uma prática desenvolvida desde 1967, tendo como referencial teórico os trabalhos de Fritz Baur, especialmente em seu artigo *Wege zu einer Konzentration in der mündlichen Verhandlung im Prozess* (em tradução livre, *Métodos para a concentração da audiência nos procedimentos judiciais*). Em síntese, trata-se de um procedimento com o objetivo de tornar o processo efetivo, sem que isso implique somente em maior celeridade, mas também que as fases processuais se tornem mais compreensíveis para as partes. O sistema se concentra em estabelecer a verdade, na reconstrução dos fatos. Após a delimitação da matéria em uma “fase postulatória”, é feito um julgamento em matéria civil (*Hauptverhandlung in Zivilsachen*), oportunidade em que há debates e são dadas propostas para encerrar o caso pela corte em duas oportunidades, uma antes da “instrução” e outra após, sempre com a oitiva das partes, que podem se manifestar e até mesmo realizar um “pequeno apelo” contra a decisão proposta pela corte ao tomar ciência da segunda proposta para encerrar o caso.

3 CONCLUSÃO

A lógica do processo civil é objeto de constante mudança por diversos fatores que envolvem múltiplas disciplinas. Apesar da sua constante evolução, o contraditório é um princípio genuinamente milenar no direito processual, impactando diretamente no resultado da prestação jurisdicional.

Diante de toda a pesquisa exposta no presente artigo, que brevemente dialoga com a doutrina sobre o tema, remonta-se à indagação precípua, isto é, definir em linhas gerais o conceito contemporâneo do contraditório.

Em primeira conclusão, entende-se que, a despeito de poder ser aplicado como regra, o contraditório é um princípio que emana diversos direitos e deveres.

Ademais, o princípio é notoriamente composto por duas fases de desenvolvimento distintas não excludentes entre si, ambas gerando reflexos pertinentes na contemporaneidade. A dimensão estática do contraditório dita sobre o binômio informação-reação, permeado pelo direito à informação e o direito à reação frente aos atos judiciais, oriunda do princípio da igualdade. Em um segundo momento, surge a dimensão dinâmica do contraditório, que traz o direito de influência, que decorre do modelo cooperativo de processo, impondo direitos e deveres aos sujeitos processuais.

O contraditório é o princípio que estrutura o processo civil através de suas dimensões estática e dinâmica, cada uma com suas especificidades que devem ser observadas para cumprir o princípio do devido processo legal, concebido como imperativo do processo justo. O contraditório é também o modo pelo qual o estado exerce seu poder legitimamente através de decisões proferidas em comparticipação com o diálogo dos sujeitos processuais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: Saraiva, 1937.

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.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo e processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 28, n. 112, p. 117-185, out./dez., 2003.

BAUR, Fritz. Der Anspruch auf Rechtliches Gehör. **Archiv für Civilistische Praxis**, n. 153, Tübingen, J.C.B.Mohr, 1954.

BENDER, Rolf; STRECKER, Christoph. Access to Justice in the Federal Republic of Germany. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Access to Justice: a World Survey**. Milão: Giuffrè, 1978. v. I, livro II.

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/Constituicao.htm. Acesso em: 01 jun. 2023.

BRASIL. [Código de Processo Civil (2015)]. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). [...] Relator Min. Humberto Martins, 29 de maio de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, 02 dez. 2014. Relator para o acórdão: Min. Herman Benjamin. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/dj_inteiro. Acesso em: 01 jun. 2023

CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório (Princípio do -). In: Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka; Flávio Galdino. (Org.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, v. 1, p. 193-210, 2010.

DANTAS, Bruno; SANTOS, Caio Vitor Ribeiro dos. O contraditório como direito de efetiva participação na construção da decisão judicial. **Revista de processo**, v. 45, n. 310, p. 17-34, dez. 2020.

DIAS, Handel Martins; MOTTA, Francisco José Borges. Empoderamento do Ministério Público na atuação como fiscal da ordem jurídica diante da consolidação do contraditório dinâmico no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 47, n. 327, p. 65-82, maio., 2022.

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

FARIA, Guilherme Henrique Lage. Contraditório substancial e fundamentação das decisões no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milão, Giuffrè, v. 42, n. 3, p. 780-795, 1988.

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

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Campinas: Book-seller, 2006, v. 2.

JUROW, Keith. Untimely Thoughts: A Reconsideration of the Origins of Due Process of Law. **The American Journal of Legal History**, Filadélfia, v. 4, n. 19, p. 265-279. out., 1975.

JUSTEN FILHO, Marçal; GODOY, Miguel Gualano de. Supremo e Contraditório: a necessária revisão do Tema 424 da Repercussão Geral e o Precedente ARE 639.228. In: MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Processo constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Processo civil democrático, contraditório e novo Código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 252, p. 15-39, fev., 2016.

NUNES, Dierle José Colelho. **Comparticipação e Policentrismo**: Horizontes para a democratização processual civil. 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf Acesso em: 01 jun. 2023.

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. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 15, p. 07-20, 1998.

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.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Grundrechte - Staatsrecht II**. 33. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017, p. 371-372.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dos princípios fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, Beclate Oliveira; ROBERTO, Welton. O contraditório e suas feições no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco Borges. Para entender o novo Código de Processo Civil: da dignidade da pessoa humana ao devido processo legal. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, n. 19, p. 112-128, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Visão principiológica e sistemática do Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 43, n. 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.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 3, p. 733-749, jul./set. 2001.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: do problema ao precedente; da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

A DURAÇÃO DO PROCESSO COMO FATOR DE INFLUÊNCIA SOBRE A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS

MATHEUS PRESTES TAVARES DUARTE¹

1 INTRODUÇÃO

Sem embargo de muitas outras concausas, a consagração de novos interesses dignos de tutela e a litigiosidade seriada conduziram, inevitavelmente, sobretudo nas últimas décadas, a um exponencial aumento da judicialização de questões de toda ordem. Sob o prisma quantitativo, tal tendência se corporifica por meio da existência de um vertiginoso número de demandas judiciais em curso (Barroso, 2018, p. 22-23), a revelar a manifestação do fenômeno que se convencionou denominar de gigantismo judiciário².

A expressiva sobrecarga de feitos denota, ainda, nítida predileção por um modelo de resolução contenciosa e heterocompositiva das controvérsias, propensão que desagua no recrudescimento de uma cultura da sentença, em que todos os esforços ao deslinde de determinado conflito de

1 Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Coursou, na condição de aluno especial, disciplinas do Mestrado em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Damásio Educacional (IBMEC-SP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Assessor de Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO). *E-mail*: matheusprestesd@gmail.com.

2 Assevera Mancuso, ao discorrer sobre as externalidades negativas do gigantismo judiciário, que tal fenômeno “fomenta a contenciosidade ao interno da coletividade, fortalecendo a gradual instalação de uma cultura demandista; cria focos de tensão com o Executivo, na medida em que este é cada vez mais instado a disponibilizar novos e maiores recursos orçamentários; labora contra o vero sentido de cidadania que, ao menos num primeiro momento, sinaliza para que pessoas físicas e jurídicas tentem ajustar suas pendências entre si, ou, sendo o caso, mediante a intercessão de um agente facilitador; dificulta as atividades de controle e planejamento dos órgãos jurisdicionais [...]”. (Mancuso, 2019, p. 163.

interesses são dirigidos à figura do processo judicial, no bojo do qual é, ao fim, adjudicada, pelo Estado-juiz, sua solução (Watanabe, 2019, p. 66).

Ante o notável congestionamento experimentado pelo Poder Judiciário³, o cidadão, a despeito de investido da prerrogativa constitucional de, pelo manejo de eventual ação individual, acessá-lo, tem seu processo submetido, não raramente, a tramitação lenta e embaraçosa, o que autoriza, inclusive, questionar o quão ilusórias seriam as expectativas depositadas sobre a tão celebrada garantia do acesso à justiça (Sica, 2014, p. 14-15).

Surgem, então, em face do abarrotamento da jurisdição estatal, indagações também em relação à eficiência do processo e, consequentemente, à própria justiça da decisão que nele venha a ser proferida⁴, cenário em que ganha destaque a busca por soluções amigáveis e auto-compositivas das controvérsias, por vezes mais céleres e consentâneas ao escopo pacificador assumido pela jurisdição (Cappelletti, 1994, p. 88).

Assentadas as premissas supra, tenciona o presente trabalho, em sede de objetivo geral, investigar, sob a óptica da análise econômica do processo civil, como o tempo de tramitação dos processos influencia na celebração de acordos pelos litigantes que neles figuram como partes.

Intenta, ainda, em sede de objetivos específicos, perscrutar o enquadramento normativo – constitucional e infraconstitucional – dispensado à razoável duração do processo, bem como analisar, sem pretensão de esgotá-los, institutos processuais tendentes a reduzir eventuais incentivos que possam advir da morosidade processual e a maximizar as chances de que seja alcançada a consensualidade com maior brevidade.

Para a consecução dos retomencionados objetivos, adotar-se-ão 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 constatar-se-á, em sede de considerações finais, que o conhecimento e o adequado emprego de ferramentas

3 V., sobre isso, os alarmantes índices levantados por Fábio Rodrigues Gomes (2015, p. 85) no que pertine, especialmente, à Justiça trabalhista, aduzindo o autor existir verdadeiro ‘tsunami processual’.

4 Isso porque, sob a óptica da Análise Econômica do Direito (AED), há autores que preconizam ser impropriedade a comum dicotomia suscitada entre os valores justiça e eficiência, na medida em que para que uma decisão seja tida por justa, imprescindível se afigura que nesse juízo de justiça seja incorporado, entre outros *standards*, o elemento eficiência. V. nesse sentido, Campos, 2018, p. 9 *apud* Posner, 1972.

estratégicas são medidas hábeis a contornarem, ou, ao menos, reduzirem, os perniciosos efeitos da morosidade judicial e os custos externos da litigância.

2 RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: ENQUADRAMENTO E CONTEÚDO NORMATIVOS

Antes de perquirir as repercussões do tempo de tramitação das demandas sobre a celebração de acordos por parte dos sujeitos que nelas figuram como partes, impende perscrutar, brevemente, o enquadramento normativo – constitucional e infraconstitucional – da razoável duração do processo, bem como o conteúdo abarcado pelo referido princípio.

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 (EC n.º 45/2004), ao art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) foi atribuída a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (Abreu, 2008, p. 117).

Em sede infraconstitucional, lado outro, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) abarca disposição similar àquela introduzida à Carta Fundamental pelo constituinte reformador ao asseverar, em seu art. 4º, que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Impende ressaltar, nesse sentido, que, ao abranger a atividade satisfativa, o legislador ordinário pretendeu estender a garantia em comento, para além da fase cognitiva, também à fase de cumprimento de sentença eventualmente instaurada, de modo a reconhecer que a atividade jurisdicional pode não se exaurir com o mero reconhecimento de direitos, o que, por seu turno, enfatiza o modelo de processo sincrético albergado pelo CPC/2015 (Bueno, 2020, p. 405).

Em que pese sua relativamente recente incorporação ao texto constitucional, não se pode olvidar que, mesmo antes da promulgação da EC n.º 45/2004, o princípio da razoável duração do processo já encontrava guarida no ordenamento jurídico pátrio por força da previsão contida no art. 8º do *Pacto de San José da Costa Rica*⁵ (Nery Junior, 2017,

5 Artigo 8º: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei na apuração de qualquer acusação

p. 369) – em vigor no Brasil desde 1992 –, a qual ostenta *status* supralegal (Sarlet, 2015, p. 138).

Há quem preconize, inclusive, que, independentemente da positivação do referenciado princípio pelo direito interno, a observância da razoável duração do processo é impositiva por se tratar de consectário da cláusula do devido processo legal, encampada pelo art. 5º, inc. LIV da CRFB/1988 (Alvim, 2020, p. 208).

Conquanto sua incidência se opere, essencialmente, no curso de processos judiciais, é errôneo conceber que a garantia da razoável duração do processo condiciona tão somente o Poder Judiciário. Cuida-se, em verdade, de imperativo ao qual devem observância todos os Poderes constituídos.

O Poder Legislativo, para promulgar leis que estabeleçam medidas e técnicas que permitam a entrega de uma prestação jurisdicional mais célere. O Poder Executivo, para que, no exercício de alocação de recursos públicos, destine os meios materiais necessários à consecução de políticas que adequem a infraestrutura e o numerário de juízes e servidores à demanda que se apresenta. O Poder Judiciário, por fim, para que – na pessoa do juiz e das partes, cooperativamente – conduza as lides instauradas a um processamento que não exorbite os limites da razoabilidade (Sá, 2016, p. 72), isto é, em que não se sucedam dilações indevidas (Cruz e Tucci, 2011, p. 193).

Importante pontuar, entretanto, que a duração razoável do processo, embora perpassa a celeridade processual, não é a ela equivalente. Isso porque determinados processos demoram, naturalmente, mais que outros, de modo que não pode haver atropelos aos direitos das partes em nome de uma rapidez desmedida (Bueno, 2020, p. 404), sob pena de violação do devido processo legal e de consequente comprometimento da própria justiça da decisão (Alvim, 2016, p. 57).

Com efeito, a busca, a qualquer custo, por uma velocidade inconsequente na obtenção de uma tutela jurisdicional pode, até mesmo, desnaturar o caráter instrumental ínsito ao processo (Pinho, 2020, p. 106), que serve, na quarta e vigésima fase metodológica do direito processual civil (Jobim, 2016, p. 159), à tutela – à luz das garantias fundamentais e da

penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

tábua axiológica constitucional – de determinado direito material lesado ou ameaçado de lesão.

Um processo devido é, portanto, aquele que é tempestivo, que dure por um tempo não necessariamente exíguo, mas razoável (Cretela Neto, 2018, p. 303).

E para aferir a razoabilidade do tempo de tramitação das demandas, a doutrina, assente na premissa de que tal cognição não é passível de ser realizada aprioristicamente, senão mediante análise de cada caso concreto, elege, com base em parâmetros estabelecidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) no julgamento de casos paradigmáticos, alguns critérios objetivos para tal desiderato, quais sejam: (i) a natureza da demanda e a complexidade da matéria nela versada; (ii) o comportamento dos sujeitos processuais e de seus respectivos patronos; (iii) o comportamento do juiz (Jobim, 2016, p. 202) e a infraestrutura do órgão incumbido do processamento da causa; (iv) a fixação, em sede legal, de prazos para a prática de atos processuais (Nery Junior, p. 371-372).

3 AS REPERCUSSÕES DA DURAÇÃO DO PROCESSO NA CELEBRAÇÃO DE ACORDOS

Em consonância com os dados colhidos pelo relatório “Justiça em Números” do CNJ, o tempo de duração médio dos processos pendentes no Brasil foi, no ano de 2020, de cinco anos e dois meses. O tempo médio de tramitação dos processos até a prolação de sentença, lado outro, foi, no mesmo exercício e em primeiro grau de jurisdição, de três anos e sete meses no âmbito da Justiça Estadual e de cinco anos e um mês no âmbito da Justiça Federal (Conselho Nacional de Justiça, 2021, p. 203-207).

Engana-se, todavia, quem cogita a morosidade processual como uma realidade exclusivamente brasileira. Cuida-se, pelo contrário, de problemática de escala global, com a qual convivem diversos outros países, inclusive desenvolvidos, como a Itália, por exemplo, para cuja situação lançou olhares, desde há muito, Barbosa Moreira (2001, p. 229-231).

Diante da amplitude do problema, exsurge, então, com ainda maior importância, a necessidade de empreender estudos sobre os efeitos da inobservância da razoável duração do processo. Sobre isso, assevera Araken de Assis (2016, p. 484) que uma desarrazoada mora processual

“em primeiro lugar, acentua a desigualdade, porque a resistência da pessoa pobre é menor do que a da pessoa provida de abundantes recursos financeiros”, de modo a instituir indevida vantagem de uma parte em detrimento da outra.

Ademais, a duração indefinida do processo não apenas compromete o ideal de efetividade da tutela jurisdicional – implicando, não raramente, em descrédito das instituições judiciais e em fuga da jurisdição –, como também afeta a proteção da própria dignidade da pessoa humana, sustentáculo e fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III, da CRFB/1988), uma vez que acaba por converter o jurisdicionado, destinatário do sistema de justiça, em objeto do processo estatal (Mendes; Coelho; Branco, 2009, p. 545).

A morosidade processual faz exsurgir, ainda, desestímulo ao cumprimento da lei, porquanto os indivíduos, ao não enxergarem a solução dos conflitos e a consequente punição daqueles que violaram determinada norma de conduta, passam a crer em indesejada sensação de impunidade e impotência do sistema, o que potencializa o favorecimento dos mais poderosos e abastados em detrimento daqueles que efetivamente necessitam de uma tutela adequada e tempestiva (Ribeiro, 2018, p. 67).

Derradeiramente, observa-se que, para além de disposição normativa de pisos constitucional e infraconstitucional, a razoável duração do processo constitui, outrossim, fator de influência sobre as negociações e a celebração de acordos por parte de sujeitos que protagonizam determinada lide.

De um lado, a mora processual repercute no montante pelo qual os litigantes dão fim ao conflito por meio de uma transação. Isso porque à medida que aumenta o tempo de tramitação de determinada demanda diminuem o valor de reserva⁶ do demandante e a disposição do demandado em pagá-lo.

De outro, o réu pode se valer da prerrogativa de protelar a celebração de acordo com vistas a depreciar a importância a ser paga, a qual

6 “Para o potencial autor, o preço de reserva equivale ao valor do ‘juízo esperado ao litigar em juízo menos os seus custos de litigância (C_a). Denomina-se ‘juízo esperado’ a probabilidade de vitória do autor, segundo a crença do autor (P_a), multiplicada pelo valor da sentença futura (S). Desse modo, o preço de reserva do autor pode ser representado pela expressão: $R_a = P_a S - C_a$ ” (Fux; Bodart, 2021, p. 55).

pode vir a sofrer defasagem, a despeito da incidência de correção monetária e juros moratórios (Fux; Bodart, 2021, p. 81).

Sob as lentes da análise econômica do direito⁷, é cediço, para a viabilidade de uma transação, que, num cenário de neutralidade em relação ao risco, o preço de reserva do autor (R_a) seja inferior ao preço de reserva do réu (R_r), sendo denominada “zona de acordos”⁸ – *settlement range* – a sobreposição entre os preços de reserva do réu e do autor ($R_r - R_a$), faixa de que se extrai um excedente cooperativo, em que a celebração de uma avença seria benéfica para ambas as partes (Posner, 2014, p. 779).

Visando à obtenção de uma perspectiva sistêmica do problema investigado⁹, conclui-se que, apesar de a teoria da barganha não contemplar como uma de suas variáveis o tempo de tramitação da demanda, as partes não são indiferentes à intempestividade do processo, fator que, por si só, repercute não apenas na crença de cada parte em relação ao desfecho do litígio em que figuram, como também na probabilidade de autocomposição.

Isso porque, conforme sustenta Ivo Gico Jr., “quanto maior for a morosidade judicial, menor será o valor presente do direito para o autor e menor será o valor presente da obrigação para o réu” (Gico Junior, 2020, p. 325), do que se depreende a existência de uma correlação dinamicamente inversa entre os fatores celeridade processual e probabilidade de acordos (Fux; Bodart, 2021, p. 81). Preleciona o autor, nesse sentido, que:

Quanto mais rápido for o Judiciário, maior será o valor presente de um potencial litígio e, portanto, maior será a probabilidade de uma ação ser ajuizada. Só que quanto mais ações são ajuizadas, maior a sobrecarga do Judiciário, que deve se tornar mais lento

7 Importante consignar, neste tocante, a abrangência do movimento da AED, que contempla muitas tendências, tais como a conservadora, a liberal-reformista e a neoinstitucionalista, cada qual com suas peculiaridades, embora exista entre elas nítida convergência: o emprego da interdisciplinariedade ofertada pela teoria econômica – em especial pela microeconomia – enquanto metodologia de análise do Direito, isso em prol da busca pela eficiência do sistema. (Campos, 2018, p. 8).

8 Não se pode olvidar, todavia, que, a despeito de necessária, a faixa de acordos isoladamente considerada não é condição bastante para que se suceda a celebração de um ajuste, porquanto há fatores outros que incidem e repercutem sobre a escolha dos sujeitos em autocompor ou litigar. V., nesse sentido, Soares, 2019, p. 217.

9 Sobre a necessidade de se ajustar e atualizar os modelos clássicos, v. Wolkart, 2020, p. 361-437.

– o que reduz o valor presente das ações judiciais e reduzirá a demanda futura por serviços adjudicatórios. Assim, espera-se que mudanças na morosidade judicial gerem efeitos compensatórios no volume de casos iniciados e vice-versa. Essa relação sugere que, dada uma capacidade adjudicatória instalada, deve haver um nível de equilíbrio entre litigância e morosidade em cada jurisdição, um congestionamento de equilíbrio (Gico Junior, 2020, p. 328).

Outra repercussão de uma desarrazoada demora na tramitação dos processos sobre a celebração de acordos reside no problema da seleção adversa, que, por seu turno, revela que a demora do processo sempre beneficia a parte que não tem razão (Ribeiro, 2018, p. 69).

Tal fenômeno, denotador de uma das faces da tragédia do Judiciário, consiste no influxo de que a postergação no cumprimento das obrigações e das disposições normativas acabe por afastar do sistema pessoas que, efetiva e legitimamente, busquem a tutela de seus direitos e, paradoxalmente, por atrair outros que utilizarão da Justiça tão somente para protelar ou obstaculizar suas obrigações (Gico Junior, 2020, p. 2012). Cuida-se de verdadeira antítese da função econômica do Poder Judiciário, tão perniciosa – senão mais – quanto a própria demora experimentada em cada caso concreto.

4 INSTITUTOS PROCESSUAIS MITIGADORES DA PROTELAÇÃO DE ACORDOS

Examinados os impactos do tempo de tramitação dos processos na dinâmica das negociações por acordos, pretende o presente trabalho analisar institutos processuais tendentes a mitigar possíveis danos e incentivos que porventura advenham da mora processual e, ao mesmo tempo, a maximizar as chances de que seja resolvida a lide, com maior brevidade, pela autocomposição.

Sem olvidar do potencial resolutivo de ferramentas outras – tais como o incidente de desconsideração da personalidade jurídica e as sanções por condutas desleais –, elege a pesquisa vertente como objetos de análise, até mesmo por impositiva limitação espacial, as tutelas provisórias e a produção antecipada de prova, institutos sobre os quais passar-se-á, então, a discorrer.

4.1 As tutelas provisórias

A sociedade contemporânea – alcunhada, pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman, de sociedade líquida – é caracterizada por sua “modernidade fluida”, traço denotativo, dentre outros, da rapidez com que se sucedem transformações nas relações sociais, jurídicas e econômicas travadas entre os indivíduos que a integram (Bauman, 2000, p. 16).

Em uma sociedade marcada por tal fluidez, a variável “tempo” demonstra-se revestida de especial relevo, inclusive e, sobretudo, no âmbito do processo (Carnelutti, 1958, p. 354), uma vez que uma prestação jurisdicional tardia acaba por não ser expressão da justiça, senão denegação desta (Theodoro Júnior, 2004, p. 11).

E, com vistas a contornar os deletérios efeitos da morosidade processual, o ordenamento jurídico pátrio erigiu – e continua a fazê-lo, perenemente, por intermédio de iniciativas legislativas – uma série de mecanismos de aceleração do processo¹⁰, entre eles as tutelas provisórias.

Sistematizada em livro próprio pelo CPC de 2015, a tutela provisória corresponde “ao provimento jurisdicional não definitivo, que é proferido quando presentes razões legalmente previstas que justifiquem a antecipação ou garantia de determinado direito, antes que se decida definitivamente a lide” (Fux, 2019a, p. 83).

Cuida-se de gênero a comportar duas espécies, que, por seu turno, se distinguem relativamente a seus pressupostos de cabimento (art. 294, *caput*, do CPC): (i) a tutela de urgência (art. 300 e ss. do CPC), cuja concessão pressupõe a probabilidade do direito vindicado e, concomitantemente, o iminente risco de lesão a recair sobre tal direito; e (ii) a tutela de evidência (art. 311 do CPC), cuja concessão, ao contrário do que se verifica na tutela de urgência, dispensa o *periculum in mora*, exigindo somente a subsunção do caso concreto a alguma das hipóteses legais que revelem razão clara e inequívoca do direito reclamado (Fux, 2019b, p. 379).

10 Sustenta Cruz e Tucci (1997, p. 86), nesse sentido, a existência de três frentes à repressão dos prejuízos advindos de uma tutela jurisdicional intempestiva, quais sejam: (i) mecanismos endoprocessuais de repressão à chicana, *v.g.*, as sanções por condutas desleais que concorram para a protelação do andamento processual; (ii) mecanismos de aceleração do processo, *v.g.*, as tutelas antecipada e monitoria; e (iii) mecanismos jurisdicionais de controle externo da lentidão, *v.g.*, a responsabilização civil do Estado por mora desarrazoada na prestação jurisdicional, sobre a qual, inclusive, foram tecidos breves comentários em nota de rodapé n.º 23.

Especialmente no que concerne à tutela de urgência, pode ser tal modalidade de tutela provisória classificada também de acordo com sua função – se conservativa/acautelatória, quando se visa a proteger para possibilitar futura satisfação, ou se antecipatória/satisfativa, quando se antecipa, para a proteção de determinado bem da vida, sua fruição – e com o tempo de sua propositura – se antecedente ou incidental, isto é, antes de instaurado o processo judicial ou em seu curso, respectivamente (Ribeiro, 2018, p. 90-92).

À concessão da antecipação de tutela acresce-se, ainda, o requisito de reversibilidade da medida¹¹ (art. 300, §3º, do CPC, *a contrario sensu*), muito embora tal pressuposto não seja absoluto¹².

Com efeito, as tutelas provisórias de natureza satisfativa, notadamente a tutela de evidência, redistribuem o ônus do tempo no processo (Didier Júnior; Braga; Oliveira, 2018, p. 711), uma vez que, preenchidos os pressupostos legais, sua concessão – pautada num juízo perfunctório – implica a antecipação do gozo sobre determinado bem da vida que se pretende tutelar, isso sem que tenha de ser percorrido, em sua totalidade, o não raramente sinuoso *iter* processual.

Reduz-se, pois, o tempo destinado ao conhecimento do pleito vestibular, admitindo-se a antecipação de tutela inclusive liminarmente, hipótese em que, ressalta-se, não há supressão do contraditório, senão diferimento deste (Nery Junior, 2017, p. 281). Mitiga-se, outrossim, por

11 Neste aspecto, há de se destacar que a reversibilidade exigida é fática, e não apenas jurídica. Isso porque, por se pautar em cognição sumária, a tutela provisória pode ser, a qualquer tempo e até que sobrevenha a cognição exauriente, revogada por decisão posterior, porquanto notadamente precária. Impõe-se, entretanto, para além disso, que sejam reversíveis os efeitos práticos da tutela, isto é, sua exteriorização no mundo fenomênico.

12 Sobre o caráter relativo do pressuposto negativo de irreversibilidade, vejam-se os seguintes enunciados: (i) Enunciado 419 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC: Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis; (ii) Enunciado 25 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM – 2016: A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB); e (iii) Enunciado 40 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal – 2017: A irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível.

via reflexa, o dano marginal do processo, efeito colateral natural e inarredavelmente decorrente da demora processual (Ribeiro, 2018, p. 95-96).

Se, tal como outrora assentado, o réu a quem não assiste razão pode se beneficiar da mora processual e, torpemente, concorrer para a protelação do deslinde da demanda, certo é que a concessão de uma tutela que antecipa o provimento intentado configura desestímulo à prática de condutas desleais que possam retardar o feito. Sobre isso, prelecionam Luiz Fux e Bruno Bodart:

Antecipando que suas chances de êxito serão reduzidas, e sem estar no cômodo da posse do bem da vida litigioso, o réu tenderá a se comportar de forma socialmente ótima: evitará expedientes e recursos desnecessários (cujos custos não produzirão os mesmos benefícios), possuirá mais incentivos para firmar um acordo (pois não poderá depreciar a dívida protelando o adimplemento) e, mesmo antes do processo, evitará praticar lesões de direitos (devido ao aumento do valor que o réu precisará desembolsar para fazer um acordo), pois a resposta da Justiça será célere (Fux; Bodart, 2021, p. 82).

Depreende-se, pois, em consonância com o excerto acima transcrito, que as tutelas provisórias podem repercutir na dinâmica das negociações por acordo e contribuir para que se alcance, com maior brevidade, a autocomposição.

A uma porque a fruição prematura do bem litigioso pelo autor tolhe do demandado, sob uma perspectiva de custo/benefício, a faculdade de depreciar, por intermédio de chicanas e embaraços a protelarem o andamento processual, o montante a ser adimplido.

A duas porque, ao estabelecer, desde logo, embora sumária e precariamente, a quem assiste razão, a antecipação de tutela torna-se medida apta a elidir – ou, ao menos, mitigar – vieses cognitivos que poderiam estimular o réu a adotar comportamentos inclinados à protelação do deslinde da demanda, tal como se sucede com o viés de otimismo, sobre o qual serão tecidas maiores considerações no subtópico subsequente.

4.2 A produção antecipada de prova

Outra relevante técnica tendente a facilitar o consenso e, conseqüentemente, a evitar um processo judicial moroso é a produção antecipada de prova, prevista nos art. 381 e ss. do atual CPC, diploma que inovou positivamente no tratamento dispensado à matéria ao prescindir da demonstração da urgência para a produção da prova pretendida (Naves, 2021, p. 734).

Desnatura-se, assim, o caráter eminentemente cautelar que circundava o instituto sob a égide do CPC de 1973 e erige-se, por conseguinte, um direito autônomo à prova, independente, portanto, de discussões afetas à conservação ou asseguuração da prova em face do fator tempo e do risco de perecimento a ele inerente (Yarshell, 2009, p. 339), ressalvada a previsão disposta no art. 381, inc. I, do CPC, que dispõe, isoladamente, sobre a antecipação da prova para sua preservação.

Abandona-se, ainda, a outrora vigente concepção de que a prova se dirige exclusivamente ao juiz e assume-se, lado outro, a premissa de que sua produção se reporta, igualmente, às partes, que, com arrimo no material probatório a ser produzido, formarão cada qual sua convicção acerca dos fundamentos que respaldam suas respectivas pretensões (Borges, 2021, p. 35-36).

Sem prejuízo das outras hipóteses de cabimento enumeradas pelo rol encetado pelo art. 381 do CPC, importa, para o escopo deste trabalho, aquela disposta no inciso II do retromencionado dispositivo, segundo o qual “a produção antecipada da prova será admitida nos casos em que a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”.

Cuida-se de hipótese em que a antecipação da prova, diante de um quadro fático nebuloso, franqueará às partes a prerrogativa de ponderar as chances de êxito e os riscos provenientes do manejo de eventual ação, bem como avaliar os custos de judicializar a contenda e verificar a possibilidade de celebrar eventual acordo (Guaragni; Kozikoski, 2019, p. 157-158), de modo a evitar a adjudicação da lide (Amaral, 2018, p. 694-695).

Assenta-se, nesta toada, por meio da produção antecipada da prova, um equilíbrio informacional¹³ entre os sujeitos processuais, que,

¹³ A assimetria de informação, como é sabido, é classicamente concebida como a principal causa de insucesso nas tratativas por acordos. V., nesse sentido, as lições de

mais cientes da situação fática que permeia o conflito de interesses por eles protagonizado, terão maiores condições de alcançarem o consenso, inclusive antes do ajuizamento de eventual demanda que envolva o direito material lesado ou ameaçado de lesão (Neves, 2017, p. 755).

É dizer, o material probatório coligido por intermédio de ação probatória autônoma possui o potencial de influir na postura daqueles que titularizam determinado interesse objeto de controvérsia (Pinho, 2020, p. 255), inclusive de modo a elidir e contornar possíveis vieses cognitivos que porventura venham a incidir sobre as negociações.

Na esteira do que concebe a literatura especializada em economia comportamental, os vieses cognitivos consistem em tendências e propensões comportamentais responsáveis por comumente desviarem os agentes envolvidos em uma negociação de uma decisão racional, bem como por conduzi-los, reflexamente, a escolhas que não sejam pautadas em uma lógica de maximização de ganhos¹⁴.

Uma dessas muitas tendências é o viés de otimismo – *optimism bias*, espécie da classe que se convencionou denominar de *self-serving biases*¹⁵. Quando presente de maneira exacerbada, o otimismo pode se

Steven Shavell: “The parties may, and often will, be in possession of different information about a case when it begins. [...] To the degree that the parties do come to similar beliefs, settlement becomes more likely”. (Shavell, 2004, p. 404-405). Na mesma esteira, assevera Wolkart: “antes de o processo iniciar-se, e mesmo durante sua tramitação, é muito provável que as múltiplas facetas da realidade tenham sido captadas pelas partes de modo diferente (incerteza interpretativa). Mais do que isso, é possível que algumas dessas lâminas da realidade tenham apresentado-se para apenas uma das partes, configurando-se como informação privativa, totalmente desconhecida da outra parte (assimetria de informação propriamente dita). Essas refrações na apreensão da realidade levam a refrações na formação da expectativa de vitória de cada parte, que acaba seguindo caminho próprio, nem sempre rente à expectativa da outra parte”. (Wolkart, 2020, p. 356-357).

- 14 Sobre a conceituação dos aludidos vieses cognitivos: “Heuristic are cognitive shortcuts, or rules of thumb, by which people generate judgments and make decisions without having to consider all the relevant information, relying instead on a limited set of cues that aid their decisions making”. (Peer; Gamiel, 2013, p. 114).
- 15 Constitui o viés de autointeresse “uma tendência humana de interpretar os fatos de forma que melhor atenda aos próprios interesses, a qual influencia também os prognósticos de cada sujeito sobre as suas chances de vitória em juízo. Cuida-se do resultado de um processamento seletivo de informações, pois seres humanos procuram em suas memórias por informações relevantes favorecendo aquelas que são consistentes com as suas conclusões desejadas. [...] O excessivo otimismo derivado

tornar prejudicial e, por estimular uma confiança excessiva e, muitas vezes, ilusória, potencializa a afinidade por riscos que poderiam ser, em tese, evitados na eventualidade de conhecidas as chances de êxito de determinada empreitada (Bar-Gill, 2005).

No que concerne à celebração de acordos, o otimismo exacerbado, mormente quando aliado a um cenário de incerteza do sistema – fática e jurídica –, ocasiona o fechamento das já tão estreitas janelas de acordo, frustrando, quase que por absoluto, comportamentos cooperativos tendentes à autocomposição (Wolkart, 2020, p. 413), o que, por sua vez, conduz, inarredavelmente, à necessidade de adjudicação da lide pela via do não raramente moroso processo contencioso ordinário.

É justamente neste cerne que a produção antecipada pode maximizar as possibilidades de obtenção do consenso e eludir – ou, quando não possível fazê-lo, encurtar – o *iter* processual, com isso evitando a postergação no tempo de resolução da controvérsia. Com efeito, a prematura colheita de provas a embasar eventual e futura demanda judicial minimiza o cenário de incertezas, de modo que as partes, informadas, reduzem prospecções irreais de vitória e tendem a concordar quanto à probabilidade de procedência das pretensões da outra.

Elastece-se, assim, a zona de acordo e afastam-se vantagens que porventura pudessem ser atrativas ao réu para a protelação do feito num quadro de indefinição fática, imprimindo-se, pelo instituto ora discutido, racionalidade, eficiência e equilíbrio ao sistema e ao processo de tomada de decisões pelos agentes que figuram nas tratativas.

5 CONCLUSÃO

Num cenário de escassez de recursos, escolhas devem ser realizadas visando à maximização das riquezas da sociedade em prol de seu bem-estar. Sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, relevante se afigura a escolha, por parte dos envolvidos em determinado conflito, de autocompor ou litigar em relação a tal controvérsia.

do viés de autointeresse aumenta o preço de reserva do autor e diminui o preço de reserva do réu, o que pode eliminar a existência de uma ‘zona de acordo’”. (Fux; Bodart, 2021, p. 68-69).

Múltiplos são os fatores que influenciam e repercutem em tal decisão, sendo a duração do processo um deles. Perquiridos, em sede de desenvolvimento, os sustentáculos normativos do princípio da razoável duração do processo e os deletérios efeitos de sua inobservância, assentado restou que a indevida postergação de feitos pode contribuir para indesejada subversão do sistema de justiça.

Enumerados, exemplificativamente, institutos processuais previstos no ordenamento jurídico pátrio que possuem o potencial de contornar, ou, ao menos, mitigar, as perniciosas consequências advindas da morosidade judicial e de redistribuir o ônus do tempo no processo, extrai-se das investigações levadas a efeito a importância da adoção de posturas estratégicas na condução de tratativas por acordos.

As partes e seus respectivos procuradores devem estar atentos à análise dos incentivos presentes no binômio acordo/ajuizamento da ação, bem como fazer uso de ferramentas que reduzam as incertezas e remediem as assimetrias de informação, de modo a eliminar os custos de transação e a propiciar a resolução da controvérsia pela autocomposição, evitando-se, com isso, que se protraiam indefinidamente demandas que porventura venham a ser deflagradas.

Tal como demonstrado, a Análise Econômica do Direito, conquanto não seja panaceia para todos os males, possui expedientes e constructos teóricos que podem auxiliar na consecução de tais providências, que, apesar de não serem simples, devem ser, a todo o tempo, buscadas, porquanto imprimem racionalidade e eficiência ao sistema, instaurando, conseqüentemente, uma cultura de litigância saudável e promovendo o esperado escopo de pacificação da jurisdição.

REFERÊNCIAS

ABREU, Gabrielle Cristina Machado. **A duração razoável do processo como elemento constitutivo do acesso à justiça**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Alterações no novo CPC – o que mudou? Comentários por artigos e precedentes judiciais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BAR-GILL, Oren. The evolution and persistence of optimism in litigation. **The Journal of Law, Economics and Organization**, v. 22, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BORGES, Ana Maria de Oliveira. **A produção antecipada de prova como forma de promover a resolução extrajudicial de litígios: as soluções do ordenamento jurídico brasileiro e do ordenamento jurídico inglês**. Dissertação, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2021. Disponível em: <https://eg.uc.pt/retrieve/221462/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2023.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. **O princípio da eficiência no processo civil brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. (Coleção Processo Civil Contemporâneo).

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, v. 19, n. 74, p. 82-97, 1994.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2023.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da duração razoável do processo e da economia processual no projeto do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 192, p. 193, 2011.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: RT, 1997.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FUX, Luiz. **Processo civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2019a.

FUX, Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. Tese Doutorado, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13529/1/2012_IvoTeixeiraGicoJunior.pdf. Acesso em: 30 ago. 2023.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Análise econômica do processo civil**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. Disponível em: <https://elibro.net/ereader/elibrodemo/187161>. Acesso em: 30 ago. 2023.

GOMES, Fábio Rodrigues. Distinguishing, overruling e overriding: apertem os cintos, o caso-piloto sumiu! *In*: BELMONTE, Alexandre Agra (Org.). **A nova lei de recursos trabalhistas: Lei n. 13.015/2014**. São Paulo, SP, Brasil: LTr, 2015.

GUARAGNI, Giovanni Vidal; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Produção antecipada de prova ou ação autônoma de exibição de documento: a controvérsia sobre a prova documental no CPC/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 20, n. 3, p. 145-186, 2019.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

JOBIM, Marco Félix. **O direito à razoável duração do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 3a edição revista, atualizada e ampliada. Salvador, Bahia: Editora Juspodivm, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, v. 26, n. 102, p. 228-237, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 6. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. **Court Review**, v. 49, n. issue 2, p. 114-118, 2013. Disponível em: <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2023.

PINHO, Américo Andrade. Ações probatórias autônomas. **Revista de Processo**, v. 307, p. 247-277, 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de direito processual civil contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

POSNER, Richard. A. **Economic Analysis of Law**. 9. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência: do CPC/1973 ao CPC/2015**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. (Coleção Liebman).

SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12a. ed. revista, atualizada e ampliada, terceira tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário. **Revista de Processo**, v. 39, n. 236, p. 13-26, 2014.

SOARES, Fábio Costa. Análise econômica do direito e acordos nos Juizados Especiais Cíveis. In: FUX, Luiz; FUX, Rodrigo; PEPE, Rafael Gaia (Orgs.). **Temas de Análise Econômica do Direito Processual**. 1. ed. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(5\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(5)%20-formatado.pdf). Acesso em: 30 ago. 2023.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça): processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2019.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

A RACIONALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO CIVIL E A POSSIBILIDADE DE CONVENÇÕES PROCESSUAIS VERSANDO SOBRE A EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PARA PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA

FELIPE DUTRA DE FREITAS¹

1 INTRODUÇÃO

Durante muito tempo resumido à concepção clássica de materialização do direito de adentrar aos Tribunais, modernamente, o direito de acesso à Justiça começa a ser revisitado, passando a doutrina a reconhecer que, muitas vezes, a tutela adequada à solução do conflito engendrado não necessariamente é de natureza judicial, ou de aplicação objetiva do Direito. Essa mudança de concepção, todavia, traduz algo muito mais profundo do que a mera releitura do direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e, à similaridade, reproduzido pelo art. 3º do Código de Processo Civil.

A ampliação da abrangência da nominada garantia implica no reconhecimento da existência de um direito à tutela jurídica adequada e efetiva, que não apenas reduza o passivo processual criado a partir da vinculação do acesso à Justiça à ideia de obrigatoria prolação de decisão por um Magistrado, mas também disposta a ofertar aos cidadãos um rol maior de mecanismos aptos a promover a legítima resolução das controvérsias. Com isso, inaugura-se uma nova etapa do ordenamento jurídico nacional, que migra do modelo do processo como fim em si mesmo, para o patamar

1 Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci. Especialista em Compliance e Gestão de Riscos pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Assessor Jurídico de Procuradoria de Justiça Cível do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: felipe.dutra.freitas1989@gmail.com.

de pacificação social edificada por sobre ferramentas que democratizam a atuação das partes como protagonistas das suas próprias demandas.

A preocupação com a disponibilização de uma tutela justa, adequada e efetiva ao titular do direito reclamado importa na oportunização de procedimentos de organização e realização equitativos, materializados na existência de técnicas processuais aderentes à realidade social e, justamente por isso, capazes de promover a concretização do direito material. Essa realização e alcance em concreto do direito substancial reivindicado somente é viável, salvo em ações eminentemente declaratórias, por intermédio de medidas executivas, que se mostram como frações indissociáveis do processo justo e devido.

Conquanto no Código de Processo Civil de 1973 a relevância e validade da vontade das partes não fosse desconsiderada, foi apenas recentemente que se robusteceu o posicionamento que preleciona o processo civil como estrutura jurídico-processual ordenada e organizada para a realização do processo justo. Assim, foi a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 que foi incluída no ordenamento jurídico brasileiro cláusula possibilitando aos litigantes adequarem o processo para atender aos seus interesses, havendo um efetivo reconhecimento da autonomia privada na gestão do processo.

Entretanto, se é certo que a execução civil é um elemento indispensável para a implementação em concreto das decisões judiciais proferidas em abstrato, ou para a materialização de negócios jurídicos entabulados e cartularizados, também não é menos verdade que inexistente dispositivo de lei estabelecendo que essa deva ser obrigatoriamente conduzida pelo Poder Judiciário. O art. 190 do Código de Processo Civil é uma cláusula geral de negociação processual que permite a celebração de negócios processuais atípicos como forma de integração do litígio à manifestação da autonomia de vontade dos litigantes. Nesse contexto, delimita-se o tema atinente às convenções processuais atípicas, direcionando-o ao seguinte problema de pesquisa: é possível aos litigantes celebrar uma convenção processual atípica estabelecendo a tramitação extrajudicial da execução civil para pagamento de quantia certa?

Para a investigação dessa problemática, adota-se metodologia dedutiva e com o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica. Especificamente, objetiva-se, de início, explicitar-se brevemente os novos con-

tornos atribuídos ao acesso à Justiça no ordenamento jurídico pátrio a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. Concluído o exame jurídico-legislativo desse direito fundamental, em continuação, intenta-se examinar a valorização da autonomia da vontade dos litigantes no âmbito do processo civil, através da exploração do conceito e dos pressupostos de validade dos negócios jurídicos processuais. Ao final, superada a exploração dos limites que delimitam as fronteiras legais dentro das quais podem as partes processualmente transacionar, almeja-se investigar a possibilidade de serem celebradas convenções processuais atípicas na execução civil prevendo a possibilidade de extrajudicialização da execução para pagamento de quantia certa.

2 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A JUSTIÇA MULTIPORTAS COMO MÉTODOS DE PROMOÇÃO DO ACESSO À TUTELA JURÍDICA ADEQUADA

Quando da redação dos dispositivos que viriam a compor a Constituição Federal de 1988, os integrantes do Poder Constituinte Originário pautaram a sua atuação de acordo com os valores pertinentes ao momento de redemocratização do país. Dentre as suas preocupações, vigorava o intento de prever mecanismos aptos a neutralizar a obstrução de acesso dos jurisdicionados ao Poder Judiciário, razão pela qual o constituinte, naquele momento histórico, decidiu por positivar o direito fundamental de acesso à Justiça como sinônimo de acesso aos Tribunais, consoante gravada composição do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (Hill, 2021, p. 380-381).

Ocorre que, ao longo das décadas seguintes, a simplificação do que se entendia por direito de acesso à Justiça como mero acesso ao Poder Judiciário, terminou por causar o congestionamento deste, culminando em uma outra forma de óbice ao acesso dos jurisdicionados, agora ilustrada pelas dificuldades de obtenção de uma tutela adequada, pois significativamente morosa. Visando à desconstrução das implicações fáticas causadas pelo fenômeno da hiperjudicialização, empreendeu-se esforços norteados tanto ao gerenciamento dos processos judiciais, como também orientados ao desenvolvimento de soluções para além dos muros do Poder Judiciário (Hill, 2021, p. 381).

Nesse cenário, viram-se convencidos os operadores do Direito a implementar a doutrina da Justiça Multiportas em solo brasileiro, concebida por sobre o termo “multidoor courthouses”, cunhado pelo Professor Frank Sander, em 1976, na Pound Conference, realizada nos Estados Unidos. Esta, em essência, pressupõe a revisitação do papel dos Tribunais, que deixam de ser o local em que os processos são julgados, para se tornarem centros de resolução de disputas, onde os interessados são encaminhados para o mecanismo mais adequado para a solução do conflito desencadeado (Hill, 2021, p. 381-382).

Nota-se, com isso, relevante transformação do próprio sistema jurídico nacional, que migra da organização na qual apenas as soluções adjudicadas por um Magistrado eram consideradas como meios legítimos para o enfrentamento das demandas, e passa a se remodelar para uma formatação em que a resolução judicial deixa de ter primazia nos litígios que permitem a autocomposição. Com efeito, simultaneamente a essa Justiça de porta única, desenvolve-se uma nova forma de acesso que torna a Justiça um sistema multiportas (Didier Junior; Zaneti Junior, 2017, p. 35).

Sobre a passagem do modelo clássico para o formato contemporâneo, Freddie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior explicam:

Nesta nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser a *ultima ratio*, *extrema ratio*. Assim, do acesso à justiça dos Tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição, da mesma forma que, no campo do processo, migramos da tutela processual, como fim em si mesmo, para a tutela dos direitos, como finalidade do processo (Didier Junior; Zanetti Junior, 2017, p. 35).

A leitura do excerto reproduzido deixa claro que a modificação da roupagem da justiça de porta única para a concepção multiportas se traduz também em uma atualização do conceito de acesso à Justiça, que passa a ser compreendido como direito à obtenção de uma solução potencial para promover a pacificação do conflito. Ao mesmo, igualmente, revela uma modernização do próprio funcionamento do processo civil, que passa a se apresentar como mecanismo dialógico de alcance da tutela jurídica adequada de direitos.

Sobre a adequação da justiça para essa nova realidade, Paula Costa e Silva esclarece:

O direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos Tribunais para passar a ser um direito de acesso ao Direito, de preferência sem contato ou sem passagem pelos Tribunais (Costa e Silva, 2008, p. 21).

O acesso à justiça, portanto, passa a ser concebido como a busca pela obtenção de uma tutela adequada, tempestiva e efetiva, a ser viabilizada por um sistema jurídico focado na pacificação e na continuidade coexistencial dos indivíduos e comunidades, independentemente de a tramitação do procedimento ocorrer no âmbito do Judiciário, ou fora deste (Didier Junior; Zaneti Junior, 2017, p. 37).

Por tutela adequada, efetiva e tempestiva, deve-se compreender como a consciência de que é insuficiente a mera declaração de direitos, sendo necessário, antes de qualquer coisa, prever-se técnicas processuais capazes de realizá-los em concreto, sob pena de perecimento do seu significado em termos de efetiva atuabilidade (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2017, p. 156).

Essa necessidade de promoção da satisfação do direito reivindicado por intermédio da disponibilização de uma tutela que seja adequada não se dá apenas na forma jurisdicional. É por essa razão que o Código de Processo Civil, em seu art. 3º, não se refere à mediação, arbitragem e conciliação como métodos alternativos, mas sim como meios de solução consensual de conflitos. Fala-se da exatidão da postura adotada pela codificação processual civil porque, mesmo que tenham sido concebidos como alternativos, paulatinamente foram reconhecidos como formas mais idôneas de resolução diante de situações que demonstravam maiores peculiaridades quando comparadas às regras gerais de atuação (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2017, p. 158).

Sobre o uso adequado da terminologia segundo o viés da Justiça Multiportas, Marinoni, Arenhart e Mitidiero estabelecem:

Em outras palavras: de métodos alternativos passaram a métodos adequados, sendo daí oriunda a ideia de que o sistema encarre-

gado de distribuir justiça não constitui um sistema que comporta apenas uma porta, contando sim com várias portas (multi-door dispute resolution), cada qual apropriada para um determinado tipo de litígio (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2017, p. 158).

O importante, pois, é que seja feita a desvinculação do contingenciamento dos meios autocompositivos da condição de alternatividade, passando-se a ter claro que, aos olhos do Código de Processo Civil, inexistente qualquer superioridade da Justiça Estatal em relação aos demais meios de solução de controvérsias (Didier Junior; Zaneti Junior, 2017, p. 37). O que se faz deveras imperativo é tão somente o respeito à busca por métodos que sejam efetivamente adequados face às particularidades da realidade social posta sob análise. Como afirma Paula Costa e Silva:

A única relação que, num Estado de Direito, pode legitimamente existir é uma relação de adequação. A mediação e a conciliação serão modos legítimos de solução de conflitos se forem os métodos adequados de resolução desses conflitos. Essa observação não é inconsequente, pois ela repercute efeitos sobre a compatibilidade constitucional de soluções que impliquem a criação de entraves processuais ou desvantagens patrimoniais no acesso aos Tribunais (Costa e Silva, 2008, p. 35).

Da leitura do trecho em destaque, se infere que a principal diretriz eleita para nortear a satisfatividade dos direitos no âmbito civil do Estado Constitucional de Direito é a medida da adequação da prestação alcançada, seja essa obtida na via judicial, seja na via extrajudicial.

Nesse contexto, objetivando materializar a possibilidade de real adequação dos procedimentos para que sejam capazes de promover a tutela tempestiva, adequada e efetiva, o Código de Processo Civil, em seu art. 190, oportuniza tanto ao Juiz, em diálogo com as partes, efetuar a adequação das regras processuais abertas, como também diretamente aos litigantes que, dentro do espaço de liberdade constitucionalmente reconhecido, estipulem mudanças no procedimento (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2017, p. 320).

Sabe-se que, mais importante do que ter acesso desobstruído à justiça, o titular do direito, especialmente quando na posição de exequente, almeja ver o seu direito reconhecido e sua pretensão satisfeita (Faria, 2023, p. 242). Assim, a oportunidade de se valer de negócios jurídicos

processuais construídos a partir da manifestação da autonomia da vontade dos interessados é um mecanismo que atende ao ideário da Justiça Multiportas, bem como à imposição de busca por uma tutela adequada, efetiva e tempestiva, pois permite a celebração de condições procedimentais ligadas às especificidades do direito material, à realidade das partes, ou simplesmente à inexistência de prejuízo (Gajardoni, 2007, p. 215).

Enquanto vigente o Código de Processo Civil de 1973, o cenário em abstrato que servia como pano de fundo para a entabulação de convenções processuais oferecia pouca margem de negociação. De fato, havia uma gama de assuntos – todos relacionados às normas processuais não cogentes – que admitia a elaboração de negócios jurídicos bilaterais típicos pelos envolvidos, a exemplo da eleição de foro (art. 111 do CPC/1973), suspensão voluntária do processo (art. 265, II, do CPC/1973), adiamento de audiência em comum acordo (art. 453, I, do CPC/1973) e estabelecimento de convenção de arbitragem (art. 267, VII, do CPC/1973), dentre outras restritas hipóteses (Gajardoni, 2021, p. 284).

Aquelas condições estabelecidas na legislação processual civil vigente à época conferiam uma regulamentação estritamente genérica ao reconhecimento de efeitos gerados pela específica manifestação de vontade dos envolvidos no processo, de modo que a sua autonomia era faticamente irrelevante para a definição do modo de ser do procedimento (Gajardoni, 2021, p. 285). A respeito da possibilidade de redação de negócios bilaterais atípicos durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, Gajardoni preceitua:

Se por um lado, como regra, as normas processuais no todo (incluídas as procedimentais) são de ordem pública e, como tal, de observância obrigatória por todos os atores processuais – com o que não discordamos em princípio – por outro, inúmeras situações ligadas ao direito material, à realidade das partes, ou simplesmente à inexistência de prejuízo, devem permitir a eleição do procedimento, inclusive pelas próprias partes (...). Seria interessante, de lege ferenda, ampliar a possibilidade de as partes celebrarem negócio jurídico processual quanto ao prazo processual. Se aos litigantes interessa, precipuamente, a resolução do conflito, parece-me que devem ter eles autonomia, também, para consensualmente estabelecer o curso do procedimento ou de parcela dele, nos moldes do que já ocorre em sede arbitral (Gajardoni, 2007, p. 215).

É somente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 que ocorre uma ruptura do modelo até então reinante, corporificando-se no art. 190 a possibilidade de ser redigida uma cláusula geral de negócio jurídico processual que admita que a autonomia da vontade dos litigantes efetivamente gere impactos no procedimento fixado em lei, por meio de negócios jurídicos processuais bilaterais atípicos (Gajardoni, 2021, p. 285). Sobre o real significado dessa alteração de mentalidade, Gajardoni preleciona que:

O impacto no publicismo processual é evidente, uma vez que, em substituição à lei, as partes passam a ter poder e autonomia para definir o modo de ser do processo civil. Se não é posto literalmente em xeque o ideário de um processo civil público e com regras cogentes e inderrogáveis pela vontade das partes, ao menos se mitiga o rigor do publicismo processual (ou do hiper-publicismo), inaugurando-se no direito processual brasileiro uma fase de neoliberalismo processual, que, embora incapaz de tornar o processo “coisa das partes”, como no período da *litiscontestatio* romana (*ordo iudiciorum privatorum*), abala a estrutura de um sem-número de institutos processuais, doravante com regramento manipulável pelos litigantes (Gajardoni, 2021, p. 286).

Com efeito, percebe-se nitidamente a existência de pelo menos duas gerações a marcar formal e substancialmente o que se concebe por acesso à Justiça no Brasil, desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. Em um primeiro momento, inaugural e de redemocratização, o acesso à Justiça foi corretamente contornado como acessibilidade desobstruída ao um dos Poderes permanentes e integrantes da República Federativa Brasileira a todos os cidadãos. Essa geração inicial correspondia à exatidão aos anseios nacionais contemporâneos ao final da ditadura militar, pelo que o exercício da democracia interpretado como a possibilidade de se fazer ouvir perante os órgãos jurisdicionais era justamente o que se necessitava após anos de censura.

Há que se notar, no entanto, que em linha temporal, a Constituição Federal de 1988 foi posta entre o Código de Processo Civil de 1973 – que a precedeu – e o Código de Processo Civil atual, publicado em 17 de março de 2015. Isso significa que, ao natural, face ao fenômeno da

constitucionalização, aliado ao próprio aprofundamento da complexidade das relações sociais, paulatinamente, o processo civil passou a emitir indícios de necessária modernização legislativa, a fim de efetivamente assumir, em termos de redação dos dispositivos legais a lhe regulamentar, o caráter de valorização da autonomia da vontade privada do cidadão que, em essência, compõe uma sociedade democrática.

A respeito dessa temática, Marcus Vinicius Furtado Coêlho faz lembrar que “a constitucionalização do processo implica considerar que também as normas processuais são orientadas por um princípio ou valor que deve ser devidamente sopesado no caso concreto” (Coêlho, 2019).

Com isso, inaugura-se uma segunda geração do acesso à Justiça, para o qual a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, em 18 de março de 2016, pode ser eleito como marco legal, e que marcadamente assume um traço mais abrangente, passando a compreender não o simples alcance desobstruído aos Tribunais, mas sim a garantia de recebimento de uma prestação atenta e preocupada com a realização de uma tutela jurídica adequada, efetiva e tempestiva.

No afã de materializar técnicas procedimentais suficientes para a realização desse intento, ao natural e simultaneamente, a própria formação do sistema jurídico nacional se moderniza, transformando-se do patamar de porta única para uma Justiça multiportas, voltada a ofertar ao cidadão uma gama expandida de mecanismos à disposição deste para que, no exercício de suas faculdades, faça a opção por aquela que melhor se amolda ao seu caso concreto.

Neste cenário, e por isso dito alhures que o CPC/2015 é um dos marcos que corporificam essa nova concepção de acesso à Justiça no Brasil, nada mais necessário para a confirmação da existência de um modelo voltado à implementação da noção de justo processo que se passar a admitir, ao lado dos já pacificados negócios jurídicos processuais típicos, também convenções processuais atípicas ou inominadas. Essas realizam, de fato, a valorização da pessoa do interessado como figura central do processo civil atual ao permitir que, respeitadas certas regras, os interessados deliberem realmente sobre o modo de ser do procedimento eleito para a pacificação da situação que é objeto de desentendimento.

3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E CONDIÇÕES DE VALIDADE

Os acordos processuais, admitidos nos processos que contemplam a autocomposição, representam uma tendência de gestão procedimental com origem no Direito Francês, e podem ser tanto pré-processuais, quando convenacionados antes da propositura da ação, como também celebrados no curso do processo, quando serão entabulados tanto em juízo, como fora desse (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2017, p. 320).

Em relação ao seu objeto, admite o art. 190 do Código de Processo Civil que os acordos processuais versem sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Por estarem inseridos no âmbito de um Estado Democrático de Direito, são submetidos aos efeitos do direito ao justo processo, razão pela qual não podem incidir sobre os poderes do Juiz, sob pena de indevida restrição da possibilidade de obtenção de uma decisão justa para a causa. No que concerne aos direitos das partes, os acordos que a respeito disso transacionem devem ser examinados sob a perspectiva do regime da renúncia aos direitos fundamentais, de modo que pactos que signifiquem violação do núcleo essencial das prerrogativas constitucionais processuais são considerados nulos (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2017, p. 320-321).

No Código de Processo Civil, vigoram duas espécies de negócios jurídicos processuais: a) os atípicos ou inominados, que são sempre bilaterais e possuem regulação no art. 190 do CPC; e b) os típicos ou nominados, que podem ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais e possuem regulamentação esparsa (Gajardoni, 2021, p. 287). Dessa forma, é pertinente deixar claro que o artigo 190 do CPC foi redigido para disciplinar, exclusivamente, os negócios jurídicos bilaterais atípicos. Sobre o tema, pontua Gajardoni:

Dentro de uma ampla teoria dos fatos jurídicos processuais no Brasil até faz sentido debater se os atos unilaterais e plurilaterais integrariam o conceito de negócios jurídicos, especialmente à luz do artigo 185 do CC. Todavia, não é disso que trata o artigo 190 do CPC/2015, moldado para disciplinar, exclusivamente, os negócios jurídicos bilaterais atípicos. Sintetizando: o artigo 190 do CPC/2015 não abrange as situações tipicamente previstas em lei em que a manifestação de vontade ou a ausência dela tem rele-

vância processual (negócios processuais típicos bilaterais, unilaterais ou plurilaterais), mas tão somente os negócios bilaterais sem previsão específica (atípicos), isto é, as convenções ou acordos processuais não tipificadas no CPC/2015 ou em leis esparsas (Gajardoni, 2021, p. 286).

Em suma, o art. 190 do CPC dispõe sobre o instituto do acordo processual, estipulando que este pode criar, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais, determinando a respeito de regras procedimentais convencionais, chamados acordos dispositivos, ou sobre prestações de dar, fazer ou não fazer, denominados como acordos obrigacionais (Cabral, 2023, p. 358).

Em essência, os negócios jurídicos processuais bilaterais e atípicos constituem espécie de negócios jurídicos, razão pela qual se submetem aos ditames do art. 104 e seguintes do Código Civil. Com isso, são requisitos gerais de validade a serem observados sobre as convenções processuais que: a) as partes sejam capazes; b) o objeto seja lícito; c) a forma seja prescrita ou não defesa em lei; e d) seja respeitada a autonomia da vontade dos pactuantes. Em termos específicos, exige-se que: a) as partes sejam plenamente capazes; e b) o direito seja autocomponível (Gajardoni, 2021, p. 287).

No que concerne à *capacidade dos agentes*, há que se ter claro que o foco deste pressuposto está direcionado à “capacidade de disposição de seu próprio direito” (Gajardoni, 2021, p. 287). Logo, por via de consequência, não é considerada parte capaz aquela que esteja transacionando sobre direitos, ônus e obrigações que não sejam de sua titularidade. Ainda, é pertinente que se tenha ciência que a *plenitude da capacidade das partes* para celebrar a convenção decorre tanto do art. 190, *caput*, do CPC, como também de recomendação constante no art. 1.º da Lei n.º 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), de modo que os incapazes não podem celebrar negócio jurídico processual, ainda que assistidos ou representados (Gajardoni, 2021, p. 288).

Em resumo, portanto, quanto a este primeiro pressuposto de validade, há que se reforçar a ideia de que não podem ser celebradas convenções que a) afetem situações jurídicas de terceiros; e que b) subtraiam deveres, poderes e obrigações cogentes do Estado-juiz, uma vez que versam sobre prerrogativas externas à esfera de titularidade do reivindicante (Gajardoni, 2021, p. 288).

Com relação ao pressuposto de validade que obriga à *licitude do objeto*, cabe comentar que tal exigência decorre tanto do Código Civil, que em seu art. 2.035, parágrafo único, dispõe que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”, como também da Lei de Arbitragem (arts. 2.º, § 1.º, e 21, § 2.º, da Lei n.º 9.307/1996), que estabelece serem nulas as convenções cujo objeto viole as garantias constitucionais do processo (Gajardoni, 2021, p. 289).

A respeito da impossibilidade de atentar-se contra as garantias constitucionais do processo, Marcelo Pacheco Machado pontua:

Situadas no âmbito constitucional, as garantias constitucionais do processo se mostram como fundamento de validade das normas do Código de Processo Civil que, por sua vez, dão fundamento de validade para eventuais ‘contratos processuais’. Nesse sentido, não seria possível conceber que estes ‘contratos processuais’, no mais baixo nível de escalonamento, teriam autorização para ignorar as diretrizes gerais previstas na Constituição (de natureza imperativa) quanto à forma de desenvolvimento e os resultados do processo (Machado, 2014, 362).

Assim, acordos que personifiquem a intenção de (a) dispensa do dever de motivação das decisões judiciais; (b) supressão do contraditório ou da ampla defesa; (c) admissão da validade de provas ilícitas; e (d) que disciplinem, contrariamente à Constituição Federal, regras de competência por prerrogativa de função ou que desfigurem a imparcialidade assegurada pelo princípio do juiz natural, apresentam objeto ilícito e, justamente por isso, são considerados nulos de pleno direito (Gajardoni, 2021, p. 289).

Antonio do Passo Cabral, discorrendo sobre a margem de discricionariedade ostentada pelos interessados no momento da deliberação quanto ao conteúdo da convenção processual, pondera ser imprescindível para o exame da licitude do objeto analisar-se se o negócio jurídico processual atípico atinge o âmbito de proteção intangível da garantia afetada, ou seja, o seu núcleo essencial (Cabral, 2023, p. 414). A respeito do assunto, assim propõe:

Assim como a simples invocação de direitos fundamentais processuais não pode reduzir a autonomia privada a nada – porque a liberdade também é um direito constitucional – de outro lado, o procedimento convencional deve respeitar a ideia de garantias mínimas do devido processo. (...) É, portanto, a intensidade com que os direitos fundamentais perdem efetividade que pode levar à invalidade ou inadmissibilidade de uma convenção processual (Cabral, 2023, p. 415-416).

Com isso, mostra-se descabida a chancela das disposições de comum acordo que afrontem as garantias constitucionais do processo, esvaziando os seus núcleos essenciais e aniquilando a sua existência naquele âmbito negocial.

No que toca ao requisito de validade da *forma prescrita ou não defesa em lei*, embora inexista dispositivo legal fixando a formatação que deve ser necessariamente observada pelos proponentes no momento da celebração do negócio processual, há que se ter ciência de que essa liberdade de configuração da convenção não pode gerar insegurança para o desenvolvimento do processo. Assim, segundo Gajardoni, o parâmetro mínimo da convenção processual é que ela seja escrita, submetendo-se ao disposto no artigo 63, § 1.º, do Código de Processo Civil, e artigo 4.º, § 1.º, da Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/1996), sob pena de violação aos princípios da previsibilidade e segurança jurídica (Gajardoni, 2021, p. 290).

Concerentemente ao específico requisito de validade que ordena a *preservação da autonomia da vontade dos contratantes*, é importante ter nítido que o seu foco de atuação está direcionado à invalidação das convenções celebradas com vícios de vontade ou sociais, consoante disposto nos artigos 138, 165 e 171 do Código Civil.

Incide sobre a hipótese, todavia, uma peculiaridade que diferencia os negócios jurídicos processuais atípicos dos negócios jurídicos previstos no Código Civil. É que, nas convenções processuais, o vício na emissão da vontade acarreta na própria nulidade do negócio, contrastando com o efeito da anulabilidade que está previsto no regime legal dos negócios jurídicos em geral (Gajardoni, 2021, p. 291).

Por derradeiro, quanto à exigência da presença de *direitos que admitam a autocomposição* para que seja válida a convenção processual posta, há de ser interpretada segundo o discernimento de que as conven-

ções processuais, embora de amplitude mais restrita, submetem-se aos princípios comuns à arbitragem, com as partes definindo o modo de ser do processo. Por isso, o direito material a ser debatido ou em debate deve ser autocomponível, isto é, renunciável, reconhecível e transacionável (Gajardoni, 2021, p. 291).

Não se deve confundir, porém, indisponibilidade com autocomponibilidade, pois a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual. A respeito da questão, Gajardoni elucida:

Para que seja possível a convenção processual, o objeto do processo – isto é, o direito material a ser debatido ou em debate – deve ser, em princípio, autocomponível (renunciável, reconhecível, transacionável). Todavia, a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual, devendo ser investigado se há autorização legal para convenções materiais e processuais. A redação do dispositivo é distinta da do art. 1.º da Lei 9.307/1996, ampliando o âmbito de incidência do negócio jurídico processual. Pois, embora, ordinariamente, direitos autocomponíveis sejam mesmo os patrimoniais disponíveis (como aponta a Lei de Arbitragem), há direitos indisponíveis autocomponíveis, cujas regras processuais/procedimentais podem ser passíveis de convenção. É o caso dos direitos difusos/coletivos, que, apesar de objeto indisponível (o interesse público ou coletivo), admitem a autocomposição por meio da celebração de TAC. Ou os direitos trabalhistas, que apesar tidos por indisponíveis, admitem a celebração de convenção de arbitragem (art. 507-A da CLT, com redação pela Lei n.º 13.467/2018) e autocomposição (Gajardoni, 2021, p. 291-292).

A partir da leitura do excerto replicado, resta claro que a indisponibilidade do direito material não é obstáculo à celebração de negócio jurídico processual, sendo indispensável, por outro lado, que se investigue a possibilidade de autocomposição para, somente após, declarar a validade ou invalidade da convenção entabulada.

Nitidamente, o ordenamento jurídico brasileiro assume, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, um traço bastante peculiar no tocante à possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais. No particular, está-se a falar a respeito da acomodação,

pelo legislador ordinário, da convivência harmônica e simultânea entre acordos processuais típicos e atípicos, forte no disposto no art. 190 do CPC/2015 (Cabral, 2023, p. 407-408).

Entretanto, ainda que a cláusula geral do art. 190 do CPC permita a entabulação de convenções atípicas, independentemente de previsão legal específica, a amplitude do seu caráter de atuação não a torna incontroleável. Isso revela a possibilidade de se syndicar objetivamente a concretização das cláusulas gerais, seja segundo parâmetros formais, seja por razões de fundo. Assim, o que se exige é que, diante de uma convenção atípica, adote o operador do Direito maior precaução na aferição da validade das cláusulas, buscando implementar, respeitada a autonomia da vontade dos celebrantes, um equilíbrio entre os institutos típicos do Direito Público e Privado, para fixar as margens de negociabilidade e o limite da atuação legítima do autorregramento da vontade (Cabral, 2023, p. 407-409).

Com isso, pretende-se retirar qualquer dúvida porventura existente a respeito permissão legalmente implantada sobre a vontade das partes para conformar, respeitados os requisitos de validade incidentes, as formas e atos procedimentais, visando alcançar o cenário de justiça do processo que, no âmbito do Estado Democrático de Direito regulamentado por intermédio de um sistema jurídico multiportas, é indispensável para possibilitar o alcance de uma tutela jurídica adequada, efetiva e tempestiva, pacificando o conflito no qual se encontrem inseridas.

4 CONVENÇÕES PROCESSUAIS ATÍPICAS NA EXECUÇÃO CIVIL E A POSSIBILIDADE DE EXTRAJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO PARA PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA

O Código de Processo Civil de 2015 trata de regulamentar as diversas espécies de execução nos artigos 797 a 925, os quais discorrem a respeito das técnicas processuais executivas que objetivam outorgar ao titular do direito uma tutela adequada e efetiva à satisfação da sua pretensão já previamente reconhecida e declarada (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2017, p. 885).

Dentro dos moldes legalmente estabelecidos, a execução pode ser direta (quando forçada, realizada a despeito da vontade do executado) ou indireta (quando se vale de métodos de coerção indireta para convencer o devedor a adotar a conduta pretendida). Independentemente dos

traços que as distinguem, ambas são consideradas técnicas processuais voltadas à outorga de tutela aos direitos e que tem por matriz o direito fundamental ao processo justo (art. 5º, LIV, da Constituição Federal) e o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), devendo ser propostas, pois, segundo a idoneidade preceituada pelo Estado Constitucional (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2017, p. 885).

Especificamente no que se refere à finalidade da execução por quantia certa, destaca-se que o seu escopo é alcançar tutela à busca pecuniária do exequente, satisfazendo o seu direito de crédito declarado no título executivo que porta, mediante técnica processual expropriatória, que visa a retirar do patrimônio do executado quantia ou bens equivalentes ao montante necessário à satisfação do credor (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2017, p. 905-906).

O procedimento executivo, dessa forma, claramente se presta para atender aos interesses do exequente, de modo que recai sobre este o direito de dispor da execução, inclusive. A possibilidade de que o exequente desista da execução ou de uma medida executiva se revela como um negócio jurídico processual unilateral de natureza típica no ordenamento jurídico brasileiro e atua na condição de principal diretriz para o exame do art. 190 do CPC na execução civil, já que aponta a premissa que orienta toda a atividade executiva: a disponibilidade da execução (Didier Junior; Cabral, 2018, p. 139-140).

Segundo Fredie Didier Junior e Antonio do Passo Cabral, “a atividade executiva é permeada pela autonomia das partes, moldada na síntese do princípio dispositivo e do princípio do debate” (Didier Junior; Cabral, 2018, p. 140). Logo, há um robusto cenário a indicar que, no âmbito do seu processamento, prevalecem os interesses privados sobre os interesses públicos, o que conduz favoravelmente à admissão da celebração de negócios jurídicos processuais atípicos capazes de conformar, em dada medida, a forma e os atos executivos à vontade das partes (Didier Junior; Cabral, 2018, p. 140).

De fato, na seara da execução civil, não há falar em hierarquia entre os interesses públicos e privados uma vez que, desde o prelúdio da Idade Contemporânea, a humanização da execução tornou a tutela executiva mais voltada para as partes, e não mais para o Estado. Em razão

dessa alteração de paradigma, a admissibilidade da celebração de negócios jurídicos processuais na execução civil passa muito mais pela análise da intensidade com que os direitos transacionados serão afetados pelos termos do acordo, do que pelo exame da constitucionalidade da negociação propriamente dita (Didier Junior; Cabral, 2018, p. 142).

Em sendo a execução civil norteadas com base nos ditames do princípio dispositivo, a autonomia dos litigantes que se projeta no processo passa a englobar também a possibilidade de definição e moldagem do procedimento de acordo com as prioridades e interesses dos acordantes. Com efeito, a inserção da cláusula geral prevista no art. 190 do Código de Processo Civil de 2015, no ordenamento jurídico pátrio, confere a inafastável vantagem de que o processamento do direito executivo possa ser adaptado às necessidades dos litigantes (Didier Junior; Cabral, 2018, p. 142-143). A respeito dos benefícios da celebração de negócios jurídicos processuais na execução civil, Fredie Didier Junior e Antonio do Passo Cabral anunciam:

De início, a vantagem mais evidente é a adaptabilidade das medidas executivas às necessidades dos litigantes. Essa flexibilidade confere aos litigantes um poderoso mecanismo de adequação dos atos do processo aos seus interesses materiais e às zonas de interesse processual legítimas que sejam objeto de consenso. A lei atribui às partes a prerrogativa de adaptar as formas do processo executivo, o que pode representar um ganho procedimental em termos de efetividade. Outra vantagem é a previsibilidade, reduzindo-se a incerteza sobre o resultado e minimizando riscos, o que é bom para todos os litigantes. Do lado do exequente, antecipa-se o procedimento para dar cumprimento ao título executivo com menos riscos e mais certeza do resultado; do lado do executado, por exemplo, previne-se um ingresso inadvertido em seu patrimônio, a penhora inesperada de um bem de grande utilidade, e até uma possível perda de credibilidade com outros credores no tráfego das relações jurídicas. Cabe salientar, ainda, que a negociação processual na execução é importante para o tráfego das relações comerciais porque fomenta a consensualidade (Didier Junior; Cabral, 2018, p. 143).

O exame dos ganhos trazidos a partir da possibilidade de transacionar-se a respeito de cláusulas processuais evidencia, de forma mais transparente, a democratização do Direito em concreto, estimulando a colaboração e a cooperação dialógica defendidas pela codificação pro-

cessual civil. Sabe-se, por outro lado, que o principal anseio do exequente se relaciona a ter a sua pretensão satisfeita, não lhe sendo relevante se a condução da execução será feita diretamente pelo juiz ou mesmo pelo Estado (Faria, 2023, p. 242).

Como refere Márcio Carvalho Faria, “considerar a execução parte indispensável de um processo justo não implica que ela deva ser obrigatoriamente conduzida pelo Poder Judiciário” (Faria, 2023, p. 242). Conquanto inegável que a judicialização do processo executivo se revele como uma conquista democrática, tanto que incutida expressamente no art. 4º do Código de Processo Civil de 2015, ao credor mais importa saber como, quando e mediante quais normas os atos para a satisfação do seu crédito serão conduzidos, do que propriamente ter a informação de por quem eles serão levados a cabo (Faria, 2023, p. 243).

A partir daí, fortaleceu-se a ideia de que, tal qual já vinha ocorrendo com outras formas de tutela jurisdicional, a execução também poderia ser extrajudicializada, adequando-se ao contexto implantado de justiça multiportas que consiste em uma das principais bandeiras do Código de Processo Civil (Faria, 2023, p. 244-245). Sobre a justificativa para a eclosão desta ideia, Márcio Carvalho Faria discorre:

Todo esse movimento desjudicializador, embora encontre razões das mais variadas, parece se justificar também por conta dos baixíssimos índices de satisfação advindos da tutela jurisdicional clássica, prestada pelo Poder Judiciário. Afinal, se o jurisdicionado encontra óbices quase intransponíveis para ver seu direito agasalhado pelas vias tradicionais, é mais que natural que busque outras soluções que não precisem passar, diretamente, pelos abarrotados escaninhos do Poder Judiciário (Faria, 2023, p. 248).

Não obstante as diferentes classificações das ações de execução civil no ordenamento jurídico, é possível conceituar o modelo brasileiro como eminentemente judicial já que, salvo raras exceções, a exemplo da alienação por iniciativa particular (prevista no art. 880 do CPC) e da avaliação de bens penhorados negociáveis em bolsa de valores (fulcrada no art. 871, III, do CPC), a condução dos processos é centralizada primordialmente na figura do Magistrado. Dessa forma, o Juiz é a todo instante chamado a intervir durante o procedimento, mesmo que não se trate de

atos de cunho decisório (Faria, 2023, p. 262). No particular, como refere Márcio Carvalho Faria, o “Código de Processo Civil brasileiro entrega ao Magistrado competências das mais diversas, como os relevantíssimos atos de admissão e controle da petição inicial executiva, e outros não tão importantes, como os de comunicação das partes” (Faria, 2023, p. 262).

Essa entrega, quase que exclusiva, do poder de condução da execução civil à figura do Juiz se dá sob a explicação de garantir aos envolvidos na demanda o respeito às prerrogativas constitucionalmente previstas. Todavia, na prática, essa concessão praticamente integral do processamento dos atos procedimentais, independentemente da sua natureza e complexidade, se traduz em uma marcha processual morosa e que, para avançar às práticas subsequentes, necessita da validação jurisdicional de tudo o que é realizado (Faria, 2023, p. 262).

Nesse cenário, para tentar fugir dos malefícios causados pelo tempo morto no processo judiciário, e visando à obtenção de uma tutela que seja de fato adequada, efetiva e tempestiva, abre-se aos litigantes um enorme campo para a celebração de convenções processuais dentro da execução civil, tanto em sede de cumprimento de sentença, como em execução de título extrajudicial (Gajardoni, 2021, p. 294). Sobre o tema, Gajardoni refere:

Ainda que se reconheça no exercício da jurisdição executiva enorme preponderância da natureza pública/estatal do processo – até porque são praticados atos coativos e de invasão patrimonial pelo Estado/Juiz, ordinariamente vedados ao particular –, absolutamente nada impede que as partes, observadas as 06 (seis) condições retro expostas e o monopólio do uso da força pelo Estado, moldem também o processo e o procedimento executivos às suas vontades ou às especificidades da causa. Até porque, convenha-se, também a execução se rege pelo princípio da disponibilidade (Gajardoni, 2021, p. 294).

De fato, respeitados os limites do processo justo, têm os envolvidos a faculdade e a oportunidade de celebrar negócios jurídicos processuais típicos e atípicos para tornar a gerência do procedimento executivo mais próxima das suas expectativas. Neste rumo, a racionalização da execução civil implica, *prima facie*, que os interessados tenham ciência de que, muito embora a execução seja uma fração indispensável de um processo justo,

não há nada que determine que ela deva ser obrigatoriamente conduzida pelo Poder Judiciário, sendo relevante tão somente que o fim almejado seja o da obtenção da adequada tutela jurídica (Faria, 2023, p. 242).

Atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 6.204/2019, que dispõe sobre a desjudicialização da execução civil de título executivo judicial e extrajudicial, disciplinando a execução extrajudicial civil para cobrança de títulos executivos judiciais e extrajudiciais mediante a atribuição das funções de agente da execução ao tabelião de protesto (Hill, 2020, p. 181).

Caso, após sabatina e aperfeiçoamentos, venha a ser aprovada a proposta pelo Congresso Nacional, passaria a existir no ordenamento jurídico nacional, além da execução jurisdicionada, também a modalidade de busca pela satisfação do crédito representado por título executivo perante as serventias extrajudiciais. Sob esse viés, os tabeliões de protesto (nos termos da redação original) teriam atribuição não só para recepção e documentação da execução, mas também para a prática de atos de execução forçada, como aqueles tipicamente expropriatórios (Gajardoni, 2021, p. 301).

Entretanto, até que essa expectativa venha a ser expressamente positivada na legislação brasileira, conveniente investigar-se a viabilidade de os interessados pactuarem, mediante a celebração de negócio jurídico processual atípico, a respeito da extrajudicialização da ação de execução para pagamento de quantia certa. No objetivo de responder a esse problema, algumas premissas necessariamente devem ser desmistificadas.

Indubitavelmente, salvo raras exceções, o Estado detém o monopólio da força que o capacita para, por intermédio dos seus órgãos, praticar os atos coativos e de sub-rogação necessários a espelhar em concreto o direito já declarado em abstrato, seja em título extrajudicial, seja em decisão jurisdicionada (Gajardoni, 2021, p. 301). Sobre a restrição à autotutela e a respeito da forma de intervenção estatal no patrimônio, Gajardoni explicita:

É na execução civil que o Estado/Juiz, de ordinário transforma a declaração do direito (dever ser) em realidade prática (ser), realizando a transformação (obrigações de fazer), o desapossamento (obrigações de entrega) ou a expropriação (obrigações de pagar quantia), através dos nominados atos de execução forçada, como a

busca e apreensão, a imissão na posse, a penhora e a expropriação de bens (Gajardoni, 2021, p. 302).

Desse modo, até mesmo em sede de procedimento de arbitragem, não é dado admitir que os árbitros ou as cortes arbitrais tenham imperatividade para impor, coativamente, seus pronunciamentos, e isto porque não dotados dos atributos da *coertio* e da *executio*, que são exclusivos da jurisdição estatal (Gajardoni, 2021, p. 301).

Claramente, porém, a execução civil não é composta apenas de atos de execução forçada, pois há muitas práticas destinadas à documentação, integração ao contraditório e instrução do feito. Deste modo, à luz do art. 190 do Código de Processo Civil e da liberdade de autorregramento das partes, é possível aos interessados celebrarem negócios jurídicos processuais atípicos convencionando sobre a extrajudicialização dos casos em que a execução não é forçada (Gajardoni, 2021, p. 303).

Por conseguinte, uma vez respeitados os pressupostos de validade, gerais e específicos, incidentes sobre os negócios jurídicos processuais, admite-se a pactuação de convenções processuais para extrajudicializar a execução civil para pagamento de quantia certa, viabilizando ao próprio ao próprio exequente, livre da intervenção estatal, praticar diretamente determinados atos próprios da demanda executiva. Nessas hipóteses, deve ser garantida a inversão da iniciativa do contraditório para que o executado, se impactado negativamente pela extrajudicialização, salvasse-se do Poder Judiciário para o reconhecimento da invalidade do negócio processual e controle da conduta extrajudicialmente empreendida pelo credor (Gajardoni, 2021, p. 303). Gajardoni elucida a matéria, nos seguintes termos:

Assim, não se vê óbice para a celebração de convenção para extrajudicializar a intimação ou citação do devedor no cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial, com as partes pactuando um procedimento prévio de integração do devedor à execução a ser judicializada (email, notificação extrajudicial, etc), dispensando o Estado/Juiz do cumprimento do arts. 246, 513, § 2º ou 829, do CPC, já partindo a decisão inaugural da execução judicial, em vista do decurso do prazo extrajudicial para pagamento, para os atos de execução forçada (penhora, apreensão, etc.). Trata-se de ato de documentação/integração do credor/devedor à execução, que por isso pode ser extrajudicializado (Gajardoni, 2021, p. 303).

A toda evidência, somente se mostra passível de validação a cláusula de extrajudicialização que não aniquila o monopólio estatal da força na prática dos atos de apreensão física ínsitos à execução forçada, a exemplo da busca e apreensão, imissão na posse, penhora e expropriação dos bens de propriedade do devedor (Gajardoni, 2021, p. 304). Isto é, salvo nas ressalvas legais expressas, a integral extrajudicialização da execução civil por negócio jurídico processual, mesmo que conte com a anuência do devedor, não pode ser admitida porquanto implicaria na presença de objeto ilícito e de titularidade de terceiro no que se refere à transferência do uso privativo da força pelo Estado para o particular exequente (Gajardoni, 2021, p. 304).

Por outro lado, cumpre admitir-se a instituição de convenção processual para realização de avaliação extrajudicial de bens penhorados por terceiro, afastando a imperatividade de avaliação judicial a ser elaborada por oficial de justiça ou perito, consoante previsto no art. 870, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Civil, haja vista se tratar de etapa instrutória da execução e que, nessa qualidade, pode ser extrajudicializada (Gajardoni, 2021, p. 303).

Por fim, demonstra também ser elegível a cláusula de extrajudicialização da execução civil no que se refere à consolidação da propriedade do bem alienado em casos de inadimplemento, haja vista ser dispensável a adoção do uso da força pelo particular (execução não forçada), pois a transferência da propriedade móvel ou imóvel (do devedor inadimplente para o credor) ocorre com registro da adjudicação (Gajardoni, 2021, p. 304). Nesses termos, apenas se exige que a convenção preveja a possibilidade de o devedor porventura prejudicado acionar o Poder Judiciário, a qualquer tempo, para socorrer-se das eventuais ilegalidades cometidas no curso do procedimento extrajudicial (Gajardoni, 2021, p. 304).

5 CONCLUSÃO

O intuito do legislador infraconstitucional, ao estabelecer a redação dos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, garantindo o alcance cidadão a uma tutela justa, adequada e efetiva, significou a oportunidade de procedimentos regulamentados segundo o funcionamento de técnicas processuais dotadas de aderência com a realidade social e, justamente por isso, capazes de promover a concretização do direito substancial perseguido.

Ainda que no Código de Processo Civil de 1973 não se desconsiderasse a manifestação de vontade das partes, foi apenas a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 que foi incluída no ordenamento jurídico brasileiro cláusula possibilitando aos litigantes adequarem o processo para atender verdadeiramente aos seus interesses, havendo uma efetiva valorização da autonomia privada na gestão do processo. O art. 190 do Código de Processo Civil é uma cláusula geral de negociação processual que permite a celebração de negócios processuais atípicos como forma de integração do litígio à manifestação da autonomia de vontade dos litigantes.

Entretanto, se é certo que a execução civil é um elemento indispensável para a implementação em concreto das decisões judiciais proferidas em abstrato, ou para a materialização de negócios jurídicos entabulados e cartularizados, também não é menos verdade que inexistente dispositivo de lei estabelecendo que essa deva ser obrigatoriamente conduzida pelo Poder Judiciário. Ao se cogitar da inclusão de táticas de negociação processual no âmbito da execução civil, abriu-se um enorme rol de oportunidades para que os interessados delineassem os contornos de um procedimento que realmente aderisse aos seus interesses econômicos e, ao mesmo tempo, expandisse a efetividade da execução civil e a possibilidade de satisfação das obrigações, inclusive através da pactuação da tramitação extrajudicial do intento.

Nesse passo, verifica-se que é possível responder afirmativamente ao problema de pesquisa formulado, admitindo-se a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos destinados à extrajudicialização da execução civil para pagamento de quantia certa, desde que respeitados os seis requisitos de validade explorados, e isto no afã de assegurar a adequação da tutela executiva ao sistema multiportas reconhecido pelo Código de Processo Civil de 2015. Além disso, o reconhecimento desta possibilidade se traduz como uma medida capaz de promover a racionalização procedimental, retirando da figura do Magistrado a prática de determinados atos que não revelam natureza jurídica de apreensão física, ínsitos à execução forçada, mas que alimentam o tempo morto da jurisdição.

Por óbvio, o núcleo essencial dos direitos fundamentais e o núcleo duro da execução jurisdicionalizada devem ser preservados sob os cuidados do Poder Judiciário, especialmente para evitar eventuais ofensas

ao devido processo legal, porém, uma vez preservada a dignidade do devedor, há que se admitir convenções processuais atípicas transacionando no sentido da extrajudicialização da execução para pagamento de quantia certa como forma de respeito e valorização em concreto da liberdade de autorregulação que deve pautar a efetividade da execução e a autonomia da vontade das partes.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**: teoria geral dos negócios jurídicos processuais. Salvador: Juspodivm, 2023.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da liberdade processual**. Indaiatuba: Foco, 2019.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Art. 1º do CPC**: Constitucionalização do processo. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/295132/art--1--do-cpc---constitucionalizacao-do-processo>. Acesso em: 26 jul. 2023.

COSTA E SILVA, Paula. **A nova face da Justiça**: os meios extrajudiciais de Resolução de Controvérsias. Lisboa: Coimbra, 2008. Disponível em: https://www.academia.edu/51007979/A_Nova_Face_da_Justi%C3%A7a_Os_meios_extrajudiciais_de_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_controv%C3%A9rsias. Acesso em: 25 jul. 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Brasileira da Advocacia**, São Paulo, v. 01, p. 59-86, abr./jun., 2016. Disponível em: https://aaspsite.blob.core.windows.net/aaspsite/2017/06/RBA1_Miolo.pdf. Acesso em: 26 jul. 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. **Civil Procedure Review**, [S. I.], v. 07, n. 03, set./dez., 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/felip/Downloads/132-Texto%20do%20Artigo-245-1-10-20210616.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sar-
no; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Diretrizes para a concretização das cláusulas
gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. **Revista de Processo**, São
Paulo, vol. 267, ano 42, p.227-272, mai. 2017. Disponível em: <https://docplayer.com.br/168220274-Medidas-executivas-atipicas.html>. Acesso em: 28 jul. 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios Jurídicos Pro-
cessuais Atípicos e Execução. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**,
Rio de Janeiro, n. 67, p. 137-165, jan./mar., 2018. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1245317/Fredie_Didier+Jr_%26_Antonio_do_Passo_Cabral.pdf. Acesso em: 27 jul. 2023.

FARIA, Márcio Carvalho. Reformar e racionalizar a execução civil: um caminho
necessário. **Suprema revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 3, n. 1, p.
239-282, jan./jun., 2023. Disponível em: <file:///C:/Users/felip/Downloads/M%C3%A1rcio%20Carvalho%20Faria%20-%20Reformar%20e%20racionalizar%20a%20execu%C3%A7%C3%A3o%20civil.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2023.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo en-
foque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vascon-
celos; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. **Teoria Geral do Processo**: Co-
mentários ao CPC de 2015 - Parte Geral. São Paulo: Método, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Convenções processuais atípicas na execu-
ção civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, a. 15, v. 22, n.
01, p. 283-321, jan./abr., 2021. Disponível em: <file:///C:/Users/felip/Downloads/Fernando%20Gajardoni%20-%20CONVEN%C3%87%C3%95ES%20PROCES-SUAIS%20AT%C3%8DPICAS%20NA%20EXECUC%C3%87%C3%83O%20CI-VIL.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2023.

HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização da execução civil: Reflexões sobre o pro-
jeto de lei nº 6.204/2019. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janei-
ro, a. 14, v. 21, n. 03, p. 164-205, set./dez., 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/felip/Downloads/F1%C3%A1via%20Hill%20%20Desjudicaliz%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2023.

HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos Tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, a. 15, v. 22, n. 01, p. 379-408, jan./abr., 2021. Disponível em: <file:///C:/Users/felip/Downloads/Fl%C3%A1via%20Hill%20-%20Extrajudicializa%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2023.

MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto do Novo Código de Processo Civil. *In*: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JUNIOR, Fredie; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz; MIRANDA, Pedro (Orgs.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do Novo CPC. Salvador: Juspodvm, 2014, v. 3, p. 339-362.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL, MANIPULAÇÃO ALGORÍTMICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DOS DESAFIOS CONSTITUCIONAIS CONTEMPORÂNEOS

JÚLIA FARIAS MERTINS¹

1 INTRODUÇÃO

São inúmeros os desafios dos direitos assegurados constitucionalmente quando pensados na aplicação em uma realidade digital. O avanço da tecnologia no mundo contemporâneo tem instigado os operadores do direito a pensarem acerca da transmutabilidade dos direitos desenhados para aplicação em um mundo analógico para uma aplicação na realidade digital.

O constitucionalismo brasileiro não foge à regra. Elaborada visando proteger direitos de um mundo “físico” ou “convencional”, a Constituição Federal de 1988 pouco versa acerca de direitos no ambiente digital.

Não obstante, o avanço da engenharia de softwares e aplicativos permite que as plataformas digitais consigam manipular as informações apresentadas aos usuários, entregando a estes o conteúdo eletrônico de acordo com as vontades da própria companhia, na maior parte das vezes agenciada por publicações patrocinadas por outras companhias ou pessoas

1 Mestranda em Direito e Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (FMP/RS). Pós Graduada em Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Integrante do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal”, vinculado ao PPGD da FMP/RS e coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Pesquisadora no “Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Civil-Constitucional, Família, Sucessões e Mediação” da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), coordenado pela Prof. Dra. Simone Tassinari Cardoso. Advogada e Presidente da Comissão Especial de Direito de Família e Sucessões e da Comissão da Mulher Advogada, ambas Subseção de Taquara Seccional Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico juliafm.academico@gmail.com.br

que tenham interesses em entregar determinado conteúdo para determinado perfil de público, com objetivos mercantis ou até mesmo políticos.

Assim sendo, a presente pesquisa busca investigar se é possível a adaptação de um constitucionalismo analógico no atual contexto digital, tendo sido realizada através de um método hipotético-dedutivo, no qual formuladas as hipóteses, serão testadas ou falseadas, mediante a análise das consequências (deduzidas das hipóteses).

Para tanto, a pesquisa restou dividida em 03 partes: na primeira, analisa-se a globalização e seus impactos no Direito Constitucional e garantias fundamentais, tendo em vista as inovações tecnológicas que não existiam à época da elaboração da Constituição Federal não sendo, portanto, abrangidas pela norma.

A partir dos impactos da globalização, na segunda parte do artigo, investiga-se a teoria multinível, partindo da existência de um Direito Constitucional transnacional e plural, que possibilite o tratamento adequado de questões para além dos limites territoriais das nações.

Na terceira parte, elenca-se os principais desafios do denominado “Constitucionalismo Digital” e quais as possíveis formas de adequação das normativas constitucionais – formatadas para uma realidade analógica – para o ambiente digital.

O estudo do tema se faz necessário para que se possa verificar as possibilidades de adequação constitucional clássica à conjuntura contemporânea, pautada pelo constante desenvolvimento digital com consequências nem sempre atentas aos direitos humanos dos usuários.

2 GLOBALIZAÇÃO, TECNOLOGIA E SEUS IMPACTOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL E NAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A globalização é conceituada como sendo o “processo que ocasiona uma integração, ou ligação estreita, entre economias e mercados, em diferentes países, resultando na quebra das fronteiras entre eles” (Dicio, 2023). Esse fenômeno é também um reflexo dos avanços tecnológicos, como os processos de transmissão de dados e o aumento da capacidade de processamento, por exemplo, que facilitam e aceleram os fluxos comerciais e financeiros (Baumann, 2022).

A Constituição Federal brasileira, tal qual a maioria das constituintes de outras nações, restou pensada e redigida vislumbrando um mundo analógico, criando direitos e deveres para uma realidade diferenciada, aplicada à um mundo “físico” e tradicional, com “regras constitucionais que não tem sentido hoje para a maioria das pessoas da nossa sociedade” (Callejón, 2021), pois não foram moldadas para uma aplicação em um contexto digital.

Os impactos na sociedade após o fenômeno da globalização foram capazes de derrubar fronteiras nacionais, apresentando uma “multiplicidade de sistemas autônomos” (Celeste, 2023, p. 68, tradução nossa) nos quais as prerrogativas, que eram concentradas na mão do Estado, passam a ser assumidas por entidades transnacionais especializadas, fazendo verdadeira “inter-relação entre descoberta e avanço científico e influências sociais e políticas” (Leiser; Murray, 2016, p. 3, tradução nossa).

Os efeitos decorrentes da globalização e, em especial, da tecnologia, tem tomado lugar no curso das transformações históricas, sociais, econômicas, científicas e tecnológicas de maneira cada vez mais intensa, especialmente devido à quantidade e velocidade de informações circulando no mundo globalizado, no qual a ciência, tecnologia e sociedade desempenham papéis fundamentais e complementares entre si (Oliveira, 2018, p. 260).

A exemplo disso, podemos citar a transformação do conceito de “rede social”: se antigamente mostrávamos álbuns de fotos aos amigos que vinham nos visitar, hoje qualquer pessoa com acesso à internet tem a possibilidade de acessar nossas imagens pessoais compartilhadas, de forma instantânea e imediata.

No mesmo passo, direitos e garantias asseguradas constitucionalmente não fazem mais sentido, pois são pouco utilizadas na atualidade, como a garantia de inviolabilidade e do sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas², por exemplo, eis que, no contexto atual, o tráfego de

2 Art. 5º, Constituição Federal de 1988: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

cartas enviadas pelos correios tem caído 4% a cada ano, com diminuição de 60% no ano de 2015, comparado aos envios do ano de 2001 (Magalhães, 2015), assim como a substituição dos telefones fixos pelos telefones móveis nas residências dos brasileiros (Domicílios, 2021a; Domicílios, 2021b)³.

Da mesma forma, não há uma normativa constitucional que assegure a inviolabilidade da geolocalização, e-mails ou conversas em aplicativos de telefones, por exemplo, pois essa não era uma realidade à época da elaboração da Carta Magna de 1988 (Callejón, 2021).

As transformações dos processos culturais possibilitam conexões universais a todo momento e o direito, que fora pensado inicialmente para regular comportamentos realizados por agentes específicos (pessoas) em locais específicos (território), enfrenta desafios ao lidar com conflitos que frequentemente envolvem a estrutura das relações (realizadas em redes), práticas realizadas por agentes (aparentemente) despersonalizados e espaços (supostamente) desprovidos de uma intervenção estatal, tal qual a internet (Jardim, 2023, p. 16).

Um exemplo dos impactos da tecnologia no mundo jurídico pode ser percebido através da figura da *vacatio legis*⁴, tendo pouca e funcionalidade no mundo contemporâneo, eis que no minuto seguinte à publicação da norma, todas as pessoas com acesso à internet poderão consultá-la (Callejón, 2021).

Apesar de não ser objeto deste estudo, se faz necessário o destaque no sentido que o fenômeno da globalização caminha ao lado da transição de um cenário mundial de Estado Liberal (com prevalência da vontade individual e intervenção mínima estatal) que passa a um Estado Social de Direito (buscando remediar a desigualdade material dos cidadãos) e, por fim, chega a um Estado Democrático (Estado abandona a

3 Segundo pesquisa realizada pelo IBGE, no ano de 2021 somente 15% das casas de brasileiros contava com telefone fixo, enquanto 96% contava com telefone celular, o que demonstra que, a cada ano, a telefonia fixa dá lugar à telefonia móvel.

4 O glossário legislativo do Senado Federal descreve que o termo “*vacatio legis*” corresponde a “Expressão latina que significa vacância da lei, correspondendo ao período entre a data da publicação de uma lei e o início de sua vigência. Existe para que haja prazo de assimilação do conteúdo de uma nova lei e, durante tal vacância, continua vigorando a lei antiga. A *vacatio legis* vem expressa em artigo no final da lei da seguinte forma: “esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial”.

conduta passiva e assume uma atuação ativa para concretização de direitos sociais), tendo tais modificações, sem sombra de dúvidas, forte impacto no avanço tecnológico, especialmente com o desenvolvimento da sociedade industrializada (Jardim, 2023, p. 18-27).

Todos estes modelos de constitucionalismo têm em comum o fato de haver um Estado soberano na solução de conflitos, o que não ocorre no contexto digital, especialmente se considerarmos que as tecnologias digitais são desterritorializadas, não havendo um espaço físico onde se localize “a internet”, dificultando a tarefa regulatória por parte das nações, de forma individual.

Nesse contexto, a Ciência da Tecnologia passa a trabalhar com a figura de “atores não estatais” para atuação no setor de inovação que, em que pese não terem capacidade de fazer políticas, leis ou mesmo desenvolver mecanismos de controle, possuem a capacidade organizar um método e de acessar quem poderia fazê-lo. São os casos das empresas de tecnologia, desenvolvedores de software, empresas de mídia e conteúdo, além das organizações transnacionais (multiestatais e privadas) e de grupos da sociedade civil (Leiser; Murray, 2016, p. 5-7).

A internet, ao mesmo tempo que impulsiona o desenvolvimento econômico, social e político, também pode ser mal utilizada para fins prejudiciais ou ilegais, especialmente se considerarmos os processos algorítmicos envolvidos no mundo digital, que impactam diretamente em direitos, sistemas constitucionais e até mesmo na democracia, ao apresentarem dados ao usuário retroalimentados pelas suas reflexões e visões prévias de mundo, sem a possibilidade de ampliação do conhecimento por parte do indivíduo (Callejón, 2023).

O avanço da tecnologia acarreta, ainda, maior intensidade de relações sociais dentro de um ambiente virtual e, de tais interações, surgem conflitos que não são alcançados por intervenção estatal, ficando à mercê de companhias de tecnologia que possuem objetivos nem sempre benéficos aos usuários.

Partindo dessas premissas é que o Direito Constitucional se vê necessariamente integrado ao Direito Internacional, visto que “o pluralismo constitucional é um fenômeno geral desta época, “consequência de

uma tendência contemporânea específica: a globalização”⁵ (Celeste, 2023, p. 63, tradução nossa).

3 DIREITO CONSTITUCIONAL TRANSNACIONAL

Como visto no item anterior, a ressignificação do Estado (tanto no que diz respeito ao seu papel, quanto no que diz respeito ao seu alcance) traz consequências e reflexos na forma de atuação do poder público, eis que passam a surgir questões que ultrapassam as fronteiras do “estado-nação”.

A percepção de um constitucionalismo voltado exclusivamente para as relações havidas dentro de um determinado espaço limitado passa a ser questionada, pois as Constituições domésticas não conseguem mais abordar sozinhas questões que ultrapassam as fronteiras geográficas, dependendo, assim, de um pluralismo constitucional que considere os novos contextos transnacionais oriundos da globalização.

Nesse cenário, o direito internacional se apresenta na expectativa de, inicialmente, assegurar direitos humanos e fundamentais, ao instituir que, independente das “peculiaridades individuais [de cada Estado-nação] ([como por exemplo] nacionalidade, crença, cor, etnia, sexo, orientação sexual, idade, etc)”, todo ser humano é merecedor de respeito e proteção, possuindo direitos que são individuais, ao mesmo tempo em que são universais (Culleton; Bragato, Fajardo, 2009, p. 108).

Outrossim, no mundo globalizado, questões como mudanças climáticas, terrorismo internacional ou migração em massa não podem mais ser abordadas no plano internacional por Estados-nação isolados, mas exigem a cooperação de um multiplicidade de atores, tanto público quanto privados (Celeste, 2023, p. 64).

Mesmo previamente ao avanço da internet, o crescimento das corporações no cenário pós Revolução Industrial impactou os processos constitucionais para além das fronteiras estatais, conforme nos ensina Jardim (2023, p. 28):

No que diz respeito aos efeitos da globalização, ao menos dois resultados podem ser percebidos. Um, do ponto de vista antro-

5 Texto original: “Recent studies in the domain of international law explain that constitutional pluralism is a general phenomenon of our age, consequence of a specific contemporary trend: globalisation.”

pológico, representa a transformação dos processos culturais em face da aproximação de elementos que antes não tinham contato. Outro, do ponto de vista político-social, decorre da ressignificação do papel do Estado, na medida em que os processos de transnacionalização afetam a noção de Estado nacional.

O reconhecimento de que o ambiente regulatório tem muito mais participantes ativos do que os reconhecidos pela teoria cibernética tradicional resulta em uma compreensão descentralizada, na qual os problemas sociais são o resultado de vários fatores interativos, dos quais nem todos podem ser conhecidos, cuja natureza e relevância mudam ao longo do tempo.

Assim, apresenta-se a denominada “teoria multinível”, sendo esta uma abordagem teórica que busca conceituar o sistema de constitucionalismo como um processo interativo organizando e limitando poderes, envolvendo constituições nacionais e o quadro constitucional supranacional como dois elementos interdependentes de um sistema jurídico (Pernice, 2009, p. 353).

A teoria multinível faz destaque para o papel dos tratados internacionais nos princípios constitucionais e no fenômeno da constitucionalização, sendo analisados como *communicating vessels* (vasos comunicantes), na medida em que quando o “vaso” do Direito Constitucional doméstico atingir seu ponto de saturação (em decorrência dos desafios globais além do seu alcance territorial), o “fluido” começaria a preencher o “recipiente” do Direito Constitucional internacional (Celeste, 2023, p. 78).

Assim, o conceito de constitucionalismo multinível destaca a interconexão da legislação nacional a partir da perspectiva dos Estados e dos cidadãos. Partindo do pressuposto de que, nas democracias modernas, os cidadãos são a base e a fonte de autoridade e poder de decisão, seja em âmbito nacional ou em instituições globais, compreende-se que os dois níveis de governo são elementos complementares de um sistema que busca atender aos interesses de seus cidadãos, tanto no âmbito nacional quanto internacional. (Pernice, 2009, p. 372).

No contexto da globalização e da revolução tecnológica, porém, não basta a regulamentação por meio de Estados-nação, eis que os direitos constitucionalmente assegurados acabam sendo submetidos à intervenção de grandes agentes globais, concentrados na mão de terceiros que

não os entes estatais, pautados essencialmente na produção de capital e consumo. Nesta condição os direitos a serem protegidos são os de consumidores e usuários das plataformas tecnológicas, adquirindo estes uma “condição universal que se sobrepõe a todas as categorias produtivas” (Callejón, 2023, p. 90).

Grimm (2010, p. 3) destaca que o “sucesso externo” do constitucionalismo é acompanhado por uma erosão do Estado que começou quase despercebida na esteira de transformação da figura estatal doméstica e internacional, que acabou custando ao ente o monopólio do poder público sobre seu território.

Atualmente, o poder do Estado é compartilhado com atores não estatais, como organizações internacionais, por exemplo, para as quais foram transferidos direitos soberanos e cujo exercício foge dos arranjos das constituições nacionais. Isso não se confunde com o fato de que as normas constitucionais podem ser violadas ou ter pouco impacto nas ações políticas, pois a lacuna entre “norma” e “fato” sempre existiu, mas, por conta própria, não possui o condão de pôr em risco o constitucionalismo. A erosão interna, por outro lado, coloca em risco a capacidade da constituição de regular todo o poder público que incide sobre o seu território. Por tal razão, a referida “erosão estatal” não afeta apenas uma ou outra constituição específica de determinado país, mas “a conquista do constitucionalismo como um todo” (Grimm, p. 3-4, tradução nossa).

Alguns autores defendem a possibilidade de postular uma constituição que fosse universal, para além do Estado-nação. Para Teubner (2004, p. 5), as tentativas são ambiciosas e em vão:

Todas as tentativas podem ser reprovadas por não traduzirem o tradicional conceito de Constituição para as circunstâncias de hoje, sem reespecificar com cuidado suficiente, mas, ao contrário, transferindo, sem fazer juízo de valor, as circunstâncias dos Estados-nação para a sociedade mundial. Em particular, as mudanças que o conceito de Constituição teria que passar - em relação à soberania da autoridade, coletividade organizada, hierarquias de decisão, agregação organizada de interesses e legitimidade democrática, além de que não há nada a nível mundial equivalente à figura do Estado - não foram realmente pensados. (Tradução nossa)⁶.

6 Texto original: “All attempts can be reproached for not generalising the traditional concept of the constitution sufficiently for today’s circumstances, nor re-specifying it

Organizações internacionais não estatais (e sem fins lucrativos) surgem na tentativa de preservar a privacidade dos usuários no mundo digital, assim como a liberdade de expressão, criatividade e inovação, transparência internacional e segurança na web, estimulando que todos “plante as sementes para uma internet melhor”⁷, como é o caso da Eletronic Frontier Foundation (EEF), por exemplo (Romero, 2023) e do Legal Grounds Institute, que pretende “criar arquiteturas jurídicas de regulação que assegurem os valores democráticos e os direitos humanos” (Enfrentando...[2023]).

No âmbito público da atualidade, a Alemanha possui regulamentação própria (*NetzDG*) acerca da responsabilidade das plataformas pelos conteúdos publicados nas redes sociais, estabelecendo que os provedores não possuem responsabilidade sobre o conteúdo publicado propriamente dito, mas sim pela sua remoção tão logo tenham conhecimento da publicação de conteúdo explícito e ilegal. A normativa, porém, não prevê compensação de danos às partes lesadas pelos conteúdos impróprios (Oliveira; Cantarini; Batocchio, 2021).

A União Europeia, por sua vez, possui um “ato de serviços digitais” (*Digital Services Act – DSA*) que, desde novembro de 2022, busca garantir maior transparência nos serviços das plataformas, bem como informar usuários sobre conteúdos impróprios e mecanismos de remoção destes, buscando contribuir com “o bom funcionamento do mercado interno da UE para serviços on-line, de forma a garantir os direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da UE (*EU Charter of Fundamental Rights*) (Irlanda, [2023?]).

Os Estados Unidos, ainda, regulamentam a atuação das grandes empresas de tecnologia - denominadas de *big techs* – por meio da Lei de Decência nas Comunicações (*Communications Decency Act, CDA*), destacando a liberdade de expressão e contando com a boa-fé de cada uma das plataformas, pois afasta desta toda e qualquer obrigação e responsabilidade relativos à conteúdos on-line criados pelos usuários, o que

carefully enough, but, instead, uncritically transferring nation-state circumstances to world society. In particular, the changes that the concept of constitution would have to go through in relation to sovereignty, organised collectivity, hierarchies of decision, organised aggregation of interests and democratic legitimacy, if no equivalent of the state is to be found at world level, have not really been thought through”.

7 Texto original: “Plant the seeds for a better internet”.

pouco auxilia (se não prejudica) o combate à violação de preceitos fundamentais (Panho; Medeiros; Miqueletto, 2023).

O Brasil, por fim, trouxe importantes inovações com o Marco Civil da Internet, Lei Geral de Proteção de Dados, com importante destaque na discussão por ocasião do Projeto de Lei 2.630/2020, denominado de “PL das Fake News”, em trâmite na Câmara dos Deputados, inspirado pela legislação da União Europeia, já referida (Panho; Medeiros; Miqueletto, 2023).

Assim, nota-se que, em que pese parte das nações abordem a temática em legislações próprias, estas não são similares, tampouco integradas, divergindo, inclusive, na maneira de regulamentação, deixando o contexto internacional carente de normativas no âmbito da exploração das plataformas e da manipulação dos dados dos usuários destas.

4 OS DESAFIOS DO “CONSTITUCIONALISMO DIGITAL” E POSSÍVEIS FORMAS DE ADEQUAÇÃO

Inicialmente, há que se destacar que o “Constitucionalismo Digital” é um conceito em construção, não havendo uma delimitação teórica limitada que o justifique. Assim, não se resume “às descrições sobre o impacto da tecnologia digital nas relações sociais, jurídicas e constitucionais, assim como não se restringe apenas às prescrições acerca da regulação da tecnologia” (Robl Filho, 2022).

Não há, ainda, consenso acerca do alcance do “Constitucionalismo Digital”, tampouco dos instrumentos normativos que serviriam para implementar seus valores, com ausência de quadros abrangentes das mais diversas – e por vezes conflitantes – posições (Celeste, 2019, p. 77).

Jane Pereira e Clara Keller (2022, p. 2657), na tentativa de conceituar o “Constitucionalismo Digital”, entendem que se trata de uma categoria utilizada pelas teses que pretendem “oferecer molduras interpretativas para medidas públicas, privadas e híbridas, fundadas no objetivo de mitigar a concentração de poder econômico e político desses agentes”.

Blanco de Moraes, por sua vez, defende que a regulação das redes sociais não pode ser tratada como uma forma de Constituição internacional sobre o uso da internet, sendo a nomenclatura “Constitucionalismo Digital” uma expressão equivocada, pois “Constituição é lei fundamental de um Estado, é a máxima manifestação de soberania de

um Estado”, devendo, assim, ser criados marcos regulatórios por meio de tratados internacionais entre os Estados, justamente pelo caráter supranacional da internet e necessidade de uma “aplicação extraterritorial das leis de regulação das plataformas digitais” (Morais, 2023).

Fato é que, tanto quanto difícil a conceituação acerca do que seria o “Constitucionalismo Digital” é a regulação das plataformas digitais a nível internacional por agentes públicos que possuam capacidade de fiscalização em todo o território internacional.

Se, por um lado, a internet é regida por regras contratuais privadas (mediante os termos de uso e políticas das plataformas, de necessário aceite pelo consumidor para a utilização, em grande parte das vezes) (Pinheiro, 2016, p. 6), a problemática central está na ausência de fiscalização estatal da própria plataforma, que muitas vezes dispõe de verdadeiras violações de direitos constitucionalmente assegurados, sem qualquer tipo de punição ou consequência.

Os termos e condições de uso das plataformas, juntamente com a manipulação algorítmica e da gestão por *gatekeepers*⁸ privados e globais, determinam o que pode ser apresentado (com base no que foi ouvido pelo software ou nas próprias preferências do usuário) e o que pode ser removido, exercendo este poder uma verdadeira influência significativa no debate público e político.

Sem deixar de reconhecer que a oscilação entre o campo político e o campo social atualmente impacta diretamente na sociedade mundial, indaga-se se a constitucionalização das instituições políticas estatais nas relações internacionais não seria suficiente para a formulação de uma certa forma de “Constitucionalismo Digital” Internacional (Teubner, 2004, p. 7).

Vive-se um verdadeiro momento híbrido, no qual a realidade física vai-se reduzindo progressivamente, dando espaço para uma realidade de que, apesar de ter origem no mundo digital, pode trazer impactos para o mundo físico. (Callejón, 2023, p. 161)

8 Os “gatekeepers” podem ser indivíduos ou instituições que, conforme o próprio nome sugere, são os responsáveis pela “guarda dos portões”. Funcionam como intermediários entre a pessoa (física ou jurídica) que busca vender algo e o usuário, tendo como objetivo principal fazer com que aquele consumidor finalize a compra ou perceba algo pautado na visão do “contratante” do gatekeeper. Para mais informações, sugere-se a leitura do artigo escrito por Júlio Paulillo no Blog Agendor, cujos dados para acesso estão nas referências do presente estudo.

A título exemplificativo, cita-se o surgimento de grupos extremistas nos ambientes virtuais de jogos on-line, os quais interferem no psicológico de crianças e adolescentes, manipulando-os para que pratiquem atos violentos contra si, por meio de automutilação (Ajoelha..., 2023) ou contra terceiros, incitando ataques em escolas e ambientes de aprendizagem, por exemplo (Grupos..., 2023), ferindo diretamente os direitos assegurados constitucionalmente às crianças e adolescentes, tais quais o direito à saúde, à dignidade, ao respeito e à proteção contra toda forma de violência, crueldade e opressão⁹ (Brasil, 1988).

Dessa forma, percebe-se que a mesma tecnologia digital que amplia a possibilidade de troca de informações instantâneas também aumenta o risco de ameaças a direitos fundamentais e abuso da liberdade de expressão, tornando o ambiente on-line como palco para ameaças, discursos de ódio, cyberbullying, pornografia infantil, entre outros, afetando diretamente o balanceamento de poderes no ecossistema constitucional (Celeste, 2019, p. 78).

Gill, Redeker e Gasser (2015) apresentam uma extensa gama de direitos digitais que deveriam ser observados pelas constituições, quais sejam: garantia de direitos fundamentais e liberdades, imposição de limites gerais de atuação estatal, estabelecimento de uma “governança da internet” com participação civil, atenção aos direitos de privacidade e vigilância, acesso à internet e educação digital, além de uma rede de internet estável e aberta e, por fim, preservação dos direitos econômicos e responsabilidades, em especial proteção ao consumidor, à propriedade intelectual e responsabilidade corporativa.

Importante o reconhecimento de que a crise sanitária instaurada pela pandemia da Covid-19, nos anos de 2020 e 2021 atuou como verdadeira mola propulsora no processo de “digitalização da sociedade”, que passou a ser ainda mais acelerada, tendo em vista o aumento exponencial de interações no ambiente virtual quando a população mundial estava impedida de realizar encontros de forma presencial.

9 Art. 227, Constituição Federal: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

Nesse cenário, “o Estado, a constituição e o Direito Público se viram reduzidos em seu campo de ação, para além da impulsão do direito de emergência”, tendo em vista que os poder restou nas mãos dos agentes globais, especialmente das companhias tecnológicas privadas (Callejón, 2023, p. 162-170) de forma direta e intensa.

Os debates relativos ao reconhecimento de um direito fundamental de acesso à internet se intensificaram, evidenciando os novos desafios a serem enfrentados, especialmente se consideradas as barreiras desafiadas por grande parte da população mundial para adequar-se ao “novo” formato de ensino, bem como da observância à garantia de saúde, tanto em relação aos protocolos de proteção, quanto à atualização do calendário vacinal, e, ainda, do exercício laborativo de forma virtual, ocasionadas pela pandemia, trazendo a discussão para um “novo patamar em termos de vigilância e urgência” (Siqueira; Sarlet, 2021).

Assim, tem-se que o aumento da possibilidade de transmissão de informações, não traz apenas aspectos prejudiciais, podendo também, em certa medida, serem benéficos à população.

No que diz respeito à referida troca de informações e disponibilização de dados na internet por parte do usuário à uma plataforma específica, frisa-se que os servidores envolvidos na operação possuem a capacidade técnica de limitar ou bloquear eventuais conteúdos impróprios, monitorando a forma pela qual a informação é transmitida, por exemplo¹⁰ (Celeste, 2019, p. 78) sendo, portanto, possível a regulamentação da atuação dos atores não estatais no cenário virtual.

Estes códigos de programação que trabalham com a finalidade de determinar quais os resultados serão apresentados a cada usuário on-line, bem como com que frequência e de que forma, são denominados de algoritmos (Foguel; Percassi; Santos, 2021), formatados através de tecnologia da informação e elaborados, em sua maioria, por grandes companhias internacionais do setor privado.

Assim, por meio da extração massiva de dados dos usuários na internet, as plataformas digitais têm acesso a um controle imensurável de

10 Texto original: “Digital technology amplifies the risk of threats to fundamental rights. The same increased possibility to exchange information enabling the exercise of fundamental rights can also become a source of threats. Defamation, hate speech, cyberbullying, child pornography are some examples of how freedom of expression can be abused through digital instruments.”

geolocalização, perspectivas ideológicas, medos e fobias, gostos, amizades, expressões comportamentais, entre outros. Após a coleta destes dados, os algoritmos são programados para mostrar determinado tipo de conteúdo ao consumidor do aplicativo de internet podendo, na expressiva maioria das vezes, “manipular suas consciências (como já foi feito em processos eleitorais)”, modificando as opções de voto, por exemplo, sem que o usuário consiga perceber que fora manipulado (Callejón, 2023, p. 172-173),

Neste contexto, não se faz necessário somente adequar a Constituição à realidade digital, transpondo os direitos pensados para um mundo contemporâneo, mas compreender que a Carta Política precisa se reorganizar para incorporar, “em toda sua dimensão, o mundo híbrido, o que significa uma nova mentalidade na hora de abordar as reformas constitucionais” (Callejón, 2023, p. 161).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aplicativos de redes sociais e interações na internet independem da distância geográfica, permitindo o compartilhamento indiscriminado e ilimitado de dados e informações pessoais sem que haja a nível internacional a presença de um agente público regulador que atente à preservação dos direitos e garantias fundamentais.

Ao mesmo tempo em que a internet rompe essas barreiras territoriais e amplia o acesso à informação por grande parte da população, ela também se mostra como terreno fértil para disseminação de falsas informações, propagação de discursos de ódio e programação computadorizada/algorítmica capaz de interferir na personalidade e na forma de pensar dos usuários.

Assim, tal realidade “híbrida” - consistente na relação entre a realidade física e a realidade digital - é um panorama que não mais “bate às portas”, mas já adentrou todos os cômodos do mundo globalizado e tecnológico.

Além da função já conhecida das Constituições - de ordenar a realidade social e física - a regulamentação das plataformas digitais deve levar em conta os limites impostos pela configuração específica dos algoritmos no âmbito digital, com especial atenção aos fatores globais de poder que a moldam.

É importante, assim, adotar uma perspectiva aberta em relação à nova realidade digital, considerando não apenas a separação entre a realidade clássica e inovadora, mas também o impacto da tecnologia das plataformas on-line na realidade física, buscando conciliar essas duas dimensões, superando as rupturas causadas pela realidade digital.

Neste contexto, se faz imprescindível uma maior atuação estatal na regulamentação das plataformas digitais, a fim de aplicar verdadeiras penas a quem descumpri-las ou atuar com inobservância aos direitos humanos e fundamentais pois, apesar da impossibilidade de limitação geográfica de atuação, as plataformas atuantes em cada país precisam estar atentas às legislações do respectivo território.

Conclui-se, portanto, que é possível a adaptação de um constitucionalismo analógico no atual contexto digital, mediante alterações que regulamentem a formatação dos algoritmos e do tratamento de dados pessoais pelas empresas tecnológicas, com observância à proteção dos direitos fundamentais e das democracias no ambiente on-line.

REFERÊNCIAS

AJOELHA, se prostra para mim: criminoso usava Discord para chantagear adolescentes e obriga-las a se mutilar com sua assinatura, **GI**, [s.l.], 26 jun. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2023/06/26/ajoelha-se-prostra-para-mim-criminoso-usava-discord-para-chantagear-adolescentes-e-obriga-las-a-se-mutilar-com-sua-assinatura.ghtml>. Acesso em: 06 jul. 2023.

BAUMANN, Renato. Globalização, desglobalização e o Brasil. **Revista de Economia Política**, [São Paulo], v. 42, n. 3, p. 592-618, jul./set. 2022. Disponível em: <https://centrodeeconomiacpolitica.org/repojs/index.php/journal/article/view/2341/2285>. Acesso em: 04. jul. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 jun. 2023.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **A Constituição do Algoritmo**. Tradução: Diego Fernandes Guimarães. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer; MENDES, Gilmar Ferreira. **Constitucionalismo Digital**. [S. l.: s. n.], 10 jun. 2021. 1 vídeo (1h 11min 40s). Publicado pelo Canal IDP. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zdPQ2FEka-U>. Acesso em: 22 mai. 2023.

CELESTE, Edoardo. **Digital Constitutionalism: The Role of internet Bills of Rights**. Nova Iorque: Routledge, 2023. *E-book*.

CELESTE, Edoardo. A new systematic theorisation. **International Review of Law, Computers & Technology**, [s.l.], p. 76-99, jan. 2019. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/citedby/10.1080/13600869.2019.1562604?scroll=top&needAccess=true&role=tab>. Acesso em: 04 jun. 2023.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DOMICÍLIOS e moradores, por situação do domicílio e existência de telefone fixo convencional no domicílio. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**. [Rio de Janeiro]: IBGE, 2021a. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/7303>. Acesso em: 05 jul. 2023.

DOMICÍLIOS e moradores, por situação do domicílio e existência de telefone móvel celular no domicílio. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**. [Rio de Janeiro]: IBGE, 2021b. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/7305>. Acesso em: 05 jul. 2023.

ENFRENTANDO os desafios advindos com as tecnologias da informação. **Legal Ground Institute**, [São Paulo, 2023?]. Disponível em: <https://legalgroundsinstitute.com/lgi/>. Acesso em: 07 jul. 2023.

FOGUEL, Débora; PERCASSI, Jade; SANTOS, Nicole. Precisamos falar sobre algoritmos: manipulação, discriminação e desinformação. **UNIFESP – Universidade Federal de São Paulo**, São Paulo, 04 nov. 2021. Disponível em: <https://souciencia.unifesp.br/opiniao/precisamos-falar-sobre-algoritmos-manipulacao-discriminacao-e-desinformacao>. Acesso em: 06 jul. 2023.

GILL, Lex; REDEKER, Dennis; GASSER, Urs. Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights. **The Berkman Center for Internet & Society at Harvard University**, Cambridge, n. 2015-15,

9 nov. 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120. Acesso em: 06 jul. 2023.

GLOBALIZAÇÃO. In: DICIO Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2023. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/globalizacao/>. Acesso em: 04 jul. 2023.

GRIMM, Dieter. The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Orgs.). **The Twilight of Constitutionalism?** Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. Disponível em: <http://ndl.ethernet.edu.et/bitstream/123456789/56566/1/Petra%20Dobner.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2023.

GRUPOS de ódio migram de fóruns ocultos para as redes sociais e atraem adolescentes. **GZH**, Porto Alegre, 03 abr. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2023/06/26/ajoelha-se-prostra-para-mim-criminoso-u-sava-discord-para-chantagear-adolescentes-e-obriga-las-a-se-mutilar-com-sua-assinatura.ghtml>. Acesso em: 06 jul. 2023.

IRLANDA (País). Department of Enterprise, Trade and Employment. **Digital Services Act (DSA)**. Dublin: [2023?]. Disponível em: <https://enterprise.gov.ie/en/what-we-do/the-business-environment/digital-single-market/eu-digital-single-market-aspects/digital-services-act/>. Acesso em: 07 jul. 2023.

JARDIM, Augusto Tanger. O Constitucionalismo no Universo Digital. In: GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; MOTTA, Francisco José Borges; PAULO, Lucas Moreschi. (Orgs.) **O Constitucionalismo Digital e a Crise das Democracias Liberais**. São Paulo: Editora Dialética, 2023. *E-book Kindle*.

LEISER, Mark; MURRAY, Andrew. The Role of Non-State Actors and Institutions in the Governance of New and Emerging Digital Technologies. In: BROWNWORD, Roger; SCOTFORD, Eloise; YEUNG, Karen (Orgs.). **The Oxfords Handbook of Law Regulation and Technology**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016.

MAGALHÃES, João Carlos. Volume de cartas enviadas em 2014 é o menor em 15 anos. **Folha de São Paulo**, [Brasília, DF], 22 fev. 2015. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/02/1593060-volume-de-cartas-enviadas-em-2014-e-o-menor-em-15-anos.shtml#:~:text=Dados%20levantados%20>

pelos%20Correios%20a,foram%20mandadas%20no%20ano%20passado. Acesso em: 04 jul. 2023.

MORAIS, Carlos Blanco. **Internet pode ser regulada por tratados internacionais, diz Blanco de Moraes**. [S.l]: Consultor Jurídico, 04 jul. 2023. 1 vídeo (3min46s). Publicado pelo Canal ConJur. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2e8hfzDYoBM&t=2s>. Acesso em: 06 jul. 2023.

OLIVEIRA, Loryne Viana de. As relações ciência-tecnologia-sociedade e os princípios teóricos-analíticos dos estudos CTS. **Revista Eletrônica Debates em Educação Científica e Tecnologia**, Vitória, v. 8, ano 2, p. 259-302, Ago. 2018. Disponível em: <https://ojs.ifes.edu.br/index.php/dect/article/view/1094>. Acesso em: 04 jul. 2023.

OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de; CANTARINI, Paola; BATOCCHIO, Amália. Regulação das redes sociais: uma perspectiva internacional. **Consultor Jurídico - CONJUR**. [São Paulo], 15 jun. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-15/direito-digital-regulacao-redes-sociais-perspectiva-internacional>. Acesso em: 07 jul. 2023.

PANHO, Isabella Alonso; MEDEIROS, Davi; MIQUELETTO, Maria Isabel. Entenda como são as diferentes regulações de redes sociais pelo mundo. **Estadão**, São Paulo, 17 mai. 2021. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/link/empresas/entenda-como-sao-as-diferentes-regulacoes-de-redes-sociais-pelo-mundo/>. Acesso em: 07 jul. 2023.

PAULILLO, Júlio. O que são gatekeepers e 6 táticas para lidar com eles. **Agendor Blog**, São Paulo, O Agendor. Disponível em: <https://www.agendor.com.br/blog/o-que-sao-gatekeepers/#:~:text=O%20gatekeeper%20C3%A9%20algum%20profissional,antipatia%20pela%20figura%20do%20gatekeeper>. Acesso em: 07 jul. 2023.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; KELLER, Clara Iglesias. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 4, 2022, p. 2648-2689. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/70887>. Acesso em: 07 jul. 2023.

PERNICE, Ingolf. The treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. **The Columbia Journal of European Law**, [Nova Iorque], v. 15, n. 3, p. 349-407,

[jun/set], 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326114. Acesso em: 05 jul. 2023.

PINHEIRO, Patricia Peck. Cyber Rights: Direitos fundamentais dos cidadãos digitais e a existência de uma Ordem Pública global através da internet. **Revista dos Tribunais**, [s.l.], v. 971, set. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.971.08.PDF. Acesso em: 07 jul. 2023.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. Alguns apontamentos sobre o constitucionalismo digital. **Consultor Jurídico – CONJUR**. [São Paulo], 22 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-22/observatorio-constitucional-alguns-apontamentos-constitucionalismo-digital?imprimir=1>. Acesso em: 10 mar 2023.

ROMERO, Christian. Nurturing the Internet Freedom Movement. **Electronic Frontier Foundation**, [s.l.], 06 jul. 2023. Disponível em: <https://www.eff.org/deeplinks/2023/06/plant-seeds-better-internet>. Acesso em: 07 jul. 2023.

SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt; SARLET, Ingo Wolfgang. **Consultor Jurídico – CONJUR**. [São Paulo], 12 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-12/direitos-fundamentais-direito-humano-fundamental-acesso-internet?imprimir=1>. Acesso em: 09 mar. 2023.

TEUBNER, Gunther. Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory? *In*: JOERGES, Christian; SAND, Ingher-Johanne; TEUBNER, Gunther. **Transnational Governance and Constitutionalism**. Portland, 2004. Disponível em: <http://library.lol/main/CBD26E4590ADF3F500245F6D3A82388F>. Acesso em: 05 jul. 2023.

VACATIO legis. Glossário Legislativo. **Agência Senado**. Brasília, DF. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/vacatio-legis>. Acesso em: 04 jul. 2023.

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE (DES) LEGITIMAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

ARTHUR BONIFÁCIO GARCIA¹

WELLINGTON BOIGUES CORBALAN TEBAR²

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos surgiu em 1948, com a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. O documento mencionado é um marco, pois firmou o primeiro compromisso internacional para proteção dos direitos humanos de caráter geral no âmbito da Organização dos Estados Americanos.

Cerca de onze anos depois, surgiu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) como órgão autônomo da OEA, para promoção e proteção dos direitos humanos. No início, o órgão tinha a função de realizar visitas *in locu* e emitir recomendações que auxiliassem nas políticas de governo dos Estados-membros.

Anos depois, em que pese prestasse o papel de emitir recomendações, considerando que uma série de violações de direitos humanos eram eminentes no continente americano, a partir de 1965, a Comissão passou a receber petições individuais com alegações de violações de di-

- 1 Discente do 5º termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – SP. Bolsista do Programa de Iniciação Científica Toledo sobre “Sincretismo Constitucional”, orientado pelo Professor Doutor Caique Tomaz Leite da Silva. E-mail: arthurgarcia@toledoprudente.edu.br.
- 2 Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Membro Associado Fundador do Instituto Brasileiro de Direito do Mar (IBDMar). Membro Pesquisador do Grupo de Investigação “Derecho Ambiental Contemporáneo y Políticas Sustentables” da Universidad Nacional de Mar del Plata. Assistente Jurídico no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail: wellingtontebar@hotmail.com.

reitos humanos para que atuasse como, de fato, um órgão ativo de proteção de direitos humanos.

Entretanto, a CIDH não possui em seu cerne a atuação contenciosa. Neste contexto, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) foi criada em 1969 e estabeleceu, em seu artigo 33, a existência da Corte IDH, órgão que atua na esfera consultiva e contenciosa. O Tribunal, todavia, não pôde se estabelecer até que a CADH estivesse em vigor.

Em 22 de maio de 1979, os Estados partes na CADH elegeram os juristas que seriam os primeiros juízes da Corte IDH. A primeira reunião da Corte IDH ocorreu ainda em 1979, na sede da OEA, em Washington, DC. Um ano depois, em agosto de 1980, a Corte aprovou seu regulamento que trazia consigo normas de procedimento.

A Corte IDH emitiu sua primeira opinião consultiva em 1982, solicitada pelo Estado do Peru, que pediu orientações sobre a redação do artigo 64 da CADH. Na via contenciosa, a Corte atuou pela primeira vez no caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, no ano de 1987.

O sistema de aplicação de direitos humanos na América evoluiu e, a partir de então, possuía sua estrutura bem definida. Entretanto, ainda pairava sobre o sistema certa dificuldade na aplicação dos tratados internacionais e a parametrização das decisões da Corte.

Com este intuito, surgiu o controle de convencionalidade, instituto utilizado para fazer o exame de compatibilidade vertical material das normas do direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país.

Neste contexto, este trabalho visou fazer uma reflexão do controle de convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), no sentido de discutir se, em razão das circunstâncias do caso concreto, a aplicação do referido instituto pode implicar deslegitimação de direitos humanos.

Constatada essa possibilidade, por análise de um caso específico julgado no âmbito no Sistema Europeu de Direitos Humanos, e considerando a importância do controle de convencionalidade para o pleno exercício dos direitos humanos, foi preciso discorrer sobre os pontos em que o instituto deve ser aprimorado e os momentos em que deverá ser afastado para que o objetivo fim (a proteção dos direitos) possa ser atingido.

Então, este artigo também buscou discutir as eventuais soluções para que a mitigação do referido instrumento não se torne uma artimanha para que os Estados-membros se esquivem das obrigações internacionais ou de eventuais condenações por violar direitos humanos.

Por fim, para elaboração da pesquisa, utilizou-se o método científico dialético para o desenvolvimento argumentativo, embasado em pesquisa doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

2 O ACESSO À JUSTIÇA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O direito de acessar à jurisdição é um dos mais caros em qualquer sistema sob a égide do Estado Democrático de Direito. Isto pois, trata-se de um direito-meio, ou seja, um direito que, quando exercido, tem o potencial de proteger outros direitos existentes no ordenamento jurídico.

Antes das Grandes Guerras, o acesso à justiça era limitado à formalidade. Com isso, era de incumbência dos Estados somente impedir que uma pessoa criasse uma barreira a terceiro que pretendia levar sua pretensão aos órgãos jurisdicionais. Todavia, a garantia formal não era suficiente para proteger o referido direito.

Depois da Segunda Guerra Mundial, houve uma considerável mudança de paradigma. Atualmente, a ideia de acesso à justiça deve remeter à justiça do acesso. Com isso, pretende-se de fato superar as barreiras individuais de acesso à justiça, mantendo todos em posição de equidade – e não igualdade – para exercê-lo.

Após o caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, a população brasileira começou a considerar o SIDH como órgão real de proteção de direitos violados cuja solução não foi encontrada em âmbito da jurisdição nacional. Bem observou Gustavo Vieira (2011, p. 05):

esse fato abriu precedente ao acesso à justiça no plano externo, não apenas a movimentos e instituições de tutela de direitos humanos, mas também de indivíduos que passam a visualizar a possibilidade concreta de exercer cidadania em foros internacionais.

Isto posto, resta evidenciada a importância de estudar o acesso à justiça no SIDH. O acesso à justiça é, de forma primária, trabalhado nos

artigos 8 e 25 da CADH. Dentre as várias obrigações convencionais, há de se destacar a seguinte concepção: é uma obrigação dos Estados garantir um juízo célere, imparcial, que possa efetivamente impedir ou reparar determinada violação de direitos humanos.

As barreiras de acesso à justiça mais recorrentes no SIDH são: (i) impossibilidade de pagar um advogado; (ii) valores muito elevados para propor ações judiciais; e (iii) desigualdade real entre os jurisdicionados dentro dos Estados.

Sobre os dois primeiros requisitos – diretamente relacionados ao aspecto econômico – destaca-se o caso *Cantos Vs. Argentina*, relacionado com a violação do direito de acessar à justiça pela exigência do pagamento de um valor exorbitante referente à taxa de justiça de um processo judicial. Nesta oportunidade, bem pontuou a Corte IDH (2002, p. 30):

55. Este Tribunal considera que, para satisfazer o direito de acesso à justiça, não basta que no respectivo processo seja produzida uma decisão judicial final. Também é necessário que os que participam neste o façam sem medo de serem obrigados a pagar quantias desproporcionais ou excessivas por ter recorrido aos tribunais. Esta última situação agrava-se na medida em que, para forçar o pagamento, as autoridades procedem à apreensão o patrimônio do devedor ou retirar a possibilidade de realização de negócios.

Assim, ao cobrar taxas excessivas, cria-se um óbice ao acesso à justiça. No mais, é preciso que o Estado tome medidas concretas para diminuir as diferenças entre os jurisdicionados. Neste âmbito, em um cenário em que as partes litigam com poderes diferentes, o princípio do contraditório e da ampla defesa serão violados. É interessante salientar o posicionamento da Corte IDH no caso *Ruano Torres e outros Vs. El Salvador* (2015, p. 44-45):

151. O devido processo legal está, por sua vez, intimamente ligado à noção de justiça, que se traduz em: i) acesso à justiça não apenas formal, mas também reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real dos litigantes, ii) o desenvolvimento de um processo justo, e iii) a resolução de controvérsias de forma que a decisão adotada está próxima do maior nível de correção do direito, ou seja, assegurar, na medida do possível, a sua solução justa.

152. [...] além disso, os elementos necessários devem estar presentes para que haja o maior equilíbrio entre as partes, para o a devida defesa de seus interesses e direitos, o que implica, entre outras coisas, que rege o princípio do contraditório.

A Corte IDH, desta feita, estabeleceu algumas obrigações para garantir que os Estados membros utilizem os tratados internacionais, opiniões consultivas e sentenças para guiar seus ordenamentos jurídicos quando as obrigações convencionais garantirem mais direitos aos jurisdicionados. Neste interim, surge o controle de convencionalidade, instituto atualmente utilizado por cidadãos como forma de parametrizar a utilização das normas mais benéficas.

3 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O controle de convencionalidade surge na perspectiva de uniformizar o ordenamento jurídico dos Estados-membros da OEA com as disposições das convenções, decisões e opiniões consultivas emitidas pela Corte IDH, que compõe o *corpus juris* internacional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos³.

Desta feita, os tratados se tornam “paradigma de controle tanto da produção normativa doméstica quanto da aplicação das normas vigentes no Estado” (Mazzuoli, 2022, p. 5). De tal sorte, imprescindível asseverar que este instituto é, por vezes, utilizado para afastar a arbitrariedade dos Estados.

O termo “*controle de convencionalidade*” foi utilizado pela primeira vez no voto apartado do juiz Sérgio Garcia Ramirez, no caso Myrna

3 O *corpus iuris* latino-americano é composto: (i) por todos os documentos internacionais firmados no âmbito do continente americano, com início pela assinatura da Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), até o momento presente, pela adoção dos Princípios Interamericanos sobre os Direitos Humanos de Todas as Pessoas Migrantes, Refugiadas, Apátridas e Vítimas do Tráfico de Pessoas (2019); (ii) as análises e os informes dos organismos de monitoramento criados no âmbito de determinados instrumentos normativos, como é o caso do Grupo de Trabalho do Protocolo de San Salvador (GTPSS); (iii) os estatutos e regulamentos dos órgãos de supervisão regional, tais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Pautassi, 2013. p. 61).

Mack Chang Vs. Guatemala, em 2003. Naquela ocasião, Garcia Ramírez asseverou (2003, p. 165):

27. Para os fins da Convenção Americana e o exercício da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, o Estado presta contas na forma integral, como um todo. Nesta ordem, a responsabilidade é global, diz respeito ao Estado como um todo e não pode estar sujeito à divisão de poderes indicada pela lei interna. Não é possível seccionar o Estado internacionalmente, forçar antes o Tribunal apenas a um ou alguns dos seus órgãos, entregar-lhes as representações do Estado no julgamento -- sem que esta representação tenha repercussão sobre o Estado como um todo - e retirar outros deste regime convencional de responsabilidade, deixando suas ações fora do “controle de convencionalidade” que traz consigo a jurisdição da Corte Internacional.

Nesta ocasião, Garcia Ramírez ressaltou a obrigação que os Estados possuem de adequar *integralmente* a legislação interna segundo os parâmetros estabelecidos pela convenção.

Anos depois, o controle de convencionalidade voltou a ser trabalhado na sentença do Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, ocasião em que a Corte IDH estabeleceu que a obrigação primária da realização do referido controle é do Poder Judiciário dos Estados e que este controle também deveria atingir a interpretação que a Corte IDH tem feito sobre a CADH. No espectro da evolução jurisprudencial, trata-se de uma das mais importantes decisões proferidas no contexto Latino-Americano.

Isto pois, por ser o Direito uma ciência social, é mister que a legislação acompanhe a evolução social. Em detrimento do fato de que o Sistema Interamericano é pautado no sistema *common law*, nada mais justo que realizar o exame de compatibilidade não apenas dos tratados, mas também do entendimento consolidado do órgão jurisdicional, visto que se trata de um sistema de precedentes.

Os *standards* interamericanos, a partir de então, tornaram-se padrões a serem de fato observados, obrigando o julgador nacional a decidir de acordo com os parâmetros do SIDH e não somente com o seu próprio entendimento. Tal posicionamento denota a busca pela uniformização da aplicação dos direitos humanos no cenário Latino-Americano, como uma forma de superar as barreiras que poderiam ser criadas

pelos próprios países como artimanhas para não observar as obrigações resultantes dos tratados.

Sobre esta decisão, acertadamente Mazzuoli (2022, p. 7):

Os juízes e tribunais internos, a partir do caso Almonacid Arellano, viram-se empoderados com a missão de aplicar – junto à Constituição e também às leis do Estado – os tratados de direitos humanos em detrimento das normas domésticas, quando mais benéficos aos direitos em jogo no caso concreto.

Ainda no ano de 2006, observando a importância do referido instituto, a Corte IDH voltou a se manifestar no Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru, de modo a reforçar e ampliar o entendimento ainda em formação (2006, p. 47):

128. Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que o efeito útil da Convenção não seja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e fim. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário **devem exercer** não somente um controle de constitucionalidade, senão também “de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Essa função não deve se limitar exclusivamente às manifestações ou dos atos postulantes em cada caso concreto.

Não obstante, é imprescindível destacar a ressignificação do entendimento da Corte IDH no sentido de que, a partir de então, o controle de convencionalidade passou a ser considerado um *dever* do Poder Judiciário e que, para além, deverá este atuar *ex officio*.

Por fim, no caso Cabrera Garcia e Montiel Flores Vs. México, a Corte consolidou o seu entendimento sobre o controle de convencionalidade das normas. Nesta ocasião, a Corte IDH afirmou que a verificação da compatibilidade das normas não era apenas dos juízes e tribunais: tornou-se *dever* dos juízes e dos órgãos relacionados à administração da justiça. Deste momento em diante, o Ministério Público passou a ter o *dever* de realizar o referido exame.

A partir do julgamento do caso *Gelman Vs. Uruguai*, em 2011, a Corte IDH incluiu na obrigação de controlar a convencionalidade das normas todos os órgãos do Estado. Evidente, todavia, que os órgãos do Estado alheios à administração da justiça deverão realizar o controle de convencionalidade na medida de suas competências. Portanto, diante desta decisão, vincularam-se também a Polícia Judiciária e a Defensoria Pública como órgãos ativos na proteção de direitos humanos e no cumprimento das obrigações convencionais.

Ademais, no caso *Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus Membros Vs. Honduras*, a Corte ampliou os instrumentos que devem ser atingidos pelo controle, sendo eles todos os padrões internacionais aplicáveis àquela matéria (leia-se *corpus juris* internacional). Em que pese a Convenção seja um instrumento de extrema importância, “*não é o único a ser levado a efeito em decisões internas e internacionais, pois há um mosaico pluriuno de tratados internacionais em matéria de direitos humanos [...]*” (Mazzuoli, 2022, p. 13).

Um precedente que revolucionou a doutrina do controle de convencionalidade surge no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*. No caso em questão, a Corte IDH ampliou os sujeitos obrigados a realizarem o referido controle. De 2016 em diante, todos os poderes e órgãos estatais em seu conjunto deverão realizar o controle de convencionalidade *ex officio* na medida de suas competências.

Desta forma, pode-se observar como a doutrina do controle de convencionalidade surgiu e evoluiu no decurso do tempo. A primeira decisão a mencionar o termo “controle de convencionalidade” é datada de aproximadamente 20 anos atrás. Hodiernamente, o referido instituto é obrigação de todos os agentes estatais, na medida de sua competência.

Esta evolução deixa evidente a importância do controle no pleno exercício dos direitos humanos na América Latina. Assim, ao tratar do controle de convencionalidade, os operadores do Direito não tratam de pura hierarquia normativa; mas sim da hierarquia entre seres humanos.

Não é incomum observar a atuação arbitrária de agentes estatais na garantia dos direitos mais básicos aos cidadãos. O caso *Tabares Toro e outros Vs. Colômbia* é um dos julgados mais recentes da Corte IDH. Tabares Toro era militar da Colômbia e no dia 28 de dezembro de 1997, em um acampamento na zona rural da cidade de *San Juanito*, por

volta da meia noite, houve a explosão de uma granada e três disparos foram deflagrados.

Deste momento em diante, Tabares Toro se encontra desaparecido. O governo colombiano afirmou que Toro teria lançado a granada no local em que se encontrava sua companhia, fugido e se unido às Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia. Todavia, os pais de Tabares apresentaram uma denúncia diante da justiça penal colombiana por desaparecimento e homicídio de seu filho.

O processo penal ainda segue em 2023 em fase de investigação. A Corte IDH já estabeleceu, por exemplo, parâmetros para delimitar a duração razoável do processo. Embora não exista o tempo exato para que a duração seja considerada razoável, é flagrante que o curso de 25 anos da ação penal viola a garantia prevista no art. 8 da CADH. Desta forma, o governo colombiano agiu de forma inconveniente ao não garantir as obrigações decorrentes da jurisprudência firmada pela Corte com relação à duração razoável do processo.

Assim, observa-se que o controle de convencionalidade é um instrumento aplicável a todos – ou quase todos – os casos em que se discuta a *suposta* violação de determinado direito humano. Poderia, não obstante, ser o referido instituto utilizado de forma a mitigar os direitos humanos?

4 O ARTIGO 29 DA CADH E O JULGAMENTO PRO PERSONA

O artigo 29 da Convenção Americana estabelece:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados [...]

A Corte IDH já se manifestou no sentido de proibir a interpretação de uma disposição da CADH para mitigar os direitos nela consagrados. A manifestação se deu no caso *Yatama Vs. Nicarágua*, oportunidade

em que o órgão jurisdicional assentou o entendimento de que a utilização meramente formal dos dispositivos previstos na CADH não é suficiente para satisfazer o seu real intento.

Neste sentido, não se pode limitar o alcance pleno dos direitos de forma que “sua regulamentação ou as decisões que sejam tomando adotando a CADH se convertam em um impedimento” (Corte IDH, 2005, p. 88) na participação democrática efetiva.

Neste ponto, é preciso ressaltar que a última manifestação da Corte IDH, relacionada à forma de interpretar a própria CADH, é anterior ao aparecimento do controle de convencionalidade no SIDH. A inércia do desenvolvimento de parâmetros no SIDH é um problema que deve ser amplamente discutido, em decorrência do fato de que a clara interpretação por parte dos julgadores sobre as normas da CADH é indispensável para que sejam corretamente observadas as obrigações dos Estados signatários – até mesmo para garantir a segurança jurídica no sistema e evitar as condenações internacionais.

O art. 29 b), por sua vez, trata do ponto nevrálgico para se discutir a possibilidade da verificação da compatibilidade vertical das disposições internas de um país com as obrigações estabelecidas nos tratados, opiniões consultivas e decisões emanadas da Corte IDH, uma vez que trata da vedação da utilização da CADH como instrumento limitador de outros direitos previstos nas leis nacionais ou outros tratados.

Desta obrigação se deriva o dever de realizar a interpretação *pro persona* ou *pro homine* em se tratando do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Diferentemente do art. 29 a), o art. 29 b) já foi consideravelmente mais discutido pela Corte IDH. A Corte estabeleceu obrigações gerais em três casos concretos.

A primeira disposição de obrigações gerais ocorreu no caso Povo Saramaka Vs. Suriname em 2008, oportunidade em que fora vedada a interpretação de qualquer disposição da CADH no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade positivados nas leis nacionais ou outros tratados.

No ano de 2013, foi estabelecido, no caso Massacre de Santo Domingo Vs. Colômbia, que, para se determinar a compatibilidade entre as ações e omissões estatais ou a legislação nacional com a CADH ou

demais tratados, a Corte poderá interpretá-las de acordo com a própria Convenção ou obrigações contidas em outros tratados.

Aproximadamente um ano depois, no caso *Rodríguez Vera e outros Vs. Colômbia*, a Corte reafirmou que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos poderá ser interpretada com base em outros instrumentos internacionais, desde que siga as regras dispostas na própria convenção, bem como na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT).

Desta forma, é possível elencar os seguintes parâmetros sobre o aspecto geral do art. 29 b) da CADH: (i) é proibida a interpretação de disposições da CADH no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade previsto nas leis nacionais e demais tratados; (ii) a Corte poderá se valer da CADH e demais tratados internacionais para verificar a compatibilidade entre as ações e legislações com as obrigações inerentes ao SIDH.

Isto posto, há de se observar que a Corte IDH divide sua jurisprudência no sentido de (i) conflito de normas positivadas em diferentes tratados internacionais de direitos humanos e (ii) colisão entre um tratado internacional de direitos humanos e as leis internas de um país.

Em se tratando da primeira hipótese, a Corte estabeleceu, no caso *Ricardo Canese Vs. Paraguai*, bem como na Opinião Consultiva 18/03, que em momentos em que exista conflito entre tratados de direitos humanos, deverá prevalecer a regra mais favorável à pessoa humana.

Ademais, sobre este tipo de conflito, o Tribunal Interamericano voltou a se posicionar no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*. Ao adotar disposições que sejam mais favoráveis à pessoa humana, nenhum Tribunal poderia decidir em casos concretos com base em norma mais restritiva. Assim, “não se permite uma interpretação que limite o gozo e o exercício dos direitos humanos” (2015, p.81)

Outrossim, em relação à hipótese de colisão entre os tratados de direitos humanos e as leis internas, a Corte IDH se manifestou em duas oportunidades. No caso *Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia*, estabeleceu-se que os tratados devem ser complementados pela legislação nacional nos casos em que esta também positive direitos consagrados nos referidos instrumentos internacionais. No caso *Flor Freire Vs. Equador*, a Corte estabeleceu que não é responsável por se pronunciar sobre os efeitos jurídicos das leis nacionais, atribuindo esta responsabilidade aos tribunais nacionais.

Ao se realizar uma breve análise dos casos acima elencados, é possível depreender que, em que pese o tema já tenha sido trabalhado no SIDH, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no momento, não é suficiente para garantir que a utilização do controle de convencionalidade sempre se dará a fim de promover os direitos humanos.

5 O CASO MOLLA SALI VS. GRÉCIA E SUAS IMPLICAÇÕES

Como ponto de partida, é imprescindível estabelecer que a utilização de parâmetros de outros sistemas de proteção aos direitos humanos é admitida no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, haja vista que, desde o caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, utilizam-se os precedentes de outros sistemas.

Isto posto, o caso *Molla Sali Vs. Grécia* é de notória relevância para o presente estudo. Chatitze Molla Sali era cônjuge de Moustafa Molla Sali, membro de uma comunidade muçumana da Trácia. Moustafa faleceu em 2008 e testou seus bens por instrumento público. O juízo homologou a pretensão de Moustafa e a esposa recebeu os bens da herança por direito e pagou os impostos devidos pelos bens por ela contraídos.

No ano seguinte, as irmãs de Moustafa ingressaram na via judicial tentando declarar o testamento inválido, sob a justificativa de que a sucessão dos bens de membros da referida comunidade era disciplinada pela Sharia e que a autoridade competente no caso era a autoridade religiosa, Mufti. A competência era atribuída pelo Tratado de Sàvre e do Tratado de Lausanne, ratificados pela Grécia.

No trâmite do processo, o juízo do primeiro grau realizou o controle de constitucionalidade e de convencionalidade, decidindo que a pretensão das irmãs violaria uma série de dispositivos relacionados aos direitos da personalidade. Ademais, a decisão de primeiro grau asseverou que a pretensão desprestigiaria os direitos civis dos muçulmanos. A Corte de Apelação da Trácia manteve a decisão.

A Corte de Cassação decidiu de forma diversa, utilizando o Tratado de Atenas, de 1913, para fundamentar a decisão. Na sentença, estabeleceu que a sucessão deverá ser “disciplinada pela lei islâmica, que não reconhecia a vontade do testador” (Silva, 2023, p. 235). O processo retornou à Corte de Apelação, que decidiu que os referidos tratados obje-

tivavam a proteção dos direitos dos gregos muçulmanos e recusou enviar o caso ao Tribunal de Justiça da União Europeia para analisar a compatibilidade do Tratado de Lausanne.

Outro recurso foi interposto e a Corte de Cassação manteve a decisão anterior, privando a senhora Chatitze de 3/4 (três quartos) da herança. O caso foi submetido ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que afirmou ser competente para julgar a causa. Outrossim, delimitou que as autoridades judiciais são responsáveis por realizar a interpretação das antinomias no âmbito nacional, de forma a não tomar decisões arbitrárias, irracionais e incompatíveis com a Convenção.

A Corte EDH analisou as disposições dos tratados e asseverou que não há qualquer obrigação de aplicar a Sharia ou que os muçulmanos se sujeitem ao Mufti, a autoridade religiosa. Pontuou que existe uma insegurança jurídica na Grécia na questão relacionada à Sharia e a aplicação dos tratados internacionais.

Salientou que não se pode privar os membros de uma minoria religiosa das próprias escolhas em detrimento a um tratado que determina uma conduta diversa. Isto pois, uma decisão que julga de acordo com um tratado de forma genérica desprestigia a autonomia da vontade das partes e pode ser arbitrária.

“O Estado não pode assumir o papel de garantir uma identidade minoritária em detrimento do direito de seus membros de escolher não pertencer ou não seguir seus costumes e regras” (Silva, 2023, p. 239). Ora, é desarrazoável forçar alguém a um regime de proteção de minorias estabelecidos em um tratado, pois esta decisão fere o princípio da autonomia da vontade.

Como bem asseverado pela Corte EDH, pairava sobre a Grécia uma insegurança jurídica no tocante aos casos de antinomia em que estivessem envolvidos os direitos dos muçulmanos. Como o Sistema Europeu de Direitos Humanos não estabeleceu um rito específico a ser seguido nestes casos, a decisão da jurisdição grega que, em tese, seria *pro persona* – assim como a previsão do art. 29 da CADH – trouxe sérios prejuízos à vítima.

Há de se concordar que a *ratio decidendi* visou proteger o direito das minorias. Não obstante, a falta de um procedimento específico para solucionar casos como o caso *Molla Sali Vs. Grécia* ocasionou a utilização dos instrumentos de proteção de direitos humanos como meio para deslegitimá-los.

Desta forma, é preciso que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como o Sistema Europeu de Direitos Humanos, estabeleça um rito especial para que a sentença proteja os direitos daqueles que se sentem ameaçados, caso figure uma violação latente de direitos humanos.

No SIDH é comum observar regras de procedimento, especialmente quando relacionadas aos artigos 8 e 25, que são os principais protetores do direito de acesso à justiça. Por exemplo, em se tratando de requisitos de admissibilidade de petições, a Corte IDH estabeleceu que petições em que não há o esgotamento dos recursos internos são admissíveis, desde que o Estado desrespeite o critério do prazo razoável.

O prazo razoável do processo foi criado por meio de uma série de decisões que produziram uma parametrização para aferir se o Estado cumpre com as suas obrigações convencionais. Divide-se em: (i) complexidade da causa; (ii) atividade processual do interessado; (iii) conduta das atividades judiciais; e (iv) dano causado pela demora excessiva, como bem asseverado nos casos *Genie Lacayo Vs. Nicarágua* e *Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*.

Ademais, no caso *Povos Indígenas Xucuru e seus membros Vs. Brasil* e no caso *Acosta Calderón Vs. Equador*, a Corte IDH subdividiu a complexidade da causa em: (i) complexidade da prova; (ii) pluralidade dos assuntos processuais ou número de vítimas; (iii) características dos recursos presentes na legislação interna; (iv) contexto fático; e (v) tempo transcorrido desde a violação.

Assim, é notável que a Corte IDH, para um assunto complexo, tenha estabelecido uma série de parâmetros a fim de guiar a decisão judicial que proteja os Direitos Humanos. Neste sentido, é preciso que o órgão jurisdicional se manifeste para guiar o julgador nas situações em que a aplicação do controle de convencionalidade ou das normativas nacionais parecem ser favoráveis ao jurisdicionado.

6 DAS POSSÍVEIS MITIGAÇÕES DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Desta feita, verifica-se que o acesso à justiça é um tema muito debatido no SIDH. Neste sentido, necessário ressaltar que o controle de convencionalidade é um instrumento legítimo criado para afastar as injustiças derivadas do ordenamento jurídico interno dos países.

Não obstante, existem situações em que aparentemente o controle de convencionalidade é o meio mais adequado para que se tutele o número mais amplo de direitos, mas, para a vítima, não – principalmente nos casos em que o conflito envolva os direitos disponíveis.

No caso dos direitos disponíveis, é possível se deparar com dois cenários: (i) ocasiões em que a vítima se manifestou sobre como deseja tutelar seus direitos; (ii) ocasiões em que a vítima se mantém silente e caberá à jurisdição formular a norma do caso, de forma que, para aquele que teve seu direito mitigado, a decisão reste frutífera.

Na primeira hipótese, se a vítima optou por um regime jurídico que lhe parece favorável, em se tratando de direitos disponíveis, não há o que se discutir acerca da aplicação de uma norma convencional. Isto pois, uma decisão que forçasse uma pessoa a escolher um regime jurídico diverso daquele originariamente pretendido viola o direito de escolha e as liberdades individuais, como ocorreu com o caso *Molla Sali Vs. Grécia*.

Na segunda hipótese, surge o principal objeto de discussão do presente trabalho. Como a jurisdição internacional (Corte IDH) deve agir diante desta situação? É preciso, portanto, estabelecer um procedimento a ser seguido, critérios a serem observados a fim de se aplicar a norma mais adequada ao caso.

Nas hipóteses em que a vítima está viva e capaz de se posicionar perante o juízo, recomenda-se: (i) realização de audiência para colher a opinião da vítima, estabelecendo-se, então, a norma do caso; (ii) julgamento do caso no sentido em que a vítima escolheu, por se tratar de direitos disponíveis.

Ainda neste cenário, é preciso que a Corte IDH aceite que a vítima participe por meio de audiência realizada por videoconferência, manifeste-se na forma escrita ou se mantenha inerte. Assim, não há a criação de óbices para o acesso à justiça. A Corte IDH se manifestou diversas vezes que, ao se privilegiar as formalidades sobre o acesso à justiça, afasta-se o sistema de seu real sentido: a proteção de direitos.

Deverão ser seguidos os seguintes procedimentos se a vítima está morta ou se encontra incapacitada de opinar: (i) análise do caso concreto; (ii) análise do contexto fático em que o país que supostamente violou direitos se encontra; (iii) requisição de posicionamento fundamentado sobre o assunto, de 05 (cinco) organizações nacionais relacionadas ao tema;

(iv) requisição de posicionamento fundamentado sobre o assunto de 02 (duas) organizações continentais relacionadas ao assunto; (v) contabilização e compreensão dos posicionamentos; (vi) julgamento.

A análise do caso concreto deverá ser realizada a fim de compreender qual regime jurídico foi aplicado e quais as consequências para a vítima ao adotar determinada legislação como norma do caso. Sobre o segundo requisito sugerido, isto é, a análise do contexto fático, deverá o juiz internacional compreender qual era o contexto sociocultural em que a vítima estava inserida.

É preciso compreender o contexto porque uma sentença realizada sob a ótica de uma pessoa alheia ao contexto sociocultural é mais propensa a ser arbitrária. Assim, pretende-se que o juiz internacional se revista, da forma mais genuína, das impressões e costumes das pessoas que buscam a jurisdição, para que possa chegar à norma do fato.

O terceiro e quarto requisitos são sugeridos, pois é razoável compreender que o juiz não irá conseguir compreender a integralidade de todas as diversidades culturais existentes na América que buscarem a jurisdição. Assim, ao requerer o posicionamento das organizações nacionais relacionadas com o assunto, tem-se como objetivo *guiar* a impressão subjetiva do magistrado, mas não *vincular* a decisão com o entendimento das organizações.

É nítido que a decisão judicial não poderá ser vinculada ao posicionamento das organizações, visto que, caso o procedimento assim fosse realizado, a *ratio decidendi* e o livre convencimento do magistrado poderiam ser suprimidos. O posicionamento das organizações serviria como um parâmetro para a decisão.

A contabilização e compreensão dos posicionamentos deverá ser realizada para verificar, dentre as organizações, qual é o posicionamento majoritário e qual é a fundamentação para utilizar norma *x* ou norma *y*. Dessa forma, o magistrado poderá observar as impressões subjetivas das organizações e formular a *ratio decidendi* da forma mais benéfica para a pessoa que buscou a jurisdição por se sentir violada em seus direitos.

Por fim, como último requisito sugerido, há a prolação da sentença que poderá utilizar os posicionamentos das organizações como *fundamentação idônea* para formular a norma do caso. Desta feita, com um procedimento bem delimitado, a segurança jurídica será uma garantia no SIDH e as decisões judiciais, em casos em que a antinomia é um grande problema, serão, na maioria das vezes, legítimas.

7 CONCLUSÃO

É preciso ressaltar que, com o presente trabalho, pretende-se contribuir com o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e não desvirtuar o propósito do controle de convencionalidade, traduzindo-o em mais uma defesa processual do Estado.

Portanto, há de ser considerada a seguinte sugestão para mitigação (ou não) do controle de convencionalidade em momentos em que a antinomia é evidente e que não é evidente qual das normas mais beneficia aquele que busca a prestação jurisdicional ou é representando por terceiro para ter seu direito tutelado em situações que envolvam direitos disponíveis.

Caso a vítima seja capaz de se posicionar: (i) deverá ser colhido seu depoimento; (ii) julgamento de acordo com o liame subjetivo da vítima. Caso a vítima se não se encontre capaz de se posicionar, o procedimento sugerido é mais robusto, visto que terceiros decidiram sobre um tema que, a princípio, era de competência unipessoal.

Isto posto, o procedimento sugerido nos casos em que a vítima se encontra incapacitada de se posicionar ou opta por não fazê-lo é: (i) análise do caso concreto; (ii) análise do contexto fático em que o país que supostamente violou direitos se encontra; (iii) requisição de posicionamento fundamentado sobre o assunto de 05 (cinco) organizações nacionais relacionadas ao assunto; (iv) requisição de posicionamento fundamentado sobre o assunto de 02 (duas) organizações continentais relacionadas ao assunto; (v) contabilização e compreensão dos posicionamentos; (vi) julgamento.

Ademais, é preciso que o Sistema Interamericano se posicione sobre o assunto e crie uma norma de procedimento a ser adotada em casos como os descritos acima para que a Corte IDH não prolate nenhuma sentença que mitigue os direitos que eram legítimos do peticionário.

REFERÊNCIAS

Corte EDH. **Caso Molla Sali Vs. Grécia**. Sentença de 18 de junho de 2020. Petição No.20452/14. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/w/molla-sali-v-greece-no.-20452/14->. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Acosta Calderón Vs. Equador.** Mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de junho de 2005. Série C No.129. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C No.154. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México.** Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C No.220. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Cantos Vs. Argentina.** Mérito, reparações e custas. Sentença de 28 de novembro de 2002. Série C No.97. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros Vs. Honduras.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 08 de outubro de 2015. Série C No.304. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso do “Massacre de Mapiripán” Vs. Colômbia.** Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C No. 134. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Flor Freire Vs. Equador.** Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 31 de agosto de 2016. Série C No.315. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Gelman Vs. Uruguai.** Mérito e reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C No.221. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua.** Mérito, reparações e custas. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Série C No. 30. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Massacre de Santo Domingo Vs. Colômbia.** Solicitação de interpretação da Sentença sobre exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 19 de agosto de 2013. Série C No. 263. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_263_esp.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala.** Mérito, reparações e custas. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C No.101. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 05 de fevereiro de 2018. Série C No.346. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Povo Saramaka Vs. Suriname.** Interpretação da sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Série C No.185. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai.** Mérito, reparações e custas. Sentença de 31 de agosto de 2004. Série C No. 111. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Rodríguez Vera e outros Vs. Colômbia.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 14 de novembro de 2014. Série C No.287. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_287_esp.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Ruano Torres e Outros Vs. El Salvador.** Mérito, reparações e custas. Sentença de 05 de outubro de 2015. Série C No.303. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Tabares Toro e outros Vs. Colômbia.** Mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de maio de 2023. Série C No.491. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_491_esp.pdf. Acesso em 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C No.318. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C No.158. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C No.192. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_192_esp.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C No.04. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 04 de julho de 2006. Série C No.149. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Caso Yatama Vs. Nicarágua**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de junho de 2023. Série C No.127. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

Corte IDH. **Condição Jurídica e Direito dos migrantes indocumentados**. Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A No.18. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; COSTA E FARIA, Marcelle Rodrigues; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em 28 ago. 2023.

PAUTASSI, Laura. Monitoramento do Acesso à Informação a partir dos Indicadores de Direitos Humanos. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 10, n. 18, p. 57-77, jun. 2013.

SILVA, Caíque Tomaz Leite da. **Da hierarquia à interconstitucionalidade**. 1. ed. São Paulo: *Tirant lo Blanch*, 2023.

VIEIRA, Gustavo Adolfo Menezes. **Acesso à justiça transnacional. O sistema interamericano e o processo Ximenes**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4100.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2023.

DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO À CONVENCIONALIZAÇÃO: A APLICABILIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

CINARA FURIAN FRATTON¹

PATRÍCIA CUNHA²

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, assim como ocorreu com outros sistemas jurídicos após os horrores perpetrados na 2ª guerra, adotou a constitucionalização como tendência, a partir da repersonalização consolidada no território nacional com o advento da Constituição Federal de 1988.

1 Mestranda em Direito (Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - PPGD/FMP. Especialista em Direito de Famílias e Sucessões pela Fundação Escola do Ministério Público. Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa: “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Direitos Transindividuais”, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, “Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação”, coordenado pelo Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho, do PPGD/FMP. 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. Eixo III – Família, sucessões, criança e adolescente e direitos transindividuais.

2 Mestranda em Direito pela Fundação do Ministério Público, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais (complementar) 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. Especialista em Direito e Negócios Imobiliários pela Fundação do Ministério Público. Sócia do Instituto Brasileiro de Direito de Família do RS. Promotora de Justiça. Currículo Lattes: endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/8450777960836983>. E-mail: pzcunha@mprs.mp.br. Eixo III – Família, sucessões, criança e adolescente e direitos transindividuais.

Esse marco jurídico promoveu verdadeira despatrimonialização do sistema e inseriu a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, adotando um movimento internacional que trouxe reflexos em todas as searas, chamando maior atenção, entretanto, para a área do Direito Civil, onde as questões patrimoniais mais usuais da sociedade se encontram inseridas e onde antes a autonomia da vontade imperava sem limites. Essa constitucionalização de todo o ordenamento jurídico atingiu também a seara mais privada do sistema: o Direito de Família. Todas as relações privadas, inclusive as mais íntimas, foram tocadas pela necessidade de harmonizar-se a interpretação das regras que lhes são pertinentes com os valores da nova ordem constitucional. Isso ficou bastante evidente na primazia que passou a gozar o respeito à dignidade da pessoa humana, em verdadeira reconstrução interpretativa que culminou numa maior proteção aos direitos humanos.

Todavia, o avanço de constitucionalização do ordenamento jurídico, hoje já consolidado após uma Carta Magna que conta com mais de 30 anos, não esgota as atuais expectativas de proteção de direitos humanos. A noção de que essa proteção deve ser feita também no âmbito internacional, exigindo dos Estados-Nações compromissos para uma proteção multinível, sugere uma nova etapa de internacionalização do direito constitucional.

Nesse contexto insere-se a questão do controle da convencionalidade e a necessidade de investigar se ele vem efetivamente ocorrendo no âmbito do Direito de Família. A pergunta ganha ainda maior relevância se consideramos que nem todos os ordenamentos jurídicos possuem a mesma visão de diversidade e flexibilidade desse conceito, sendo notório constatado que há países mais inclusivos e outros mais conservadores quanto ao Direito de Família.

No intuito de cumprir essa tarefa utilizou-se o método de pesquisa dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica e documental comparativa, além do exame da legislação pertinente, resultando no presente estudo descritivo e exploratório.

2 NOTAS SOBRE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade decorre da necessidade de ser analisada a compatibilidade do ordenamento jurídico interno com os instrumentos internacionais em que o Estado seja parte. Fundado nos princípios da *pacta sunt servanda* (observar as normas internacionais),

liberium consensus (efetividade da manifestação de vontade) e *bonam fidem* (natural cumprimento), o controle de convencionalidade determina a necessidade de que as Constituições, assim como as normas infraconstitucionais, respeitem as diretivas internacionais veiculadas em acordo, tratados e convenções, validamente firmados pelos Estados – Nações a ele submetido. (Leal; Alves, 2017).

Basicamente, duas são as correntes doutrinárias sobre a questão do controle de convencionalidade: para a teoria monista, tanto nas relações internas como nas internacionais, o Direito é visto de maneira una “e não comporta distinções, mas sim, duas esferas de ação: uma interna e outra externa; a primeira regulada em cada Estado pelo direito positivo; a segunda regida pelo direito internacional.” Já a teoria dualista pressupõe que as normas internacionais podem ser recepcionadas internamente, os sistemas não estão integrados, motivo pelo qual a “validade de uma norma aplicável no campo doméstico resulta da atividade legislativa do Estado, sendo irrelevante verificar-se os compromissos formais e políticos por ele assumidos na Comunidade das Nações.” (Rocha, 2021, p. 2-3).

No Brasil, o controle de convencionalidade foi explicitamente inserido por conta da alteração do artigo 5º da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 45, em 2004, que incluiu o § 3º, estabelecendo que os tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. A adesão à jurisdição da Corte Interamericana, por sua vez, ocorreu em 2002, a partir do Decreto Nº 4.463/2002. Cabe destacar que as competências da referida Corte são de ordem consultiva – quando os países buscam orientação para adotar em sua legislação interna; e contenciosa – sendo essa ligada aos julgamentos propriamente ditos, onde os Estados são julgados por violação levadas a conhecimento da corte. Essa vinculação direta está expressa na Convenção Americana do Pacto de San José da Costa Rica (Costa Rica, 1969).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mediante a recomendação nº 123, de 02 de janeiro de 2022 (Conselho Nacional de Justiça, 2023), determina a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), bem como a ne-

cessidade de controle de convencionalidade das leis internas. Além disso, estabelece que seja efetivada a priorização do julgamento dos processos em andamento, que sejam relativos à “reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos, determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos” (CNJ, Recomendação 123), em condenações envolvendo o Estado brasileiro” e que ainda não tenham sido cumpridas completamente.

É importante não confundir tal abordagem com as medidas de controle interno do sistema brasileiro, no qual o controle de constitucionalidade concentrado é exercido, em âmbito federal, pelo Supremo Tribunal Federal e, em âmbito estadual, pelos Tribunais de Justiça, ao passo que o controle difuso é operado pelos juízes e tribunais ordinários.

Na lição de Valerio de Oliveira Mazzuoli (2009, p. 130-131), a produção normativa nacional submete-se a duplo limite vertical, ou seja, o primeiro em relação à Constituição e aos tratados internacionais comuns, e o segundo em relação aos tratados internacionais comuns em vigor no país.

Para o autor (Mazzuoli, 2009), quanto ao primeiro limite, conforme previsão no texto constitucional, os tratados de direitos humanos serão aprovados a depender do quórum qualificado (art. 5º, § 3º, da CF/1988). Sem a maioria qualificada, a norma terá apenas status material constitucional, assegurado o controle somente difuso de convencionalidade. De outro lado, nas hipóteses em que houver a adesão pela sistemática do art. 5º, § 3º, os tratados embasarão tanto o controle concentrado como também o difuso de convencionalidade.

Por meio da ação direta de inconstitucionalidade, os legitimados previstos no art. 103, da Constituição Federal de 1988, poderão postular junto ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento dos tratados como paradigma de controle, a fim de verem suprimida “a validade de norma interna (ainda que compatível com a Constituição) que viole um tratado internacional de direitos humanos em vigor no país” (Mazzuoli, 2009, p. 137). Em relação aos tratados internacionais comuns, são eles instrumentos que possibilitarão o controle de supralegalidade das normas infraconstitucionais. A incompatibilidade destas com os conceitos inseridos naqueles acarretará a invalidação de disposição legal em favor da incidência do tratado (Mazzuoli, 2009).

Portanto, o controle de convencionalidade consiste em compatibilizar a legislação nacional não apenas com a Constituição Federal, mas também com tratados internacionais que tenham sido firmados pelo Brasil. Há quem sustente que essa forma de controle internacional é resultante de uma tendência de “mitigação do estadocentrismo e pelo fortalecimento do *human rights based approach*, traduzido na força catalisadora da dignidade humana advinda da internacionalização dos direitos humanos” (Ribas, 2016, p.15), que passaram a atuar com maior força, pressionando os Estados por vetores externos.

Esse controle ocorre quando os tribunais locais aplicam a Convenção Americana de Direitos Humanos ou outros tratados internacionais vinculados ao bloco de constitucionalidade, fazendo uso dessas disposições supranacionais para, no caso concreto, proteger os direitos da pessoa humana, deixando de fazer uso do direito interno após verificar que a regra nacional que seria aplicada conflita com a proteção fornecida pela convenção ou pelos tratados firmados. O controle de convencionalidade está previsto no art. 5^a da CF/1988, que estabelece que os “tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (Guerra, 2018, p. 488).

O parágrafo foi inserido pela Emenda Constitucional nº 45, no ano de 2004, e estabeleceu a “necessidade de uma hermenêutica de integração entre a norma internacional e o ordenamento jurídico interno, a fim de reconhecer e efetivar os direitos e compromissos assumidos pelo Estado” que tenha sido signatário (Leal, 2017).

Mas a importância do controle extrapola o território brasileiro, passando-se, dentro do que se propõe o presente artigo, a investigar como foi ele aplicado em dois casos envolvendo questões ligadas à matéria do direito de família.

3 O CASO BRASILEIRO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AUDITIVAS PASSÍVEIS DE EXCLUSÃO DO DIREITO DE RESERVA DE VAGA NO SERVIÇO PÚBLICO

Em 2020, situação envolvendo uma pessoa com deficiência auditiva passível de correção por meio de uso de aparelho auditivo e o direito à reserva de vagas no serviço público foi um caso emblemático de

controle de convencionalidade ligado à alegação de exclusão. Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 4388 (Brasil, 2020), o Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu que a lei estadual de Goiás era inconstitucional, por configurar violação formal e material em relação aos dispositivos 7º, XXXI (proibição de discriminação dos critérios de admissão e do salário da pessoa com deficiência, 23, II (prevê a competência comum da União, dos Estados e Municípios no tocante ao cuidado da saúde daquelas), 24, XIV (previsão de competência comum de legislar sobre a saúde e assistência das pessoas com deficiência), 37, VII (direito de greve limitado pelos termos da lei), 203, IV (a assistência social voltada à habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e promoção à vida em comunidade e 227, II (criação de programas de prevenção e atendimento especializado às pessoas com deficiência, por meio de treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação), todos da Constituição Federal.

De acordo com o julgado, os artigos 3º, § 1º, e 4º, incisos I e II, da Lei 14.715, de 05 de fevereiro de 2004, do Estado de Goiás, limitavam o conceito de deficiência, no caso, deficiência auditiva, ensejando a declaração de violação e as consequências daí decorrentes. Conforme a Ministra Relatora, Rosa Webber, a legislação estadual de Goiás violou o princípio constitucional de igualdade, da proteção da dignidade humana, sendo então reconhecida sua inconstitucionalidade material por deixar de promover a inclusão das pessoas com deficiência, conforme ditames constitucionais.

Reconheceu-se também a inconstitucionalidade formal, sob a alegação de que, em razão do estabelecido no artigo 24, XIV, da Constituição da República, a competência é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a proteção e a integração social das pessoas com deficiência.

Segundo o voto, uma vez que as normas gerais cabem à União e ao Estado, seria permitido o exercício da competência legislativa, quando inexistisse legislação federal regulamentadora das diretrizes gerais. Na situação em exame, ao tempo da vigência da lei estadual impugnada, já existia a Lei Federal n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispunha sobre o apoio às pessoas com deficiência, sua integração social; sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de

Deficiência (Corde), regulamentada pelo Decreto n. 3.298/99; instituía a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas e disciplinava a atuação do Ministério Público, definindo crimes e outras providências.

Relativamente à inconstitucionalidade material, recordou a decisão que o Decreto n. 3.298/99, vigente à época da promulgação da lei impugnada, estabelecia nos artigos 3º e 4º definições sobre a deficiência, estipulando que a pessoa com deficiência se enquadra nas categorias:

[...] I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização da comunidade;
- d) utilização dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências (Brasil, 2020, p. 9-10).

Entendeu-se que a lei estadual avançou de forma indevida quanto ao que estava previsto no Decreto. Para além disso, a decisão considerou que, após a edição da lei goianense, havia sido incorporada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas Com Deficiência (CIDPD), ingressando no ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia constitucional, em razão do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, o que deveria ser respeitado.

Assim, a questão em análise, na ocasião, deveria observar o artigo 1º da Convenção, que tinha o claro propósito de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência” (United Nations, 2007) com vistas a difundir a dignidade inerente a essa categoria de pessoas. O conceito de pessoas com deficiência, de acordo com o texto da Convenção, são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Para Amita Dhanda (2008, p. 43-59), a Convenção ressaltou a alteração de tratamento da assistência para o reconhecimento dos direitos civis e implementou a igualdade como paradigma para conceder os mesmos direitos às pessoas com deficiência, “reconheceu a autonomia com apoio para pessoas com deficiências e, sobretudo, tornou a deficiência uma parte da experiência humana.”

Aduziu-se, então, que no artigo 27, alínea “g”, da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência (United Nations, 2007), há determinação clara de que tais pessoas devem ser integradas no serviço público. Sendo assim, com fundamento no conceito de pessoa com deficiência oferecido pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, reconheceu-se que o sentido amplo e o conjunto dos dispositivos arts. 7º, XXI; 37, VIII; 203, IV; e 227, II, da Constituição Federal, autorizavam inferir “a plena integração dos portadores de deficiência na sociedade, inclusive no que atine ao aspecto econômico, viabilizado por meio do acesso a cargos públicos mediante a reserva de vagas” (Brasil, 2020).

Frente às premissas constitucionais, os Estados não estavam autorizados, portanto, a restringir a esfera de proteção, tampouco colocar barreiras à construção de um ambiente integrador. Segundo a Relatora, a previsão, em abstrato, de que não seria considerado deficiente quem se valesse de métodos “corretivos” da deficiência, revelaria a fixação indevida de parâmetros de aferição - o que a levou a reconhecer que atuação legislativa havia imposto critérios restritivos que fragilizavam o princípio constitucional da isonomia e a proteção à dignidade humana.

A Convenção de Nova Iorque foi o primeiro documento de direitos humanos e liberdades fundamentais em nosso ordenamento jurídico que foi aprovado por ambas as Casas Legislativas, com votação de três quintos, alcançando *status* constitucional, conforme o rito previsto no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal. A Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146, de 05 de janeiro de 2015) avançou para consolidar a autonomia do sujeito rumo à concreta e maior independência, trazendo “a derrocada do sistema protetivo pautado na substituição de vontade para um sistema de apoios” (Menezes, 2016, p. 31-57).

Por considerar a violação ao instrumento internacional - a Convenção das Pessoas com Deficiência - a decisão adotou o controle de convencionalidade para reputar a legislação estadual em desconformidade, tanto no plano interno, com os dispositivos constitucionais, como no externo, através de instrumento internacional, demonstrando que o Brasil já começava a absorver o controle multinível ao reconhecer que a norma estadual estava em desacordo às diretrizes internacionais. Nessa linha, de modo algum a deficiência auditiva, ainda que corrigida, poderia ser barreira a impedir a reserva de vagas em serviço público.

4 O CASO ARGENTINO DA ADOÇÃO COM SUSPEITA DE IRREGULARIDADE

O caso conhecido como “Fornerón e filha contra a Argentina” diz respeito à situação da filha biológica de L. J. Fornerón³, que foi entregue pela mãe, ao nascer, para adoção. Embora logo após o nascimento o pai tenha buscado o reconhecimento da paternidade e a regulamentação da convivência, durante mais de dez anos, Fornerón não obteve

3 O sobrenome é utilizado porque já é conhecimento público, uma vez que a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos faz uso dessa forma de identificação do precedente.

sucesso em sua pretensão e se viu afastado da menina por todo esse tempo (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012). Em 2005, a criança foi adotada por um casal, que a recebeu, primeiramente, através da concessão de uma guarda.

Denunciado o fato à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), restou reconhecida a existência de violação ao direito da criança de ser mantida no núcleo familiar de origem. Tal espécie de retirada, autorizada apenas de forma excepcional e temporária, é amparada em situações em que o interesse superior da criança é o vetor que autoriza essa modificação, de acordo com o artigo 17 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). No caso, entendeu-se que as medidas eleitas, de guarda e posterior adoção, não tenderam ao melhor interesse da criança, acarretando violação que foi reconhecida no julgamento ora apreciado.

A Corte abraçou a ideia de violação do direito de proteção à família porque a separação familiar não fora realizada de modo excepcional, sobretudo porque o pai biológico se fazia presente e manifestara reiterada oposição à guarda e à adoção. Consta na decisão que tanto a guarda como a subsequente adoção foram levadas a efeito ignorando a vontade do pai, o que fere o artigo 9º da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012).

O alcance do princípio do melhor interesse da criança, de acordo com o Parecer Consultivo nº 17 de 2002, determina, dentre as obrigações, o desenvolvimento e o fortalecimento no seio familiar, representando grave interferência quando há a divisão de uma família.

Outro fator considerado na decisão proferida diz respeito ao direito à identidade familiar, que consiste dentre outros elementos, “o direito às relações em família, na medida em que as relações familiares e os aspectos biológicos da história de uma pessoa, particularmente de uma criança, constituem parte fundamental de sua identidade” (Schweikert, 2021, p. 6). A ausência de convivência familiar no seio de sua família deve ser justificada, pois ceifa o direito de identidade da criança e do adolescente. Incumbe a toda a sociedade envidar esforços para que haja a tutela adequada nesse sentido, conforme diretrizes constitucionais expressas, nos termos do artigo 227, da Constituição Federal de 1988. Assim, a desconsideração da origem é medida excepcional que precisa estar motivada na proteção da criança e do adolescente.

No caso, a decisão proferida registrou a infringência ao direito de identidade, pela impossibilidade da criança crescer junto à sua família biológica e pela supressão de relações familiares correspondentes. Extrai-se da sentença:

A identidade pessoal está intimamente ligada à pessoa em sua individualidade específica e vida privada, sustentadas ambas em uma experiência histórica e biológica, bem como na forma em que este indivíduo se relaciona com os demais, através do desenvolvimento de vínculos no plano familiar e social. É por essa razão que a identidade, apesar de não ser um direito exclusivo das crianças, acarreta uma importância especial durante a infância.⁹⁵ As circunstâncias do presente caso implicaram que M crescesse desde seu nascimento com a família B-Z. Este fato gerou que o desenvolvimento pessoal, familiar e social de M fosse levado a cabo no seio de uma família distinta à sua família biológica. Do mesmo modo, o fato de que em todos estes anos M não teve contato ou vínculos com sua família de origem não lhe permitiu criar as relações familiares juridicamente correspondentes. Deste modo, a impossibilidade de M de crescer com sua família biológica e a ausência de medidas dirigidas a relacionar o pai com sua filha afetou o direito à identidade da criança M, além de seu direito à proteção familiar (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012, p. 36).

Por tais motivos, a Argentina foi condenada a várias medidas, dentre elas: a) adotar providências para restabelecer procedimento voltado à “efetiva vinculação de Fornerón e sua filha;” b) apurar as responsabilidades dos servidores públicos ligados ao caso; c) implementar medidas legislativas que tipifiquem a venda de crianças; d) aderir a curso obrigatório ou programa direcionado a materiais sobre os direitos da criança obrigatório aos membros de Justiça; e) publicizar a sentença e assumir a responsabilidade do caso e, por fim, pagar indenização (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2012).

Esse é mais um exemplo do uso do controle de convencionalidade no âmbito do direito de família, destacando-se a exigência de aplicação do fundamento do interesse superior da criança, com reconhecimento de que os vínculos biológicos não podem sofrer ruptura injustificada. A decisão alinha-se à Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 1989, que contém previsão expressa

do princípio do melhor interesse da criança no artigo 3º, alínea 1: “todas as ações relativas as crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança” (Unicef, 1990).

De acordo com Florenzano (2021), apesar do melhor interesse da criança não se encontrar expresso na Constituição Federal Brasileira, sua observância é imposta exatamente em razão da Convenção Internacional de Haia, em seu artigo 3º, que estabeleceu o *best interest of the child* como diretriz internacional a ser seguida pelas nações que a receberam.

Thadeu (2015), por sua vez, refere que a Convenção seria como um aceite de diversas nações com o compromisso de promoção do pleno desenvolvimento das crianças através da garantia de seus direitos reconhecidos, destacando que, para tanto, os Estados-Partes superariam diferenças culturais para fazer prevalecer o interesse desses incapazes que necessitam de proteção. Invocando Cillero, a autora salienta a concepção de um conceito de relativismo cultural.

Elisa Costa Cruz (2019, p. 130) defende que o princípio do melhor interesse da criança exige uma das particularidades, igualdades e também das diferenças, com enfoque da eliminação de estigmas e preconceitos sociais como motores de cuidados, referindo-se ao caso mencionado como um equívoco do procedimento jurisdicional original, em virtude da negativa de acesso do pai ao vínculo de paternidade e à falta de implementação do regime de convivência porque “se considerou que suas relações afetivas não eram estáveis o suficiente para permitir a vinculação a uma criança”.

É dever familiar a proteção do “desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do filho, em condições de dignidade”, sendo direito da criança e do adolescente à convivência familiar. Além disso, nos dizeres de Conrado Paulino da Rosa (2022, p. 153), em caso de omissão, no que diz com os direitos da personalidade, há reconhecimento de punição, conforme a leitura dos artigos 3º, 4º e 5º, da Lei Nº 8.068/90.

Justamente pela ausência da proteção da convivência familiar entre a criança e o seu pai, no caso trazido pela Corte, que se constata a violação aos direitos da criança e do adolescente, com reflexos na proteção do melhor interesse da criança e, não menos importante, na infringência do princípio da dignidade da pessoa humana. O controle da convencio-

nalidade é instrumento eficiente para que a proteção dessa categoria de vulneráveis avance ainda mais, para além da tutela expressa que alcançou o direito das crianças e adolescentes no texto constitucional.

5 ANÁLISE DA PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS E A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

Ambos os precedentes mencionados acima demonstram que o controle de convencionalidade é hoje instrumento relevante para prevenção de repetidas violações, exercendo um efeito educativo em relação às nações que sofram sanções.

Os dois casos trazem discussões que envolvem o direito de família, e que foram objeto de um controle que ultrapassa as fronteiras da interpretação do arcabouço normativo de cada um dos respectivos países.

No Brasil, embora o controle ainda não seja frequentemente utilizado, inúmeras iniciativas estão sendo adotadas para disseminar o conceito da convencionalidade junto ao sistema judicial.

Como referem Gonçalves, Dantas e Santos (2019), foi a partir do julgamento do Habeas Corpus nº 72.131 que se estabeleceu um marco relevante nesse sentido, porque ali o Supremo Tribunal Federal passou a adotar a teoria que admite que tratados internacionais ratificados tenham supremacia sobre leis infraconstitucionais. A partir do julgamento, a Corte reconheceu que a adesão ao Pacto de São José da Costa Rica tornava inválida a norma brasileira que previa a possibilidade de prisão civil exclusivamente fundamentada na existência de dívida, excepcionando, todavia, a autorização para o caso de dívida alimentar. Embora não unânime, a decisão demonstrou o reconhecimento da convencionalidade no sistema brasileiro.

Com tal fundamento, afastou-se a possibilidade de prisão civil para a hipótese do depositário infiel no Estado brasileiro, realizando-se um controle da legislação interna a partir do reconhecimento de que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos se mostrava incompatível com a regra brasileira (Ramos, 2009).

Por coincidência, nesse julgamento, o STF traçou um comparativo entre a Constituição Federal brasileira e a Constituição Argentina. Como ensina Ramos (2009, p. 243), na ocasião, o Supremo Tribunal Federal

destacou que a norma argentina “consagrou expressamente a hierarquia constitucional dos tratados de Direitos Humanos”, num exemplo de que “quando o constituinte almeja estabelecer um status normativo diferenciado aos tratados de Direitos Humanos, ele assim o faz expressamente”

Ramos assim esclarece que essa conclusão encontra divergências, pois há quem sustente que mesmo quando não há previsão expressa sobre os tratados, são eles absorvidos “automaticamente as normas de tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados” (Ramos, 2009, p. 243). como ocorre em relação ao art. 5º, §§ 1º e 2º do texto constitucional:

A visão tradicional acima mencionada do STF no que tange aos tratados de Direitos Humanos passou por forte revisão. No recém julgado R.E 466.343, simbolicamente também sobre a prisão civil do depositário infiel, a maioria de votos sustentou novo patamar normativo para os tratados internacionais de Direitos Humanos, inspirados pelo § 3º do art. 5º da CF/88 introduzido pela EC 45/04.13/14 A nova posição prevalecente no STF foi capitaneada pelo Min. Gilmar Mendes, que, retomando a visão pioneira de Sepúlveda Pertence (em seu voto no HC 79.785-RJ15) sustentou que os tratados internacionais de Direitos Humanos, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional no rito especial do art. 5º, § 3º da CF/88, têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei.¹⁶ No mesmo sentido formaram a nova maioria os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Esta corrente, agora majoritária, admite, contudo, que tais tratados tenham estatuto constitucional, desde que aprovados pelo Congresso pelo rito especial do parágrafo 3º ao art. 5º (votação em dois turnos nas duas Casas do Congresso, com maioria de três quintos) (Ramos, 2009, p. 244).

A Constituição Federal conferiu proteção, com mais seriedade, as crianças e os adolescentes, reconhecendo a dignidade humana em favor de todos os membros que compõem o núcleo familiar, os quais são tutelados com o respeito e consideração. O controle de convencionalidade surge como “meio de efetivar todas as conquistas lançadas além-fronteira e que venha aprimorar o arcabouço da legislação interno de cada país” (Serejo, 2018, p. 135).

Em ambos os casos analisados neste artigo, verifica-se que há preocupação com a proteção de direitos fundamentais relacionados a duas

categorias de pessoas vulneráveis inseridas no direito de família, vale dizer, as pessoas com deficiência e a população de crianças e adolescentes. Embora no Brasil haja mecanismos internos de tutela especial através das Leis nº 13.146/15 e a Lei nº 8.068/90 para tais grupos, os parâmetros internacionais como um controle eficiente e verticalizado da violação a tais direitos.

6 CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou investigar sobre a adoção do controle de convencionalidade aplicado a situações regradadas pelo Direito de Família.

Dois casos foram utilizados como exemplos desse uso, sendo um deles referente à violação contra criança na Argentina e o segundo relacionado à violação de direito de pessoa com deficiência.

As Constituições desses dois países têm regramentos distintos sobre a convencionalidade e, apesar de ambas terem inserido a pessoa humana como peça central dos seus ordenamentos jurídicos, o respeito a convenções ainda não se encontra devidamente consolidado. Paulatinamente, a medida que decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos comecem a tornar-se mais conhecidas e frequentes, é previsível que essa forma de controle internacional ingresse na rotina dos tribunais, já que, ainda que a Corte Interamericana tenha um caráter subsidiário, vem se mostrando cada vez mais ativa frente às violações.

Também no âmbito interno das Supremas Cortes essa ferramenta de controle vem sendo estimulada entre julgadores. No Brasil, são dignas de reconhecimento iniciativas recentes tomadas nesse sentido, tais como a Recomendação nº 123 DO Conselho Nacional de Justiça e o Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos, que premiou decisões que fizessem uso de jurisprudência oriunda do Sistema Interamericano e que tivessem um impacto transformador.

Diante de tais movimentos, conclui-se que a proteção multinível proporcionada pelo controle de convencionalidade, embora ainda não tenha sido totalmente absorvida no sistema judicial brasileiro é uma realidade que não retrocederá e que ela pode e deve ser utilizada em todas as áreas do direito, inclusive na esfera privada da família.

Percebe-se que o incremento do uso desse controle dependerá de constante impulsionamento e pela disseminação de seu conceito aos estudiosos e operadores do direito, dependendo de um maior diálogo entre Cortes para a união de forças que atinjam a construção do efetivo respeito global aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de la Nación**. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2014. Disponível em: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf Acesso em: 01 set. 2022.

AL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare Alves. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. **Revista de Investigações Constitucionais**. 4. jan. apr. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/xVJK8C3JkfdRZsmkn3x799n/?format=html>. Acesso em: 01 dez. 2022.

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: 06 set. 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/2002/110406compilada.htm Acesso em: 06 set. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PLENO). **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 4388/GO**. Alegação de inconstitucionalidade formal e material de parte do §1º do artigo 3º, bem como dos incisos I e II do artigo 4º da Lei nº 14.715, de 04 de fevereiro de 2004, do Estado de Goiás por violação do princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do quanto dispostos nos arts. 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 203, IV; e 227, II, da Constituição da República. Inconstitucionalidades formal e material reconhecidas. Relator Ministra Rosa Webber. Julgada em 3 mar. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752208097> acesso em: 01 dez. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Recomendação nº 123**, de 7 de janeiro de 2022. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1519352022011161dda007f35ef.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Fornerón e Filha vs. Argentina**. Sentença de 27 de abril de 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/243ecec4f953d67235ad0f29d92b0ab5.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2023.

COSTA RICA. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 28 ago. 2023.

CRUZ, Elisa Costa. A vulnerabilidade de Crianças na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Análise de Casos e Formas de Incorporação no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 999, p. 117-137, 2019.

DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 5, n. 8, p. 43-59, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/7JddmytChKKbq8JD5RQd9jv/abstract/?lang=pt>. Acesso em 19 jan. 2023.

FLORENZANO, Beatriz Picanço. Princípio do melhor interesse da criança: como definir a guarda dos filhos? INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM. **Revista IBDFAM**. [S.l.]. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1653/Princ%C3%ADpio+do+melhor+interesse+da+crian%C3%A7a+como+definir+a+guarda+dos+filhos%3F>. Acesso em: Última consulta em 20 set. 2023.

GONÇALVES, André Luis Matos; DANTAS, Bruno e SANTOS, Julio. A possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade pelos Tribunais de Contas brasileiros. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 19, n. 223, p. 27-41, set. 2019. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/artigos/a-possibilidade-de-aplicacao-do-controle-de-convencionalidade-pelos-tribunais-de-contas-brasileiros>. Acesso em: 18 ago. 2023.

GUERRA, Sydney. Supremo Tribunal Federal e o Controle de Convencionalidade: um estudo em comemoração aos 30 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista Jurídica**. vol. 04, n°. 53, Curitiba, p. 467-496, 2018. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3228/371371744>. Acesso em 18 ago. 2023.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. v. 889, p. 105 – 148, 2009.

MENEZES, Joyceane 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, 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/53>. Acesso em: 20 dez. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**. [S. l.], v. 104, p. 241-286, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857>. Acesso em: 28 ago. 2023.

RIBAS, Ana Carolina. **Premissas e implicações do controle de convencionalidade**: um olhar sob o ângulo interno. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46294/90.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 ago. 2023.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. Controle de Convencionalidade e sua Projeção no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Uma Mirada sobre a Eficácia dos Tratados de Direitos Humanos na Positividade Nacional. **Rev. Pan-Americana de Direito**. Curitiba. v.1, p. 01-46, ed. 16, 2021. Disponível em: [file:///C:/Users/2668890/Downloads/16-Texto%20do%20Artigo-45-1-10-20211122%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/2668890/Downloads/16-Texto%20do%20Artigo-45-1-10-20211122%20(1).pdf). Acesso em: 21 ago. 2023.

ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda Compartilhada Coativa**: A efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. São Paulo: Justaposto, 4ª ed. 2022.

SCHWEIKERT, Peter Gabriel Molinari. O Controle das Intervenções no direito à convivência familiar à luz do *cor juris* internacional dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes. **Cadernos Eletrônicos Direito Internacional sem**

Fronteiras. v. 3, n. 2, ed.10, jul-dez, 2021. Disponível em: <https://www.cadernos-eletronicosdisf.com.br/cedisf/article/view/152> . Acesso em: 21 set. 2023:

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da família.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2018.

THADEU, Laura Brum. A aplicação da convenção internacional de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças à luz do princípio do melhor interesse da criança. **Lume.** Repositório Digital. p. 25. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/143637>. Acesso em: 23 ago. 2023.

UNICEF. Fundo das Nações Unidas para a Infância - Unicef. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Organizações das Nações Unidas-ONU, 2 de setembro de 1990. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 18 ago. 2023.

UNITED NATIONS – UN. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities(CRPD).** New York, NY, USA, 2007. Disponível em: <https://social.desa.un.org/issues/disability/crpd/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-crpd>. Acesso em: 19 ago. 2023.

DERECHO HUMANO A LA FAMILIA: NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. DESAFIOS Y LOGROS OBTENIDOS EN EL SIGLO XXI

ELENA DE LOS ÁNGELES GARCÍA VELÁZQUEZ¹

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO²

1 INTRODUCCIÓN

El objetivo general es analizar el derecho humano a la familia en la niñez y adolescencia, así como los desafíos y logros obtenidos en el siglo XXI en relación con este tema tan importante, mediante un estudio teórico que se apoya en diversas áreas del conocimiento, en particular en el campo de la ciencia jurídica, para analizar este derecho humano. Además, se hace referencia a la importancia de tener en cuenta diversas ramificaciones de estudios previos para comprender mejor las vertientes y desventajas de los grupos sociales vulnerables.

Las más recientes perspectivas sobre los derechos humanos han comenzado a dar apertura a la reflexión a llegar a lugares antes inexplorados. Los derechos humanos siempre han estado a lo largo del tiempo, evolucionando, en contrapartida no se han tomado en cuenta con la relevancia que merecen o si, pero a conveniencia de ciertos grupos. Gracias a las modificaciones que van de la mano con hechos históricos que se identifican con reivindicaciones sociales. Con el paso de las sociedades tanto

1 Licenciada en derechos Humanos del Centro de Estudios para la Construcción de Ciudadanía y la Seguridad de la Universidad Autónoma de Chiapas.

2 Investigador Nacional del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel I, Doctor en Derecho Público, profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas y profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Vicepresidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Director de la Revista Primera Instancia. Contacto: alfonso.martinez@unach.mx. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0367-4716>

rurales como industrializadas ha abierto brecha a exigir justicia de tipo laboral y de otras demandas de naturaleza similar. Conlleva a la aparición de los derechos sociales y esto fue resultado y consecuencia de la defensa de los derechos de los obreros y campesinos.

Bajo ese mismo tenor no debe perderse la línea de los derechos de carácter político y el reconocimiento de la igualdad entre las personas sin importar su nacionalidad, credo político o religión. Esto es por la gran influencia que desbordaron los derechos políticos y civiles esto dentro de una gran cantidad de tratados y declaraciones a nivel internacional. Por ejemplo, si citamos la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH) que consignó en su artículo 24 que todas las personas son iguales ante la ley. A consecuencia de ello se tiene derecho, sin discriminación a igual protección de la ley.

Así mismo si se ve como estos derechos han tenido una evolución paulatina e histórica, se han forjado al carácter de reclamaciones de parte de las sociedades.

Dejar en concreto el reconocimiento de los derechos humanos, hay otra forma de tener acercamiento a hacer un análisis en tema de derechos humanos. Y si bien es cierto que han tenido una evolución histórica como se ha dicho con anterioridad, ha llevado a que tenga lugar en la literatura y expresiones doctrinales de quienes han estudiado este eje temático a lo largo del tiempo.

En el presente estudio se apuntala a una mejor manera de la importancia que tiene el eje temático de los derechos humanos, que puedan visionar que los derechos humanos deben alimentarse y fortalecerse en diversas áreas del conocimiento, sobre todo en particularidad en el determinado campo de la ciencia jurídica, esto abogando a su reconocimiento y protección. Siempre es importante tener diversas ramificaciones de estudios previos como por ejemplo si hablamos de los derechos de los migrantes debemos tener conocimiento a los estudios de previos de antropología, sociología y economía por citar un ejemplo al igual que si hablamos de los derechos humanos de la tercera edad se debe de tener en cuenta las ramas de estudio de medicina y específicamente geriatría, estas ramas de estudio nos ayudan a comprender más cuáles son las vertientes y desventajas e incluso requerimientos que necesitan estos grupos sociales.

La problemática más grande y que día con día se hace evidente en nuestras sociedades por el abandono de ancianos, niños y personas con capacidades diferentes llamo mucho mi atención, y por ello se propone el estudio de estos fenómenos a la plena luz de los derechos humanos. Es importante señalar que este interés y la experiencia en el ámbito del derecho civil motiva a intentar este abordaje jurídico desde la convergencia de los derechos humanos y su tratamiento en el campo del derecho privado. Este fue el reto inicial: El poder abordar los derechos humanos desde una perspectiva que podría verse ajeno como es el derecho civil (Bernal Suarez, 2017, p. 11). El objetivo de este estudio comenzó a formarse desde estas reflexiones iniciales: existe el derecho de familia como rama del derecho privado que estudia todo lo concerniente a la filiación, la adopción y en general el estatus de las personas. Sin embargo, se advierte una zona bastante oscura por cuanto hace al tratamiento de un derecho que parece esencial y que, por serlo, merece ser tratado desde la óptica de los derechos humanos; es referirse al derecho de toda persona a tener una familia. Pero todavía más específico y, desde luego, con mayores exigencias, el derecho de los grupos vulnerables a tener una familia.

Así mismo, pudiera deducir que hay imprecisiones pues no se trata de demostrar que un niño, por ejemplo, tiene derecho a los alimentos o a los cuidados de sus padres; no, se trata de anclar en la doctrina de los derechos humanos un nuevo derecho esencial que más allá del derecho privado, sea capaz de otorgar y reconocer a los seres humanos el derecho fundamental a una familia. Esta exploración teórica, acompañada con el principio o la idea de la vulnerabilidad, han sido los grandes ejes a partir de los cuales se realiza el presente estudio.

Si se presta atención a lo primero, no basta con acudir al Código Civil para leer y comprobar que toda persona tiene derechos de este corte; es necesario estructurar esta explicación que nos ha permitido ir más allá del derecho civil para poder así reconocer a las personas que tienen derecho a vivir en una familia.

La familia, una institución de muchos siglos que prácticamente ha acompañado a los seres humanos en su evolución, ha tenido grandes y diversas modificaciones en su estructura y en su composición. Es de relevancia considerar que, desde la condición de vulnerabilidad, los seres humanos cuentan con el derecho a una familia, se requiere de una familia. Si

se menciona con anterioridad se considera que es evidente en cualquier persona que nace, crece y se desarrolla en el seno de una familia, la cuestión se vuelve todavía más importante para los sectores de la sociedad en desventaja, como los niños, los adultos mayores o cualquier otro ser humano en condición de vulnerabilidad. Esto es lo que en esencia comparto en el presente estudio que deja muchas interrogantes aún sobre los temas diversos en derechos humanos. Lo que es cierto es que, basándose en esta inquietud inicial, se ha avanzado en las consideraciones teóricas que en un corto tiempo permitirán reconocer tal derecho como una atribución inherente a la condición humana.

2 RUMBO A UNA VISIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Remontándose a 1789, en la época de la Revolución francesa, surge uno de los reconocimientos más importantes e históricos para la humanidad en materia de derechos humanos, por mencionar la Declaración de los Derechos del Hombre; éste es un excelente punto de partida, es importante señalar que previo a la aparición de esta Declaración, existieron otros antecedentes para el estudio del origen y la evolución de los derechos humanos, ejemplo de ello es la Ley del *Habeas Corpus* de 1679 y también mencionando de *Bill of Rights* de 1689, así como la Constitución de Virginia de 1776, la cual incluía en su estructura una parte dogmática en donde se establecían distintos derechos a favor del gobernado (Vargas Fernández, 2017, p. 24). No obstante, es sustancial puntualizar que no es sino hasta el surgimiento de la Declaración, cuando se suscita una importancia generalizada y global a la positivización y observancia de los derechos humanos (Bernal Suarez, 2017, p. 18).

De ello podemos destacar lo indiscutible de rescatar: la dignidad subsumida en un ámbito social capital y la igualdad individual de cada ser humano, que ha resultado trascendente pero no indispensable para el orden jurídico mundial. Los derechos humanos según otras concepciones son públicos subjetivos, los cuales concretan las relaciones jurídicas entre el Estado en cuanto persona jurídica y los particulares, que son autolimitaciones que el Estado se impone en el ejercicio de su poder y, al mismo tiempo, expresa el ámbito de libre actuación del que gozan los individuos.

Dentro del contexto histórico-espiritual, son derechos que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y

dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados (Marín, 2014).

3 CONCEPTO DE FAMILIA

La sociabilidad se manifiesta con la creación, producción y transformación que emanan de los comportamientos y acciones propios del modo de ser de la humanidad, que se practica de manera individual y colectiva. Ser social es una manera de vivir inherente a los seres humanos; la personalidad individual se afirma a través de los encuentros y desencuentros con los semejantes y con el entorno natural o adquirido a través de la cultura. Este espacio cultural genera progreso, reflejado de manera directa en los pequeños grupos que conforman la sociedad, lo que permite que exista un análisis, estudio y, de cierto modo, entendimiento del núcleo original y primario de toda sociedad en la que se desenvuelve el hombre: la familia.

Esta unión social primaria, “es considerada como una célula social cuya membrana protege en el interior a sus individuos y los relaciona al exterior con otros organismos semejantes” (Estrada, 2012). De igual forma, refiere que la familia es justamente “la sustancia viva que conecta al adolescente con el mundo y transforma al niño en adulto” (Barajas, [s.d.]).

Es necesariamente aclarar que no existe unicidad en los conceptos de familia, ya que cada autor o jurista define cada término de acuerdo con su contexto cultural. El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas afirmó que la ausencia de definiciones de este concepto se debe a la necesidad de preservar la inherente flexibilidad del vocablo, que varía en función del contexto sociocultural.

El recinto familiar es el espacio donde se inicia la sociabilidad cultural y política, así como la apertura hacia los espacios públicos de sus integrantes; en la familia se inicia el proyecto de vida de los seres libres y autónomos.

Por otra parte, el término familia no es estático ni rígido, sino que se ha transformado a través del tiempo: transitamos por la idea de familia patriarcal a democrática y fundada en el reconocimiento universal de la dignidad de hombres y mujeres en todos los momentos del proceso vital.

De modo que las profundas mutaciones que conciernen a la economía, a la cultura, al espacio urbano tienen repercusiones inmediatas sobre la vida cotidiana de los individuos que se organizan en el seno de una constelación de personas vinculadas por la sangre o alianza.

La familia es, en efecto, el ámbito natural en el que la persona viene a este mundo tiene apertura a los demás, y en el que de forma inmediata y fundamental se forma. En ella surgen, de modo espontáneo o intencionado, los primeros y más profundos influjos educativos de la vida humana personal. Así, desde la misma convivencia indiferenciada, casi instintiva, impregnada de afectividad, de las primeras edades, hasta la convivencia socializada, ya configurada, y responsable asumida de la niñez y la juventud. De los tipos de educación que están determinados por las diferencias de estímulos educativos, la educación familiar es el primero que se ha de considerar, por dos razones: en primer término, por una razón cronológica, ya que de la familia recibe el hombre su ser y los primeros estímulos para su educación. En segundo término, porque los influjos familiares son los más extensos y los más hondos en la existencia humana, de tal manera que su deficiencia tanto cualitativa como cuantitativa produce perturbaciones o estados carenciales de orden psíquico que difícilmente se pueden remediar (Hualla Mariño, 2019).

En la sociedad se reconoce formas diferentes con respecto a la familia tradicional que se conocía; por ejemplo, las familias monoparentales que son las que se forman por uno de los padres, así como las que se reconstruyen con padres y madres que se vuelven a casar, integrando a los hijos de su primer y segundo matrimonios. Por otro lado, ya se ha hecho el reconocimiento de uniones entre personas del mismo sexo; asimismo, se observan fenómenos sociales como la disminución del matrimonio y el aumento de las separaciones. Actualmente la sociedad es individualista y, por lo tanto, rehúye a los compromisos.

Citando a Muñoz Rocha nos hace referencia a los siguientes tipos de familia:

1. Familia nuclear: compuesta por padres e hijos que viven en común.
2. Familia extendida: incluye padres, hijos, nietos, abuelos, aun cuando no vivan bajo el mismo techo.

3. Familia compuesta: derivada del matrimonio plural, sucesiva [divorcio(s) y nuevo(s) matrimonio(s)] o simultánea (poligamia o poliandria).
4. Familia monoparental: se establece entre uno solo de los progenitores.
5. Familia ensamblada o reconstruida: vínculos procedentes de dos o más uniones conyugales.

Como podemos observar, desde este enfoque la familia tiene una naturaleza compleja que comprende la diversidad en su constitución y organización, los diferentes vínculos entre las personas que la conforman, la mirada intergeneracional y de género, las relaciones que se establecen entre las distintas unidades familiares y sus contextos y vínculos con la sociedad y el Estado. En la actualidad, la familia tiene funciones democráticas que son incompatibles con el autoritarismo que heredó del sistema patriarcal. Por lo que, en la familia democrática, los integrantes del grupo son al mismo tiempo titulares y garantes, que están en una permanente relación marcada por la reciprocidad, basada en la dualidad persona/familia. “La familia es la más antigua de las instituciones humanas y constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad” (Quispe Juarez; Rojas Guillen, 2019, p. 14). Como se plantea en este presente estudio, a través de este ente colectivo, la comunidad no sólo se provee de sus miembros, sino se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que le corresponde.

4 INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ Y SUS CONCEPCIONES

En términos de los artículos 4o., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991 y 7° de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, (NNA) los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: “la expresión ‘interés superior del niño’

implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida de los NNA.

Lo anterior permite tener un panorama más claro para aplicar la figura por parte de los padres y por las autoridades competentes, dichas limitaciones transforman la potestad en derecho y, al deber, en función; lo que responde a una naturaleza igualitaria de la cultura de los derechos que están en proceso de consolidación y fortalecimiento en las sociedades contemporáneas. Como se observa, las relaciones que se dan en el ámbito familiar son diversas, y son determinantes para la formación de una familia, y sobre todo para establecer los alcances del derecho humano a la familia.

5 DERECHO HUMANO A LA FAMILIA

Toda persona, desde su nacimiento, está integrada a un grupo social como la familia, la vecindad, el pueblo o el país; sin embargo, el primero se sitúa en un primer orden al constituirse como la base de la sociedad. Este ente colectivo requiere protección por parte de la sociedad, mediante una serie de prerrogativas que tienen su origen en los derechos humanos fundamentales, a los cuales se les denominan derechos de la familia, ya que se relacionan directamente con su integración y su misión, convirtiéndose en derechos innatos y fundamentales de todo ser humano. Los derechos de la familia, al ser reconocidos, se convierten en facultades o prerrogativas que corresponden a una persona dentro del ámbito familiar o al grupo, esto dependerá del ordenamiento jurídico del que se trate. Estos derechos al estar contenidos en las normas deben ser protegidos; alguien debe ser responsable de su cumplimiento; y por consiguiente todas las personas están obligadas a respetar y proteger esta figura. Bajo este contexto, el Estado es el primer responsable de brindar mecanismos de protección que aseguren “la organización y desarrollo de la familia”, de acuerdo con lo que estipula el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Una de las características que distingue a los derechos de la familia es que son innatos, ya que no dependen de la voluntad de los miembros que la integran o del Estado, corresponden a toda persona y a la familia como tal, por el hecho de serlo. Por otro lado, son fundamentales porque están dentro de la relación con el Estado. Algunas relaciones son íntimas entre los miembros de la familia y son

reguladas por el derecho civil, que en materia familiar contiene algunas normas de orden público e interés social y su inobservancia incumbe directamente al Estado.

Actualmente, en la familia se encuentra una conjunción entre la titularidad de los derechos de quienes la integran y la titularidad como sujeto colectivo de derechos. Como ente colectivo, este grupo social se ve limitado ya que no puede reclamar la exclusividad y primacía de lo privado para ejercer un poder omnímodo sobre sus miembros. Esa supremacía hoy está en poder de los derechos humanos de las personas que lo integran, y el Estado tiene la facultad de intervenir cuando el ejercicio de la autoridad atenta contra la titularidad y ejercicio de los derechos de sus integrantes. La familia no puede desconocer la titularidad de los derechos de sus miembros; al ser sujeto colectivo y agente garante de su vigencia. En este sentido, el derecho humano a la familia como derecho colectivo en relación con un derecho individual, pareciera que corresponde a los miembros individuales del grupo familiar. Si se le atribuye como un derecho colectivo, éste tiene consecuencias importantes respecto de los miembros es personal, cuando su exigencia depende de la decisión exclusiva de algún miembro de ésta, por ejemplo, los abuelos; y es colectivo, cuando se ejerce principalmente para la protección de otro de los miembros, por ejemplo, la madre respecto de los hijos.

La familia y los derechos humanos son dos instituciones que están íntimamente unidas. La primera como institución natural que constituye una comunidad humana de vida en la que se recibe la formación integral. La segunda porque recoge las aspiraciones naturales de la humanidad y las plasma en normas jurídicas. Ambas surgen de la naturaleza humana. Citamos a Chávez Asencio que hace referencia a los derechos fundamentales de la familia ya que tienen especial relación con la institución familiar a partir de lo cual surge la clasificación: derechos familiares de la persona y derechos sociales de la familia.

Los derechos familiares de la persona son aquellos que derivan de su calidad de integrante del grupo, y dependerán directamente de la relación que tenga dicho miembro con el resto, para determinar los alcances de tales derechos.

El derecho a la preparación para la vida conyugal se relaciona intrínsecamente con el derecho a la familia, pues le permite al integran-

te del grupo el desarrollo integral de su personalidad. Por lo tanto, este derecho como ya lo comentamos, depende directamente de la educación que emana de la familia; la influencia de ésta y las relaciones entre los integrantes para que pueda ejercerse. El derecho a decidir el número de hijos está relacionado directamente con la paternidad responsable que involucra lo relativo a la formación, educación y responsabilidad que conlleva ser padre. Por su parte, la división de los derechos sociales de la familia se relaciona directamente con la calidad de institución, reconocida por los Estados que permitirán que se cumplan los fines de la familia; y para ello se requiere la generación de condiciones dignas en los aspectos económicos, sociales, morales y culturales.

La salud y la seguridad social son otros derechos que destacan dentro de este rubro; se habla de un bienestar físico y psicológico que parte de la atención y asistencia médica, la sanidad familiar y la prevención de enfermedades, de ahí que resulten indispensables para el aseguramiento del núcleo familiar. Aunado a ello, estos derechos permiten la disminución de la mortalidad infantil y de los adultos mayores. Por último, un aspecto que merece la pena resaltar en relación con el derecho humano a la familia es el impacto que tiene este sobre el desarrollo de los menores, es decir, se vincula estrechamente con la efectiva vigencia de todos los derechos del niño, debido al lugar que ocupa la familia en la vida del menor con respecto a su rol de protección, cuidado y crianza. Cuando la dependencia de los adultos es mayor para la realización de sus derechos, la vinculación del derecho a la familia con los derechos de la vida, el desarrollo y la integridad personal es particularmente importante. En este sentido, el rol de la familia se debe realizar bajo el principio del interés superior del menor que se vincula, por un lado, con los derechos y deberes de los padres o personas legalmente responsables del niño; y por otro, con la responsabilidad de los Estados de velar por la protección y el cuidado necesarios para el bienestar de la niñez.

Otros derechos de los menores, cuya realización depende en gran parte de su núcleo familiar son el derecho a la identidad y al nombre, reconocidos en el artículo 18 de la Convención ADH, al establecer que: “Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentaria la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si es necesario”.

En cuanto al derecho a la identidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado:

Hace referencia a cada uno de los derechos que involucra el derecho humano a la familia; tanto los derechos familiares de la persona como los derechos sociales de la familia superarían las líneas previstas para este presente estudio; no obstante, el derecho humano a la familia constituye una prerrogativa sine qua non para el desarrollo individual y social del ser humano. Este derecho se configura en una dualidad que conlleva el aseguramiento de los elementos básicos para la vida digna de los miembros de un núcleo familiar, así como para la familia misma, entendida ésta como un ente social que requiere de ciertos mínimos para su desarrollo.

6 SUJETOS TITULARES DEL DERECHO A LA FAMILIA

La titularidad de un derecho en materia familiar atiende a los procesos de individualidad en el seno de la familia, tanto respecto de las mujeres como de los niños que se enmarcan, en su momento, en procesos de igualación de estos sujetos respecto de la figura del jefe de familia, y en procesos de especificación de derechos que dan origen a nuevos titulares y una expansión de derechos. En este sentido, los principales titulares del derecho a la familia son:

Los NNA son personas y en esta calidad forman parte del grupo familiar. En casi dos siglos y medio, la percepción de la infancia se ha modificado notablemente, por lo que ha sido una constante el debate en torno al reconocimiento de los NNA como personas sujetas de derechos. Su consideración como persona se resolvió con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Los NNA son agentes interlocutores en las relaciones interpersonales, intervienen en el panorama familiar con sus voces, sus lenguajes, acciones y determinaciones; son personas con los mismos atributos fundamentales que los adultos y merecen respeto, como todos los demás miembros de la familia. La comunicación intergeneracional en los espacios familiares se funda en el reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como titulares activos de sus derechos en todos los momentos de su ciclo vital. En este sentido, los escenarios familiares son espacios idóneos para el ejercicio de los derechos de quienes integran el grupo familiar, en especial los NNA.

Su titularidad se origina desde que se encuentra en el vientre materno, ya que ese niño es deseado como prolongamiento del amor de pareja, y habría de ser fundador de la familia. Sin embargo, no siempre es así, si bien el nacimiento de un niño propicia vínculos familiares, no siempre son reconocidos, lo cual ocasiona falta de cuidados paternos; dicha carencia está relacionada con diversos factores, entre los que se encuentran migraciones forzadas, problemáticas de acceso a la salud, a la vivienda, a la educación; lo que trae como consecuencia la disolución familiar y el desamparo de NNA.

La gran desigualdad económica y social origina pobreza, lo cual se convierte en una limitante para el acceso a los principales servicios públicos, que en esencia debiera garantizar el Estado. Es necesario señalar que estos niños que viven sin el cuidado de sus padres son los más expuestos a la pobreza, discriminación y exclusión, factores que los hacen más vulnerables al abuso, explotación y abandono (Guisbert Rosado, 2016, p. 98). Otro de los motivos de la falta de cuidados parentales son las disoluciones familiares (divorcio), en donde los menores sólo quedan a cargo de un miembro, y comienzan a ser objeto de los intereses de ambos padres, quienes olvidan el interés superior del menor, convirtiéndose en sujetos de las arbitrariedades tanto de la madre como del padre. Muchas veces los niños van y vienen, en ánimo de que sus padres cumplan con su obligación de convivencia, dejan de lado la verdadera familia y cortan cualquier relación con la familia extensa, limitándoles el desarrollo y la formación de su identidad. Los niños son los primeros titulares del derecho a la familia ya que necesitan la pertenencia a un grupo que sea capaz de reconocerles su singularidad, que les brinde afecto y respete sus derechos, pues es a partir de la vida en familia como a este infante se le pueden garantizar todos los otros derechos fundamentales, como la educación, la salud, la vestimenta, la educación y la autonomía. Por otro lado, la sociedad acoge a los jóvenes como los seres que llegan con ideas nuevas para refrescar la atmósfera de las personas adultas apegadas a parámetros consagrados como los únicos que tienen sentido para la vida social. De la misma forma, este grupo revitaliza el ambiente familiar con su lenguaje, sus amores y desamores, su pensamiento, que es el mejor antídoto contra la hegemonía de los adultos; en síntesis, la gente joven es portadora de las innovaciones en el hogar, opera rupturas de mitos y creencias que no están actualizadas, y en algunos casos se separan de sus padres porque no comparten sus

conocimientos o gustos; se alejan, buscan sus propios horizontes, pues es la etapa de la vida en la que destaca el ejercicio de la autonomía recién formada; en la juventud se estrena la identidad personal, se pone a prueba la independencia y se abre el camino personal. El grupo familiar en esta etapa de la vida de los jóvenes desempeña un papel muy importante pues lo mismo puede apoyarlos que censurarlos. Mientras que ellos buscan con sus pares una identidad, conformando, lo que en sociología se denomina, las tribus urbanas que se identifican con sus formas de vestir, pensar y hablar; pueden llegar a considerarse una familia. Los jóvenes son titulares del derecho a la familia por su necesidad de identificarse con un grupo de personas que tienen Derecho humano a la familia. Alguna condición, opinión o tendencia común, pueden tener o no un lazo sanguíneo, basta con un interés en común y la necesidad de identificación.

7 CONTEXTO INTERNACIONAL

Dada la importancia de la familia, como núcleo y origen de la sociedad y pieza fundamental en la formación y desarrollo de la personalidad, al igual que la persona humana, en sentido individual, se ha procurado su protección al nivel de derecho humano a través de diversos instrumentos internacionales (Ruiz Mostacero, 2016, p. 144). La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 16, afirma que todos los seres humanos, sin distinción alguna, tienen derecho a casarse y fundar una familia; asimismo, estipula ³que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidado y asistencias especiales. De igual manera se refiere a esta institución social como el elemento fundamental de la sociedad, y por esta razón, debe ser protegida por el Estado y por la sociedad. Por otra parte, el artículo 25 consagra el derecho de toda persona a tener el nivel de vida adecuado para sí y para su familia, que le asegure la salud, el bienestar y, particularmente, la alimentación.

El mismo Pacto, en su artículo 23, alude a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, así como el derecho de ésta a ser protegida por el Estado y la sociedad; en este documento también se

3 Puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.

reconoce el derecho a fundar una familia. Por otro lado, en el artículo 24 encontramos el derecho de los niños a la protección que requieren por su condición como menores, por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

Los instrumentos mencionados establecen normas vinculantes para los Estados parte, en consecuencia, tiene la obligación de dar curso a sus postulados en el orden nacional. En este sentido, resulta conveniente establecer con claridad el planteamiento de estos instrumentos, para que los ordenamientos locales actúen en consecuencia. En la mayoría de los tratados mencionados encontramos la dualidad persona-familia. La persona es el sujeto primordial de los derechos, todos los instrumentos de derechos humanos tienen este único destinatario; los seres humanos y sus atributos ontológicos. Mientras que a la familia la toman para decirle a la comunidad internacional que la persona no está sola en el universo de los derechos humanos. De esta manera, el orden internacional de los derechos humanos nos plantea el desafío de la puesta de los derechos de la familia como sujeto garante de estos. Desde esta perspectiva pareciera que estamos en presencia de derechos colectivos frente a sujetos colectivos (la familia). Así, el derecho que tiene la familia a la especial protección por parte de la sociedad y del Estado tiene como fin garantizar el nivel de vida que les permita a sus integrantes asegurar su subsistencia personal y colectiva en su dualidad persona/familia. Esto muestra la preocupación de los Estados para proteger a la familia, estableciéndolo como imperativo el deber de la sociedad y del Estado para su salvaguarda. En síntesis, es posible observar cómo la familia y el matrimonio, como base de ella, dada la importancia capital en relación con la persona y con la sociedad, ha sido tutelada y es motivo constante de preocupación por parte de la comunidad internacional, al punto de brindarle reconocimiento y protección.

8 LA FAMILIA Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce a la familia como núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia, además de reconocer el derecho de vivir en familia. De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el concepto de familia no debe reducirse únicamente al vínculo matrimonial ni a un concepto unívoco e inamovible de familia. La condición jurídica y derechos huma-

nos del niño sostienen que el concepto de vida familiar “no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”. Así, la Corte ha señalado que en la Convención ADH no se determina un concepto unívoco de familia, ni mucho menos se da protección solamente a un modelo tradicional de la misma. Al respecto reitera que “el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida común por fuera del matrimonio”, y a la vez rechaza “una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia.”⁴

9 LOS DERECHOS DE LA FAMILIA EN MÉXICO

Una vez realizado el estudio del derecho a la familia en otros países resulta oportuno abordar el panorama de México. En relación con el concepto de familia, el artículo 4º constitucional señala que “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos”. Este derecho será ejercido en el matrimonio por ambos cónyuges y tiene que ver con la paternidad responsable, que contiene también el ejercicio de la patria potestad.

El ingreso a la Constitución de normas sobre la familia tiene un claro efecto práctico: disipar toda duda acerca de la posibilidad de invocar dichas normas en la jurisdicción⁵ constitucional, así como descalificar cualquier otra norma inferior que sea desafiante, incompatible o violatoria. La familia se encuentra regulada en la Constitución con los siguientes derechos:

4 Cfr. Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. *Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de*, 2012, vol. 24, <https://tinyurl.com/4b8cp5k5>

5 En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños [...]. Y el Estado se halla obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad 116 José Benjamín Bernal Suárez y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 2002, párr. 66)

- Igualdad jurídica de los sexos, protección a la familia y libre procreación.
- Paternidad responsable.
- Derecho a la salud.
- Derecho a la vivienda.
- Protección de los menores.

Como se observa, en el artículo 4º se ordena la protección de la ley a la organización y el desarrollo de la familia, el derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos; el derecho de toda familia a disfrutar de vivienda digna y decorosa; los derechos de niños y niñas a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, teniendo los ascendientes, tutores y custodios el deber de preservar estos derechos apoyados por las acciones que provea el Estado para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

Con ello se establece una nueva nomenclatura al hablar de derechos humanos y no garantías individuales. Lo trascendente es que estas reformas derivan del contenido de tratados internacionales vinculados con la materia que, en su momento, fueron firmados por el gobierno mexicano y ratificados por su senado; otorgando con ello más derechos fundamentales a la familia (Fuente Linares, 2012, p. 70). El artículo segundo de la Constitución hace referencia a la familia indígena, en este sentido obliga a respetar sus tradiciones, su organización política, social y cultural, sin destinar a la familia al fracaso o al aislamiento, sino tratando de incorporarla al sistema nacional partiendo de la idea fundamental de que la sociedad surge de la unión de dos culturas, de la cultura europea que nos llega a través de España y de la cultura prehispánica y, a partir de aquí, reconocer la naturaleza mexicana pluricultural y pluriétnica, tratando de preservar a la familia indígena.

10 CONCLUSIONES: CAMINANDO HACIA UN FUTURO DE LA MANO CON LOS DERECHOS HUMANOS A LA FAMILIA

La familia, aún con su evolución histórica, constituye la célula social fundamental en toda forma de vida humana congregada, cuya esencia se singulariza por los valores y objetivos de cada uno de sus integrantes, quienes, de manera colegiada, dan unos fines generalizados a esta institución. En el trascender de la humanidad, esta unidad y conglomerado de la sociedad ha fungido como una figura política, social, económica y jurídica, que ha evolucionado paulatinamente; sin embargo, estos cambios no pierden esa perspectiva inicial que aglutinó a ciertos miembros de una sociedad, ya sea por consanguinidad o por intereses afines; aun hoy, representa un vínculo de apoyo recíproco, ímpetu y ahínco por lograr el bienestar de cada uno de sus integrantes, y en su conjunto, por el bienestar colectivo de sus miembros. Esta figura social, particularmente en México, según estadísticas del INEGI (2010), la mayor proporción de hogares es de tipo familiar ocupando incluso 90.5% de los mismos, lo que denota la importancia nacional del respeto y observancia a esta tradición social, unificando a la población y agrupándola en familias. No debe pasarse por alto que la connotación “hogar” no debe considerarse como un sinónimo de “familia”, aunque en la cotidianidad se generaliza su acepción con ésta, dado que las relaciones que son generadas dentro de un hogar –conceptualizado éste como el lugar donde un grupo de individuos conviven en comunión para procurarse seguridad, calma y solidaridad– son las mismas que se aglutinan por conducto de una familia, aunque no siempre sea así. La familia aún representa una institución dogmática y canónica que ahora sigue varias sendas para su constitución, conformación, creación, surgimiento o disolución, formas cada vez más complejas, pero que se manifiestan en variadas pautas que siguen la tradicionalidad. La familia también puede generarse por la procreación, puede el hombre o la mujer, cada uno por su cuenta, tener descendencia; ya sea consanguínea, o bien, civil (adopción), pueden formar familias monoparentales, o pueden existir, lo que en la doctrina se denomina, familias ensambladas o familias reconstituidas; por lo que se insiste ¿a qué familia se debe referir la Constitución?, ya que si hemos de atender a la no discriminación, a la igualdad jurídica del hombre y la mujer, nos queda claro que este cuerpo normativo se debe referir a toda familia, independientemente, de la causa lícita o ilícita, moral o inmoral que le dé origen. Finalmente, la familia es el grupo social

primario, fundador de la comunidad, elemento humano del Estado al cual éste debe protección; su regulación debe existir aún con sus diferencias, semejanzas, aspectos lícitos e incluso ilícitos. Con base en esta óptica, es necesario hablar también sobre lo que algunos teóricos conceptualizan como la disolución o terminación de la familia, que implica la separación, el divorcio o el fallecimiento de uno de sus integrantes. Dado el resultado de la presente investigación, es posible afirmar que ni la separación ni el divorcio ni el fallecimiento de uno de sus integrantes dan la pauta a una supuesta disolución familiar; únicamente constituye una transformación de la familia, pues esta estructura social se habrá modificado significativamente. Por ejemplo, en el caso de una separación se da margen a la creación de un nuevo grupo o allegamiento familiar del miembro separado; en el caso del divorcio, cada uno de los divorciantes puede constituir un nuevo núcleo familiar, ya sea con los integrantes con los que restan o simplemente involucrándose con otra persona. A partir de este supuesto queda clara la evolución de la figura familiar, pues aún con parejas divorciadas, es necesario establecer un nuevo esquema de convivencia entre sus integrantes restantes, teniéndose que generar una nueva dinámica de convivencia en la que se adapten los abuelos, hijos, nietos, primos y toda la estructura familiar. En el supuesto de que uno de sus integrantes perdiera la vida, de igual forma se tienen que implementar los mecanismos necesarios para poder continuar con la dinámica familiar, aún con el elemento acaecido. Adicionalmente, al adquirir la capacidad y madurez adecuada, cada uno de los miembros de la familia tendrá la necesidad física, social y emocional de formar su propio núcleo familiar y, es precisamente en este punto, en el que se resalta la importancia toral del reconocimiento de esta tesitura en el ámbito de los derechos fundamentales del ser humano. Aún hoy, la familia representa una institución dogmática y canónica que sigue varias sendas para su constitución, conformación, creación, surgimiento o disolución; formas cada vez más complejas, pero que se manifiestan en variadas pautas que aún siguen la tradición.

Uno de los pilares familiares de especial atención es compartir. No sólo hace referencia a los haberes materiales de la familia, sino también a compartir un estado de vida a lado de las personas con las que se cohabita. Esto lleva implícita la aplicación práctica de un conjunto de valores, que son base para el actuar moral de sus integrantes y también una ética que se fundamenta en la observancia y respeto de los derechos humanos, lo que

es necesario transmitir parentalmente a los miembros de la familia con la finalidad de dotar a la sociedad de personas integrales. En un hogar debe haber un orden y una organización, de lo contrario, es mejor buscar ayuda externa, pues es mejor disfrutar una calidad de vida que se logra a partir de establecer vínculos sanos con los que nos rodean, especialmente con la familia. La cuestión es encontrar los colaboradores adecuados que ayuden a fortalecer los lazos entre los miembros del grupo.

En este sentido, al reconocer el derecho humano a la familia no se pretende limitar o restringir el concepto de este ente social, sino que se procura extender al conglomerado de relaciones que socialmente son entendidas como familia, y con esto generar ciertos modelos deseables de dichas relaciones. En el ordenamiento jurídico nacional se debe renunciar a imponer un “modelo de familia” debiendo limitarse a dar cobertura a las Derecho humano a la familia. Dar opciones que puede tomar toda persona en uso de su autonomía moral. Esto incluye el respeto a la forma en la cual las distintas culturas conciben a la familia.

REFERENCIAS

BARAJAS, Dámaris Díaz; RODRÍGUEZ, Marisol Morales. Calidad de Vida y Comunicación Familiar en adolescentes. [s.d.]. Disponible en: <https://tinyurl.com/bdfau8fp>.

BERNAL SUAREZ, José Benjamin. **Derecho humano a la familia**. Retos y alcances del siglo XXI. Toluca: Gelisa, 2017.

CHÁVEZ, Asencio. **La familia en el derecho**. Relaciones jurídicas familiares. México: Porrúa, 2002.

CORTE IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de, 2012, vol. 24. Disponible ne: <https://tinyurl.com/4b8cp5k5>.

ESTRADA, Lauro. **El ciclo vital de la familia**. Debolsillo. 2012. Disponible en: <https://tinyurl.com/3a9574p4>

FUENTE LINARES, José Cándido Francisco Javier de la. La protección constitucional de la familia en América Latina. **Rev. IUS**, p. 70, 2012. Disponible em: <https://tinyurl.com/3nhyh8hx>.

GUISBERT ROSADO, Guadalupe. Derecho de identidad y filiación de la niña, niño y adolescente. **Revista Jurídica Derecho**, vl. 3, n. 4, p. 98, 2016. Disponible en: <https://tinyurl.com/yeyt9474>.

HUALLA MARIÑO, Rosa Elizabeth. Relación de los hábitos de higiene bucal de la madre y del índice de higiene oral simplificado (IHOS) de su hijo, niño de 8 a 12 años del centro educativo 40046 José Lorenzo Cornejo Acosta. Arequipa, 2019. Disponible en: <https://tinyurl.com/5n93bcrp>.

MARÍN, Ángel Luis Sánchez. **Concepto, fundamentos y evolución de los derechos fundamentales**. Eikasia, v. 231, p. 1-2, 2014. Disponible en: <https://tinyurl.com/2s3np8se>.

QUISPE JUAREZ, Boris Fredyrick; ROJAS GUILLEN, Viviana Guillermina. **La omisión a la asistencia familiar y la patria potestad en Lima Sur 2018-2019**. 2019. Disponible en: <https://tinyurl.com/nhbaxcur>.

RUIZ MOSTACERO, Karla Julissa. **Análisis del artículo 7 inciso B de la Ley N° 30364, ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar**. p. 144, 2016. Disponible en: <https://tinyurl.com/urvjxd39>.

VARGAS FERNÁNDEZ, Ivonne Catherine. **Análisis de la naturaleza jurídica del derecho a la resistencia en la constitución del Ecuador y su incidencia en un estado social de derechos**. 2017. Disponible en: <https://tinyurl.com/4cvj8u8p>.

NECESSIDADE DE FORTALECIMENTO DOS INSTRUMENTOS PROTETIVOS AOS VULNERÁVEIS QUE GERAM RENDA

ALEXANDRA NEVES PINHEIRO¹

ANA PAULA BRUDNICKI BARBOSA²

DESYRRÊ MORAES LEMES MOTA³

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca responder qual a necessidade do fortalecimento dos instrumentos protetivos para os casos de criança e adolescentes que geram renda e que participam de sociedades empresariais, sejam elas artistas mirins ou influenciadores digitais. O público infantojuvenil está submetido ao poder familiar até completar a maioridade. Ocorre que até os dezesseis anos os filhos são representados pelos pais e a partir de então passam a ser assistidos pelos genitores, que por sua vez tem o direito ao usufruto e de administrar os bens da prole até completarem a maioridade.

- 1 Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Especialista em Processo Civil pela UniDombosco. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. alexandra.kpadvocacia@gmail.com.
- 2 Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP/RS). Pesquisadora no Grupo de Pesquisa em “Família, Sucessões, Crianças e Adolescentes e Direitos e a Constituição Federal”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. ana.brudnicki@gmail.com.
- 3 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Especialista em Direito de Família e Sucessões pela EBRADI. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Crianças e Adolescentes e Constituição Federal”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. desyrradv@gmail.com.

O tema merece destaque, uma vez que embora a legislação traga diversos instrumentos protetivos ainda acontecem abusos no exercício do poder familiar no que tange a administração dos bens da prole, por vezes os pais além de exercerem o papel parental ainda são empresários e/ou sócios dos filhos, causando problemas na seara familiar e empresarial, como aconteceu com a atriz Larissa Manoela⁴.

Visando explanar a temática proposta, o presente artigo se divide em quatro capítulos. Primeiramente, traz à baila os limites impostos pela legislação atual as crianças e aos adolescentes que geram renda e participam de contratos empresariais. Destarte, faz-se necessário analisar acerca do trabalho infantil, bem como seus desdobramentos e motivos pela sua proibição.

Após, far-se-á uma análise acerca do limite do poder familiar e da administração dos bens da prole, os quais estão dispostos no Código Civil, bem como encontra respaldo no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que esclarece não ser absoluto podendo haver exceções e serem detectados situações de abusos patrimoniais.

Por fim, serão analisados de forma sucinta os instrumentos protetivos para o patrimônio das crianças e dos adolescentes, tais como a prestação de contas, *Trust*, mediação familiar. Ainda será analisado sobre a Violência Patrimonial e o Sistema de Garantias à Criança e ao Adolescente, bem como o projeto de lei n. 3.917/2023 – Larissa Manoela.

Para atingir a finalidade a que se propõe, na presente pesquisa é utilizado o método dedutivo, e, dentre as técnicas de pesquisa, é privilegiada a pesquisa bibliográfica, documental e legislativa, numa visão multidisciplinar, a fim de formar uma imagem completa sobre o tema e sua complexidade.

4 Atriz, cantora, dupladora e empresária. Natural do Paraná. Iniciou a carreira com 06 anos de idade, na emissora SBT. Atualmente com 22 anos de idade, virou notícia ao revelar a forma que os pais administraram seu patrimônio ao longa da sua carreira (OUL, 2021).

2 LIMITES IMPOSTOS PELA LEGISLAÇÃO ATUAL AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES QUE GERAM RENDA E PARTICIPAM DE CONTRATOS EMPRESARIAIS

A Constituição recepcionou a Doutrina da Proteção Integral, a qual foi estabelecida na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989 que têm como objetivo garantir a proteção e o desenvolvimento integral das crianças e dos adolescentes para que sejam tratados como sujeitos de direitos, com prioridade absoluta na sociedade e no Estado, e que recebam proteção, cuidado e desenvolvimento integral em todos os aspectos de suas vidas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), promulgado em 1990, trouxe a instrumentalidade da proteção integral, estabelecendo normas específicas para a proteção dos direitos da criança e do adolescente, considerando-os sujeitos de direitos e destinatários de políticas públicas específicas, buscando garantir que a criança e o adolescente sejam protegidos de todas as formas de violência, abuso, exploração, negligência e discriminação, onde determina o melhor interesse da criança como um princípio. O ECA também assegura a convivência familiar e comunitária, sendo a sua manutenção um dever da família, da comunidade, da sociedade e do Estado. Deste modo, redefiniu a visão jurídica das crianças e adolescentes no Brasil, considerando-os “sujeitos de direitos” em vez de “objetos de proteção” (Waquim, 2020, p. 124).

Segundo o ECA, a infância é definida como o período de 0 a 12 anos incompletos. Nesta faixa etária, o desenvolvimento infantil é influenciado por fatores individuais e culturais. A cultura e a história desempenham um papel importante na definição do que significa ser criança em uma sociedade. Durante a infância, as crianças têm a oportunidade de aprender e desenvolver habilidades, especialmente dos 6 aos 12 anos, quando são capazes de raciocinar de forma coerente e experimentar para o autoconhecimento (National Scientific Council on the Developing Child, 2007, p. 05).

Submeter uma criança a alguma atividade laborativa é uma espécie de violência, ante aos “danos físicos e psicológicos sofridos, expondo-os a ocorrência de doenças e a atrasos na formação escolar e, até mesmo, a sequelas que acabam sendo irreversíveis na vida adulta” (Minayo-Go-

mez e Meirelles, 1997, p. 138). Para coibir tal atividade, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) definiu o trabalho infantil como qualquer atividade econômica ou de sobrevivência realizada por crianças ou adolescentes abaixo da idade mínima estabelecida pela legislação de cada país. No Brasil, foi estabelecida a idade mínima de 14 anos para realizar atividade laborativa, conforme artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal (Brasil, 1988) e artigo 60 do ECA (Brasil, 1990).

As circunstâncias do trabalho infantil variam e dependem de fatores como local de residência, gênero, etnia e perfil familiar. Em 2020, a UNICEF constatou um aumento global do trabalho infantil, principalmente em áreas rurais e na agricultura. No Brasil, estatísticas de 2019 indicaram que 1,758 milhão de crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos estavam trabalhando ilegalmente, com 706 mil em “piores formas” de trabalho infantil, afetando desproporcionalmente a população negra (Unicef Brasil, 2021).

O trabalho artístico infantil é uma exceção ao trabalho infantil, sujeito a regulamentações específicas. Embora possa parecer espontâneo, o trabalho artístico infantil envolve horas de estudo, ensaios e desempenho, podendo causar estresse físico e mental aos protegidos, por essa razão é necessário garantir que a qualidade de vida dessas crianças seja salvaguardada durante sua participação em projetos artísticos, conforme o disposto no artigo 149 do ECA (Brasil, 1990).

Para a realização do trabalho artístico infantil há a necessidade de autorização judicial pelo Juizado da Infância e Juventude, antigo Juizado de menores, conforme dispõe o disposto no artigo 406, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Havia divergência acerca da competência com a Justiça do Trabalho, em que o Supremo Tribunal Federal ratificou, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.326, afastando qualquer conflito de competência com a Justiça do Trabalho, tendo em vista que o contrato que envolve crianças e adolescentes é um contrato cível e de jurisdição voluntária, onde deve ser garantido os direitos fundamentais. Por esta razão, o juízo competente é o da Vara da Infância, conforme o disposto no artigo 146 do ECA (Brasil, 1990).

O Conselho Nacional de Justiça -CNJ editou a Recomendação nº 139/22, assim quando ocorrer a participação de uma criança ou adolescente em atividades artísticas será necessário pedido de alvará judicial

para que o judiciário autorize, ainda é essencial que haja o consentimento prévio e indispensável da criança e do adolescente, bem como a autorização e o acompanhamento contínuo dos pais ou responsáveis legais, isso inclui garantir que o tempo dedicado aos ensaios, intervalos e pausas seja compatível com a frequência regular na escola. Além disso, sempre que for averiguada a existência de interesse econômico subjacente à atividade artística da criança e do adolescente, deverá oficiar aos órgãos de fiscalização competentes como o Ministério do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Estadual, o Conselho Tutelar, a Secretaria de Educação e assistência social, a fim de verificar a exploração ilegal de trabalho infantil, bem como as que versem sobre as responsabilizações trabalhista, cível, administrativa ou criminal relativas a tal ilícito.

O trabalho artístico infantil é uma exceção ao trabalho infantil com regulamentações específicas (Marques, 2017). Portanto, é imperativo garantir que essas crianças tenham sua qualidade de vida protegida durante sua participação em projetos artísticos, bem como a proteção do patrimônio que advém desta atividade.

3 LIMITES DO PODER FAMILIAR E DA ADMINISTRAÇÃO PATRIMONIAL

Sabe-se que a família em seus primórdios trazia em sua essência o pátrio poder. Ao se falar das primeiras formações familiares, se falava de um modelo unitário, onde família legítima era aquela reconhecida pelo casamento e que possuía regras ditadas pela religião e por um modelo patriarcal, onde o homem era quem conduzia todos os assuntos referentes àquele núcleo. Aqui o conceito de família era restrito e somente famílias neste padrão é quem recebiam proteção jurídica (Simão, 2014, p. 63).

Entretanto, as mudanças nas relações fizeram cair por terra o reconhecimento às famílias conforme este modelo ultrapassado. Atualmente, através do afeto, percebe-se a família cuja função social é assegurar que exista um espalho de integração social, e que, portanto, não cabe mais ações egoístas e individualistas, pois é preciso existir um ambiente que assegura a boa convivência e um desenvolvimento saudável e digno para as pessoas ali pertencentes (Farias; Rosenvald, 2023, p. 133).

Neste sentido, o pátrio poder perde força dando espaço, com advento do Código Civil de 2002, ao chamado poder familiar. Diante a evo-

lução não só da nomenclatura, mas também da interpretação do instituto, o poder familiar fica atrelado a “obrigação dos pais em relação aos seus filhos, em lhes dar educação, alimento, afeto e toda a estrutura necessária para que cresçam e se tornem indivíduos preparados para o convívio em sociedade” (Araújo; Santos, 2022, p. 433).

Existem discussões ainda que notam que o poder familiar não devia ser assim chamado. Entre as nomenclaturas que sejam capazes de exprimir maior efetividade no dever prestado pelos pais aos filhos, está a função familiar, afastando a expressão poder que por certo não parece atender o melhor interesse das crianças e dos adolescentes (Rosa, 2023, p. 552). Partindo então do pressuposto que essa função, trata-se de um dever para com crianças e adolescentes, vale ressaltar que, sim, o objetivo deste instituto é garantir às crianças e os adolescentes os seus direitos fundamentais por serem considerados vulneráveis (Souza, 2019, p. 198).

Contudo, além dos direitos fundamentais previstos e que são comumente lembrados, como o direito à saúde, à educação, ao lazer, entre outros, estão o usufruto e administração dos bens dos filhos, conforme disposto no artigo 1.689 do Código Civil (Brasil, 2002). Especificamente nas relações entre particulares (tomadas em meio à natural complexidade do mundo contemporâneo), a tutela jurídica da confiança avulta, então, com única forma de proteção qualificada no comportamento humano. Exatamente por isso, a confiança é alçada à altitude de paradigma (referencial) das relações privadas, sejam contratuais, sejam existenciais, estabelecendo deveres jurídicos (que não precisam estar expressos nos contratos ou nas normas positivas que vinculam os sujeitos, vedando-lhes o comportamento contrário às expectativas que produziu no(s) outro (s), permitindo-se antever uma necessidade de compreender os diversos institutos jurídicos no âmbito familiarista à luz da tutela da confiança (Farias; Rosendal, 2023, p. 121).

Quando se tratar de um efeito patrimonial (apreciável economicamente), apresenta-se confiança com as vestes da boa-fé objetiva (Farias; Rosendal, 2023, p. 121). A boa-fé significa a mais próxima tradução da confiança, que é, como visto alhures, o esteio de todas as formas de convivência em sociedade. Em nosso sistema, a boa-fé é multifuncional. Dessa maneira, desempenha diferentes funções, a depender do caso concreto. Quando aplicada imperativamente no âmbito do Direito das

Famílias, a boa-fé objetiva determina novos contornos para os institutos familiaristas, impondo-lhes um conteúdo voltado à proteção efetiva dos valores constitucionais, na medida em que confere maior realce à dignidade da pessoa humana e à solidariedade exigidas entre as pessoas (Farias; Rosenvald, 2023, p. 123).

No que se refere ao limite do poder familiar pode-se afirmar que os pais são os usufrutuários dos bens dos filhos, até estes completarem a maioridade, bem como são os responsáveis pela administração dos bens, de acordo com o art. 1.691 do Código Civil (Brasil, 2002). Entretanto, na gestão patrimonial dos filhos os genitores não podem alienar ou gravar ônus reais nos imóveis dos protegidos, sendo que seus atos não podem ultrapassar a simples administração. Dessa maneira, conclui-se que aqui se encontra o limite do poder familiar acerca da administração patrimonial da prole.

4 INSTRUMENTOS JUDICIAIS DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE QUE GERAM RENDA

Conforme já mencionado, o poder legal de administração dos bens dos filhos, conferido aos pais pelo artigo 1.689, II, do Código Civil, não inclui o direito de dispor desses bens. Portanto, no caso de quantias significativas, entregar esses recursos aos genitores de forma incondicional permitiria que ela os utilizasse como desejasse, o que não é respaldado pela lei e não atende aos melhores interesses dos filhos, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁵.

5 RECURSO ESPECIAL - DIREITO CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL - ACIDENTE AÉREO - MORTE DA VÍTIMA - POSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO OU GRAVAR COM ÔNUS REAIS OS BENS IMÓVEIS DOS FILHOS - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ - ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DOS FILHOS MENORES - PODER LEGAL QUE NÃO COMPORTA O DE DISPOSIÇÃO - O ART. 1.689, II, DO CÓDIGO CIVIL DEVE SER INTERPRETADO EM HARMONIA COM OUTROS DIPLOMAS LEGAIS - INDENIZAÇÃO DESTINADA AOS FILHOS MENORES DE IDADE - MOVIMENTAÇÃO DOS RECURSOS FINANCEIROS - POSSIBILIDADE, DESDE QUE COMPROVADA A NECESSIDADE - EXIGÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA MOVIMENTAÇÃO DOS VALORES DEPOSITADOS - CAUTELA QUE NÃO ATINGE O LIVRE EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - No que se refere à possibilidade de alienação ou gravar com ônus reais os imóveis dos filhos, constata-se

Quando ocorrer desvios de finalidade pelos genitores, a fim de realizar a proteção da criança e do adolescente quando da possibilidade de um possível abuso financeiro em decorrência da administração dos bens, os filhos poderão se socorrer a instrumentos processuais para realizar a apuração do aludido abuso e para a cessação da prática deletéria, como medida de urgência.

No entanto, há instrumentos negociais que podem ser aplicados, não demandam de tutela jurisdicional e tem como escopo a fiel gestão dos bens até o momento que os filhos poderão dispor livremente do seu acervo patrimonial.

Os instrumentos processuais de proteção ao acervo patrimonial dos filhos são aplicados em decorrência da gestão do patrimônio por terceiros, onde é dever daquele a prestação de contas. No entanto, quando há indícios de abuso financeiro, inobstante da medida acima descrita, os filhos poderão buscar outras medidas que visem a sua proteção dentro do sistema de garantias à criança e ao adolescente.

Para a proteção dos interesses das crianças e adolescentes que geram renda, o primeiro instrumento que pode ser utilizado é a propositura da demanda de exigir contas aos genitores. A obrigação de prestar contas é inerente à administração de bens e interesses de terceiros. Isso se aplica a diversas situações, como inventariantes em relação à gestão de inventários, administradores perante sócios de sociedades empresárias e advogados em relação a seus constituintes, bem como os pais em relação

que a matéria não foi objeto de debate ou deliberação no acórdão recorrido, não obstante a oposição de embargos declaratórios, o que torna inarredável a incidência do enunciado 211 da Súmula desta Corte Superior. II - O poder legal de administração dos bens dos filhos menores aos pais, conferido pela redação do art. 1.689, II, do Código Civil, não comporta o de disposição. Dessa forma, sendo as quantias expressivas, sua entrega incondicionada à genitora significaria, na verdade, a possibilidade de dispor das referidas importâncias como lhe aprouvesse, o que não está amparado pela Lei e não atende, sobretudo, aos interesses dos menores. III - A disposição do art. 1.689, II, do Código Civil, não pode ser interpretada de forma absoluta mas, sim, em harmonia com outros diplomas legais, que enfrentam o exercício do poder familiar, à luz de princípios que objetivam, em última análise, a proteção integral dos interesses dos filhos menores. (...) VI - Tais cautelas não significam, de forma alguma, ingerência no poder familiar, sendo que o direito ao levantamento permanece e poderá ser exercido sempre que circunstâncias se apresentem, bastando, para tanto, a devida justificação. VII - Recurso especial improvido. (STJ - REsp: 1110775 RJ 2009/0014005-0, Relator: Ministro Massami Uyeda, Data de Julgamento: 16/11/2010, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 01/12/2010).

a gestão dos bens amealhados pelos filhos, ante ao disposto no artigo 1.689, do Código Civil (Brasil, 2002).

O devedor de contas refere-se à pessoa que gerenciou direitos de outrem, enquanto o credor de contas é aquele para quem essa administração foi realizada. O demandante na ação de prestação de contas é a parte que, devido a uma relação legal ou contratual derivada da gestão de propriedades ou interesses alheios, não possui conhecimento do valor exato de seu crédito (Nery Junior, 2020). Caso alguém que tenha essa obrigação não cumpra devidamente ou o faça de maneira insuficiente, a parte interessada pode exigir as contas judicialmente.

O procedimento para exigir contas é regulado pelos artigos 550 a 553 do Código de Processo Civil (Brasil, 2015) e segue um rito especial de jurisdição contenciosa, permitindo que o interessado promova uma demanda para exigir ou prestar as contas devidas (Theodoro Junior, 2017, p. 123). O requerente tem prazo prescricional de 10 anos, conforme o disposto no artigo 205, do Código Civil⁶. No entanto, é importante destacar que o prazo prescricional não corre contra os absolutamente incapazes, conforme o disposto no artigo 198, I, do Código Civil⁷.

A ação se divide em duas etapas caso o demandado não forneça as contas imediatamente após ser citado. A primeira fase da ação culmina com o reconhecimento pelo juiz de que o réu tem, de fato, a obrigação de apresentar as contas, e não há espaço para questionar esse fato. Se o réu fornecer as contas de acordo com o estipulado no art. 550 § 2.º, do CPC e o autor não as aceitar, o procedimento do CPC 551 é seguido. Se o réu não apresentar as contas, o autor as elaborará de acordo com os critérios que considerar apropriados (Nery Junior, 2020).

A segunda fase busca apurar o saldo e, existindo, constituirá um título executivo judicial, o que poderá ser cobrado pelo rito do cumprimento de sentença (Calmon, 2023, p. 457), bem como a análise contábil de desvios de finalidade quando da gestão do patrimônio dos filhos, como no caso de violência patrimonial.

6 Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

7 Art. 198. Também não corre a prescrição:
I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;

Desse modo, a ação de exigir contas tem como escopo garantir a transparência da gestão servindo para o direcionamento de novos contratos, ou até mesmo para revisão dos que foram objeto da ação, assim como definirá se houve ou não violência patrimonial e abuso do poder familiar na administração dos bens da prole.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 4º, estabelece o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, garantindo a promoção e a defesa de seus direitos em todas as esferas, incluindo a proteção contra qualquer forma de violência, negligência, exploração ou abuso. Portanto, o ECA é a principal legislação que trata dos direitos e da proteção das crianças no Brasil e, em razão da sua especialidade, a competência para apuração dos crimes contra a criança é do Juízo da Infância e Juventude, conforme disciplina o artigo 146, do ECA (Brasil, 1990).

Quando da apuração da responsabilidade em relação a administração dos bens dos filhos, pode ser configurado o abuso financeiro ou econômico, como a exploração de seus recursos financeiros, obstar o acesso a recursos financeiros, a apropriação indébita de bens pertencentes à criança, entre outras condutas análogas (Silva, 2017). Nesta senda, os pais poderão incorrer na conduta tipificada a violência patrimonial contra a criança, a qual está configurada no artigo 4º, da Lei 13.431/2017, a teor:

Qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluídos os destinados a satisfazer suas necessidades, desde que a medida não se enquadre como educacional (Brasil, 2017).

A violência patrimonial sofrida pela criança e pelo adolescente decorre da sua relação doméstica que convive com o agressor, conforme dispõe o artigo 2º da Lei 13.344/2022. A autoridade policial e os conselhos tutelares têm a responsabilidade de investigar e intervir em casos de violência contra crianças, inclusive com a utilização de tutelas de urgência na esfera criminal para intervir para a proteção do vulnerável, a fim de garantir a sua proteção e bem-estar.

A tutela de urgência para proteger os bens da criança na esfera cível tem como escopo a proteção do patrimônio, onde poderá ser determinado o bloqueio de contas bancárias, a nomeação de um administrador

temporário ou a proibição de alienação de bens. Essas medidas visam evitar danos irreparáveis ao patrimônio da criança durante o trâmite do processo, conforme artigo 300, CPC. Outrossim, há a possibilidade da aplicação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), ante a violência doméstica sofrida pela criança do gênero feminino com a aplicação das medidas protetivas necessárias ao caso, conforme artigo 18, I da Lei (Brasil, 2006).

No que tange a responsabilidade dos contratantes, de acordo com a recomendação nº 132/22, CNJ, é necessário que se realize a *due diligence*⁸ dos contratos entabulados, a fim de assegurar a realização de todos os procedimentos legais cabíveis pelos contratantes. Logo, a empresa precisa realizar a *due diligence* não só quando da contratação, mas também durante toda a relação contratual (Lupi; Bonsere, 2020, p. 12).

Poderão ser aplicadas sanções aos genitores que utilizam de forma indevida os recursos destinados ao sustento dos filhos, as quais incluem o encaminhamento para tratamento psicológico ou psiquiátrico, advertência (art. 129, ECA), destituição do encargo de administrador dos alimentos (art. 1.584, §4º e art. 1.586, do Código Civil), restituição ao patrimônio do menor com correção dos valores desviados (art. 186, art. 187 e art. 927, ambos do Código Civil) e multa de três a vinte salários mínimos (art. 249, ECA).

Em situações graves de abuso financeiro, poderá ser suspenso ou destituído o poder familiar, retirando o poder de administração dos genitores e nomeando um tutor responsável pela gestão dos bens, conforme o disposto no art. 1.638, IV, CC e 129, ECA. Por fim, se houver indícios, há a possibilidade de responder por crimes como abandono material (art. 224, Código Penal), abandono intelectual (art. 246, Código Penal), e apropriação indébita (art. 168, Código Penal).

8 (“*Due*” que significa “devida” e “*Diligence*” que significa “diligência” ou “cautela”), o termo anglo-saxónico *Due Diligence*, pretende exprimir uma só realidade: “Diligência Devida”. A *Due Diligence* é um procedimento de análise essencialmente realizado pelo comprador, em colaboração com o vendedor, para avaliar a situação de empresas ou negócios a serem transacionados. Seu objetivo é determinar o valor real desses ativos, analisar o funcionamento da empresa, garantir a conformidade legal, avaliar riscos, identificar garantias e estabelecer responsabilidades, adaptando-se a cada caso específico. Em termos mais simples, é um processo de coleta e análise detalhada de informações que visa a avaliação da viabilidade de um negócio. (Batalha, 2016, p. 56).

5 INSTRUMENTOS NEGOCIAIS DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE QUE GERAM RENDA

Inúmeros são os instrumentos negociais que podem ser utilizados quando da proteção do patrimônio de um particular, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio. No entanto, a fim de garantir a aplicabilidade no caso em tela, há a necessidade de adotar instrumentos que visem a manutenção dos vínculos familiares, visto a vulnerabilidade da relação, bem como a proteção do patrimônio para prover o sustento da criança ao longo de sua formação, bem como a administração do valor excedente para a sua disposição quando capaz for.

A mediação familiar em casos de abuso financeiro praticados pelos genitores em relação aos filhos é um método alternativo e eficaz de resolução de conflitos que visa proteger o patrimônio das crianças, ao mesmo tempo em que busca preservar os vínculos familiares (Vieira, 2014).

A mediação familiar surge como uma alternativa ao litígio tradicional em tribunais. Surge no ordenamento por meio da Lei 13.140/2015, onde se fundamenta por meio de um processo estruturado e voluntário em que um mediador neutro, treinado em resolução de conflitos que ajuda as partes envolvidas a identificar suas preocupações, interesses e necessidades, a fim de chegar a um acordo mutuamente aceitável. A mediação se concentra na comunicação, colaboração e na busca de soluções construtivas, em contraste com o litígio, que pode ser adversarial e prejudicial às relações familiares (Almeida, 2023, p. 444).

As vantagens da Mediação Familiar cingem-se na preservação das relações familiares, a fim de que todos os envolvidos trabalhem juntos para resolver suas diferenças, preservando os laços familiares e evitando a escalada do conflito. A capacitação das partes para tomarem decisões que afetam suas vidas e a vida de seus filhos, pois permite que os genitores assumam a responsabilidade por suas ações e escolhas, a fim de que o patrimônio e os recursos sejam direcionados para o benefício das crianças. As sessões de mediação são confidenciais, o que preserva a intimidade e as relações domésticas ali discutidas e geram uma economia de recursos comparado a demandas judiciais (Dias, 2022, p. 91).

Importante frisar que, em situações de abuso financeiro, pode haver uma desigualdade significativa de poder entre as partes, onde o me-

diador deve ser sensível a essa dinâmica e garantir que a parte mais vulnerável seja protegida e ouvida. Ainda, conciliar os interesses das crianças com as necessidades e expectativas dos genitores pode ser complexo, razão pela qual o mediador desempenha um papel crucial na busca de soluções que atendam ao melhor interesse das crianças. Em alguns casos, pode ser necessário envolver profissionais especializados para garantir que todas as questões sejam abordadas adequadamente (Digiácomo, 2016, p. 07).

A mediação familiar em casos de abuso financeiro praticado pelos genitores em relação aos filhos é uma abordagem que visa proteger o patrimônio das crianças, promover o diálogo e preservar os vínculos familiares. Embora desafios específicos precisem ser superados, a mediação oferece uma oportunidade única para que as partes resolvam conflitos de forma construtiva e colaborativa, com foco no bem-estar e proteção às crianças (Nogueira; Ribeiro; Souza, 2023, p. 65).

Assim, quando adotada a mediação, é possível chegar a uma composição acerca da melhor forma de administração dos bens dos filhos, seja pelos genitores, onde serão fixados critérios para a administração e prestação de contas do patrimônio ou, até mesmo, pela formação de um *trust*, onde um terceiro será responsável pela gestão do acervo.

O *trust* pode ser definido pela sua característica de possibilitar que uma pessoa faça o uso e gozo de determinado bem sem ser titular ou proprietária deste bem. Na prática, o *trust* é um mecanismo/ferramenta utilizado pelo *settlor* (instituidor) para a transferência de seus patrimônios – sejam eles bem imóveis ou móveis, líquidos ou ilíquidos – a um terceiro, denominado *trustee* (curador), cujo dever é administrar os bens a ele entregues conforme a vontade do *settlor* transcrita no *trust deed* (carta de desejos), em benefício de uma pessoa ou causa por ele indicada (Silvestre, 2023).

O *trust* tem suas raízes na Inglaterra medieval, onde a prática de separar a propriedade legal da benéfica surgiu. Isso permitia que terceiros, chamados fiduciários, administrassem bens em benefício de outros, conhecidos como beneficiários (Xavier, 2023, p. 27). O conceito foi formalizado nos tribunais de equidade e evoluiu ao longo dos séculos, com marcos legais como o Estatuto de Uso e Usufruto de 1536 e a Lei de Fideicomisso de 1888 no Reino Unido. Hoje, é uma ferramenta jurídica amplamente utilizada em todo o mundo para diversos fins (Xavier, 2023,

p. 56). O *trust* pode ser utilizado como instrumento para a concretização de nobres intenções, sendo amplamente utilizado neste sentido no direito estrangeiro (Xavier, 2023, p. 268).

Através de um *trust*, torna-se viável estabelecer diretrizes específicas quanto ao momento e à forma pela qual um menor (beneficiário) terá acesso aos bens deixados por seus pais. Uma prática comum envolve a inclusão de cláusulas que determinam que apenas uma parte dos bens será disponibilizada quando o beneficiário atingir a maioridade, enquanto o restante será distribuído ao longo de sua vida, muitas vezes vinculado a marcos importantes, como a conclusão de seus estudos universitários, casamento, nascimento do primeiro filho, entre outros eventos significativos. Desde que não haja contrariedade expressa à lei, existe uma considerável flexibilidade para criar condições ou termos que regulem a transferência dos bens. Entre as condições frequentemente estabelecidas para a transferência de recursos ao beneficiário, destacam-se a exigência de frequência em uma determinada universidade, a obtenção de resultados negativos em testes de consumo de drogas e o envolvimento em atividades filantrópicas (Xavier, 2023, p. 268).

A implantação do *trust* no ordenamento jurídico brasileiro enfrenta desafios significativos, em especial no que tange a afetação dos bens do que integram, tendo em vista a ausência de propriedade do *trustee*, em contrapartida, ele será o titular dos bens, ante ao seu dever de gestão (Martins-Costa, 2017, p. 170). Nesse sentido, a melhor aplicação dentro do ordenamento seria por meio do contrato de fidúcia, sendo um negócio jurídico formado pelo fiduciante, no qual transmite, sob tal regime, bens ou direitos, a outra pessoa, denominada fiduciário, para que realize a gestão de tais bens em benefício de um terceiro, denominado beneficiário, ou do próprio fiduciante, de acordo com o estipulado no respectivo ato constitutivo (art. 2º, Projeto de Lei – PL 4.758/20).

Com o objetivo de estabelecer um ambiente de segurança jurídica que esteja em conformidade com as necessidades de reativação da atividade econômica, o Projeto de Lei 4.758/2020, baseada em um anteprojeto elaborado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, tem como objetivo regular o contrato de fidúcia, fundamentando-se no direito estrangeiro e na experiência obtida no país (Chalhub; Vilela Filho; Oliva, 2020). A aplicação do contrato de fidúcia na gestão de bens de crianças

e adolescentes é um instrumento a ser analisado quando visa a proteção de um grande patrimônio, pois transfere a terceiro o encargo relativo à manutenção do acervo patrimonial a terceiro, além do fato de dirimir futuros litígios diretos dentro das relações familiares.

6 PROJETO DE LEI N. 3.917/2023 – LARISSA MANOELA

Após a entrevista concedida pela atriz Larissa Manoela⁹ para o programa televisivo “Fantástico”, em 13 de agosto de 2023, muito tem se falado acerca de vários desdobramentos que o caso oportunizou e com o Legislativo não foi diferente, sendo assim dois dias após os Deputados Pedro Campos e Duarte Jr propuseram o projeto de Lei n. 3.917/2023 (Brasil, 2023), que leva o nome da atriz, com o objetivo salvaguardar os direitos das crianças e dos adolescentes no tocante à administração de seus bens e participação em sociedades empresárias.

A fim de evitar que ocorram abusos patrimoniais e propiciar a transparência desses contratos o projeto propõe a obrigatoriedade de manifestação do Ministério Público antes da participação do público infante-juvenil em sociedades empresárias, pois a atuação do *parquet* garantirá a imparcialidade para que seja realizada uma avaliação, visando o melhor interesse da criança ou do adolescente. Ainda, dispõe sobre a possibilidade de os filhos pedirem prestações de contas para os genitores, bem como a inclusão de cláusula revisional condicionada à maioria da prole, nos casos de contratos firmados no exercício do poder familiar para que os filhos tenham a oportunidade de revisar termos que afetem seus interesses patrimoniais.

O projeto de lei em questão se embasou em dados e argumentos constantes na decisão do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu que o poder dos pais acerca do usufruto e a administração dos bens dos filhos não é absoluto, podendo ser detectado em alguns casos abuso de poder (Ibdfam, 2018). Destaca-se que o Código Civil já dispõe de um capítulo exclusivo para tratar sobre o usufruto e da administração dos bens de filhos menores de idade, o qual contempla os artigos 1.689 a 1.692, prevê a intervenção ministerial ao referir que o Ministério Público pode solicitar curador especial em caso de colisão de interesses entre pais e

9 A atriz relatou os abusos patrimoniais sofridos e a insatisfação com os genitores acerca da administração dos seus bens (Fernandes, 2023).

filhos no exercício do poder familiar (Brasil, 2002). O artigo 1.691 do Código Civil¹⁰ é taxativo ao limitar a administração dos genitores, esclarecendo que caso seja necessário alienar ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, se faz necessária a autorização judicial quando as obrigações ultrapassarem os limites da simples administração.

Nesse sentido, observa-se que o projeto de lei traz instrumentos preventivos e reparadores, mas deixa de inovar trazendo instrumentos que já estão elencados de forma dispersa pela legislação. Além do mais fica o questionamento se é assim que deve agir o Legislativo, uma vez que até a entrevista da atriz e o enfoque midiático não havia preocupações acerca do tema. Outrossim, não é novidade que existem muitas questões relevantes aguardando o olhar atento do Legislativo, que por não ter tanta publicidade não ganharam o tratamento instantâneo que o referido caso foi contemplado.

7 CONCLUSÃO

A Constituição brasileira adotou o princípio da proteção integral à criança, conforme estabelecido na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989. Isso visa garantir que as crianças sejam tratadas como sujeitos de direitos, com prioridade absoluta na sociedade e no Estado, recebendo proteção, cuidado e desenvolvimento integral. O trabalho infantil é proibido no Brasil, com uma idade mínima de 14 anos estabelecida, e o trabalho artístico infantil é uma exceção, sujeito a regulamentações específicas, incluindo autorização judicial e supervisão para garantir a qualidade de vida e proteção das crianças e adolescentes que são objeto do contrato.

No que se refere ao limite do poder familiar pode-se afirmar que os pais são os usufrutuários dos bens dos filhos, até estes completarem a maioridade, bem como são os responsáveis pela administração dos bens. Entretanto, na gestão patrimonial dos filhos os genitores não podem alienar ou gravar ônus reais nos imóveis dos protegidos, sendo que seus atos não podem ultrapassar a simples administração. Dessa maneira, aqui se

10 Art. 1.691. Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.

encontra o limite do poder familiar acerca da administração patrimonial da prole se encontra na simples administração, devendo acionar o judiciário em casos complexos que demandem de atos que extrapolem os atos simples de gestão.

A proteção do patrimônio de crianças e adolescentes em casos de abuso financeiro praticado pelos genitores envolve tanto instrumentos processuais quanto negociais. Os instrumentos processuais incluem a ação de exigir contas para assegurar a transparência na administração dos bens, a aplicação das leis relativas a violência doméstica, como a Lei Henry Borel e a Maria da Penha, a aplicação de *due diligence* em contratos relacionados à gestão dos bens dos filhos, bem como as sanções que podem ser aplicadas aos genitores até a perda do poder familiar e a responsabilidade criminal das condutas praticadas.

Já os instrumentos negociais englobam a mediação familiar, que busca preservar os vínculos familiares e proteger o patrimônio das crianças por meio do diálogo, e o *trust*, que permite a transferência de bens para administração em benefício dos filhos, com flexibilidade para estabelecer condições para a distribuição dos ativos. Ambos os tipos de instrumentos desempenham um papel crucial na proteção do patrimônio e no bem-estar das crianças e adolescentes.

Ademais, como analisado o projeto de Lei 3.917/2023 (Brasil, 2023), que leva o nome da atriz Larissa Manoela, tem como objetivo salvaguardar os direitos das crianças e dos adolescentes no tocante à administração de seus bens e participação em sociedades empresarias. Entretanto não inovou, disciplinando instrumentos que já existem e que podem ser utilizados sem a necessidade de nova lei.

Por fim, conclui-se que os pais, Estado e a sociedade em geral são os responsáveis por efetivar os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, por essa razão fortalecer os instrumentos protetivos sempre será bem-vindo quando se tratar dos direitos do público infanto-juvenil, seja na seara judicial ou extrajudicial o que deve se levar em conta é que as crianças e adolescente, que gerem renda ou não, sejam tratados com a prioridade absoluta, que lhes foi conferida pela Constituição Federal e tenham seus direitos efetivados à luz da Proteção Integral.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria de Fátima. de. A Mediação Familiar e a Guarda Compartilhada como forma de Resolução de Conflitos. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. l.], v. 9, n. 3, p. 431–452, 2023. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/8778>. Acesso em: 22 set. 2023.

ARAÚJO, Maria Eduarda Batista de; SANTOS, Kaio de Bessa. A destituição do poder familiar: solução ou problema? **Revista RECIFAQUI**, V. 1, N. 12, 2022, p. 431-449.

BATALHA, Sara C. C. **A responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres da boa-fé**: a importância de uma due diligence. Dissertação (Mestrado Profissionalizante em Direito e Economia) – Faculdade de Direito – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/38307/1/ulfd138245_tese.pdf. Acesso em: 22 set. 2023.

BEZERRA, S. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Marco de Proteção Integral. In: LIMA, C. A. **Violência faz mal à saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.917**, de 15 de agosto de 2013. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) para tratar da administração de bens dos filhos menores. Brasília: Câmara dos Deputados, 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=237923>. Acesso em: 30 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4758, de 29 de setembro de 2020. **Dispõe sobre a fidúcia e dá outras providências**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1933171. Acesso em: 21. set. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília,

lia, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 05 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 05 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 1.340 de 7 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 05 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21. set. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. **Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05. abril 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 21. set. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.344, de 24 de maio de 2022. **Cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25. maio 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14344.htm. Acesso em: 21. set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1110775 RJ 2009/0014005-0**. Relator: Ministro Massami Uyeda, Data de Julgamento: 16/11/2010, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 01/12/2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/17942447/inteiro-teor-17942448>. Acesso em: 21. set. 2023.

CHALHUB, Melhin; OLIVA, Milena Donato; VILLELA FILHO, Gustavo Alberto. Regime jurídico geral do contrato fiduciário. **Migalhas**, 8. out. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/334443/regime-juridico-geral-do-contrato-fiduciario>. Acesso em: 21. set. 2023

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 139/2022**. Ministra Rosa Weber. Brasília, DF. Publicada em: 12. dez 2022. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/original0121362022122063a10e2022dc0.pdf>. Acesso em: 21. set. 2023

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 15. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2022.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **A mediação e o Direito da Criança e do Adolescente no Brasil**: construindo alternativas para a desjudicialização do atendimento, 02/04/2015. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/doutrina/justica_restaurativa/mediacao_e_o_direito_da_crianca_e_adolescente.pdf. Acesso em 09. jul. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família na Prática - comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 15 ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

FERNANDES, Nayara. Caso Larissa Manoela: entenda o que diz a lei sobre trabalho infantil envolvendo artistas mirins. **G1 – Trabalho e carreira**, Rio de Janeiro, 16/08/2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/trabalho-e-carreira/noticia/2023/08/16/caso-larissa-manoela-entenda-o-que-diz-a-lei-sobre-trabalho-infantil-no-caso-de-artistas-mirins.ghtml> . Acesso em: 28 ago. 2023.

IBDFAM. **Administração de bens pode ser contestado por filho, em caso de suspeita de abuso de direito por parte dos pais**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6573/Administra%C3%A7%C3%A3o+de+bens+po+de+ser+contestada+por+filho,+em+caso+de+suspeita+de+abuso+de+direito+por+parte+dos+pais#:~:text=O%20Superior%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a,direito%20por%20parte%20dos%20pais>. Acesso em 12 set. 2023.

JOVENS E EMPRESÁRIAS: como Larissa Manoela, elas empreenderam aos 20 anos. OUL, 05 de jun. 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/06/05/jovens-e-empresarias-como-larissa-manoela-elas-empreenderam-aos-20-anos.amp.htm>. Acesso em 03 mai.2023.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUPI, André Lipp Pinto e BONSERE, Silvana Fátima Mezaroba. **As Contratações Empresariais: Uma visão acerca dos mecanismos impulsionadores à efetivação da dignidade humana e promoção da responsabilidade social.** Artigo Científico de Mestrado - Centro Universitário Curitiba. 2020. Disponível em <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3952/371372281>. Acesso em: 21. set. 2023

MARTINS-COSTA, Judith. O Trust e o Direito Brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 12, n. 4, p. 165-208, 2017.

MARQUES, Raquel. **Os limites do trabalho infantil artístico.** Criança livre de trabalho infantil. 16. mar. 2017. Disponível em: <https://livredetrabalho infantil.org.br/noticias/reportagens/os-limites-trabalho-infantil-artistico/>. Acesso em: 21. set. 2023

MINAYO-GOMEZ, C; MEIRELLES, Z.V. Crianças e adolescentes trabalhadores: um compromisso para a saúde coletiva. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 13 (Supl. 2): 135-140, 1997.

NATIONAL SCIENTIFIC COUNCIL ON THE DEVELOPING CHILD. **A ScienceBased Framework for Early Childhood Policy.** 2007. Disponível em: https://harvardcenter.wpenginepowered.com/wp-content/uploads/2016/02/Policy_Framework.pdf. Acesso em: 21. set. 2023.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado.** 19. ed. (ed. do e-book) São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2020.

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; RIBEIRO, Karine Lemos Gomes; SOUZA, Ana Luiza Fernandes. Mediação, Família e Dialogismo: Perspectivas para a transformação de conflitos intrafamiliares. In TEIXEIRA, Ana Brochado; RODRIGUES, Renata Lima. **Contratos, Família e Sucessões.** Diálogos Interdisciplinares. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos da Criança.** Princípio VII. Resolução nº 1.386 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1959. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 05 maio 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**. Nova Iorque: ONU, 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 05 maio 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **História da OIT**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 27 set. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2023.

SILVA, Fernando Salzer. **Abuso financeiro - desvio e malversação da verba alimentar destinada ao sustento dos filhos**. Migalhas, 28. Mar. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/256390/abuso-financeiro---desvio-e-malversacao-da-verba-alimentar-destinada-ao-sustento-dos-filhos>. Acesso em: 21 set. 2023.

SILVESTRE, Talita Evangelista. **Regulamentação do trust no Brasil**. Migalhas, 8. out. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/383426/regulamentacao-do-trust-no-brasil>. Acesso em: 21 set. 2023.

SIMÃO, José Fernando. Há limites para o princípio da pluralidade familiar na apreensão de novas formas de conjugalidade e de parentesco? **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v.1, p. 61-79, 2014.

SOUZA, Nathália Moreira Nunes de. A Destituição do Poder Familiar à Luz dos Princípios do Direito das Famílias. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 71, 2019, p. 197-222. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1287128/Nathalia_Moreira_Nunes_de_Souza.pdf. Acesso em: 31 ago. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**, v. 05. São Paulo: Forense, 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil**. 51. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

UNICEF; ILO JOINT PUBLICATION. **Child Labour: Global estimates 2020, trends and the road forward.** [S. l.], 2021. Disponível em: <https://data.unicef.org/resources/child-labour-2020-global-estimates-trends-and-the-road-forward/>. Acesso em: 21 set. 2023.

UNICEF BRASIL. **Trabalho infantil aumenta pela primeira vez em duas décadas e atinge um total de 160 milhões de crianças e adolescentes no mundo.** [S. l.], 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/trabalho-infantil-aumenta-pela-primeira-vez-em-duas-decadas-e-atinge-um-total-de-160-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-no-mundo>. Acesso em: 21 set. 2023.

VIEIRA, Sâmela Santana. **A mediação de conflitos familiares: promovendo o amplo acesso à justiça através do diálogo.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3985, 30 mai. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28971>. Acesso em: 22 set. 2023.

XAVIER, Luciana Pedrosa. **Os trusts no direito brasileiro contemporâneo.** Belo Horizonte: Fórum, 2023.

WAQUIM, Bruna B. **A integração da alienação parental à doutrina da proteção integral: repercussões jurídico-políticas do enquadramento da alienação familiar induzida como situação de risco.** 2020. Tese (Doutorado em Direito) Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/15190>. Acesso em: 21 set. 2023.

DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO: AUTONOMIA DA VONTADE E O PODER FAMILIAR NO FILME “UMA PROVA DE AMOR”

ALEX BRUNO ASSIS LOPES¹

1 INTRODUÇÃO

Os filmes servem, basicamente, para nos proporcionar entretenimento e reflexões. A utilização de obras cinematográficas para análise e comparações é instigante e importante, uma vez que muitos filmes trazem momentos, recortes de tempo e espaço que são passíveis de estudo para área jurídica, uma vez que o direito está ramificado nas ciências sociais aplicadas.

Os seres humanos, por natureza, buscam por outro ser semelhante a ele, seja para reprodução e conseqüentemente a perpetuação da espécie. Verifica-se, também, no reino animal, a existência de grupos, bandos, matilhas, e nos seres humanos algumas formas de agrupamento social como a família.

É importante demonstrar que apesar do tratamento sucinto nos manuais e conseqüentemente na academia, a autonomia privada e a autodeterminação são uma possibilidade no Código Civil e legislações esparsas, para tanto, o trabalho está estruturado em três capítulos: autonomia da vontade e autonomia privada, o poder familiar e autonomia privada, disposição do próprio corpo no filme analisado e os argumentos levantados para o julgamento e por fim, as considerações finais.

1 Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Especialista em Direito de Família, Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Bahia (UNEB), Pesquisador do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, vinculado ao PPGD da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Servidor Público. Endereço eletrônico: alex_bruno18@hotmail.com.

A primeira parte discutirá o significado, tratamento sociojurídico e distinção da autonomia da vontade e autonomia privada, analisando suas nuances e a relação entre elas e o Direito de Família.

No segundo bloco, analisar-se-á o poder familiar conferido aos pais em relação aos filhos, verificando as imposições legais e a garantia de direitos constantes no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, perpassando pela autonomia privada.

Passado pela distinção da autonomia da vontade e autonomia privada, a utilização desta e o exercício do poder familiar, far-se-á o estudo da disposição do próprio corpo pela personagem Anna do filme analisado e os argumentos levantados pelo seu advogado para defesa de seus interesses no julgamento.

Utilizou-se como método para desenvolver o artigo o estudo de caso, sendo este dialético, eminentemente teórico-dogmático qualitativo, desenvolvida da análise cinematográfica, além de conteúdo doutrinário e legislativo, com relevante cunho social-reflexivo.

Ainda, realizou-se levantamento bibliográfico inicial, revisão de literatura (com análise do discurso) e estudo de caso que serviu para analisar se poderiam os pais exercerem o poder familiar em decisões referente ao material biológico dos filhos? O poder familiar que contrarie a autonomia da vontade/autodeterminação da criança pode ser considerado válido?

A testagem, por sua vez, necessitou da aplicação das categorias estudadas no curso da pesquisa à compreensão da realidade concreta (estudo de caso). Toda a pesquisa se deu, então, em um contexto de necessária interdisciplinaridade, abarcando setores da teledramaturgia e Direito.

2 AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA

A ideia de autonomia está incutida no inconsciente humano desde sua tenra idade, pois os pais tendem a estimular as crianças a andar, a se alimentar sozinhas, etc., para promoverem sua independência (Porfírio, 2015). O conceito de autonomia é abrangente, Olga de Castro (2011) entende que autonomia e identidade estão entrelaçadas, sendo que “a autonomia é por excelência uma necessidade humana”.

Faz-se necessário o remonte histórico, o entendimento da inclusão do indivíduo na sociedade, e conseqüentemente, o significado de sociedade. Após a definição e compreensão do significado de sociedade, buscar-se-á o entendimento de Estado e o motivo da sua intervenção.

Desde o nascimento, o ser humano está incluído simultaneamente em vários grupos/sociedades. A primeira sociedade – natural – que o indivíduo está incluído é a família, sendo ela responsável pelos primeiros cuidados e ensinamentos (Azambuja, 2008, p. 2).

A sociedade é definida como um conjunto de indivíduos, objetivando estes um bem comum – finalidade. O Estado, por ser formado por um conjunto de indivíduos e organizado no intuito e busca de um bem comum, é compreendida como sociedade civil (Azambuja, 2008, p. 2).

O Estado, responsável por regular a vida em sociedade, se incube com veemência da regulamentação do direito público, sendo a intervenção na vida familiar – por se tratar de direito privado – mínima, devendo a sociedade conjugal, conforme art. 1.567, CC/02, ser exercida em colaboração pelos cônjuges.

O Direito de Família, no prestígio a autonomia privada, atualmente busca e reafirma a intervenção mínima do Estado nas relações familiares, denominada assim de Direito das famílias mínimo (Farias, Netto, Rosenthal, 2017, p.1.646).

A intervenção do Estado se faz necessária quando busca a proteção dos seus indivíduos, inclusive o de vulneráveis, sendo então justificada sua atuação, por exemplo, proteção de idosos, crianças e adolescentes. A atuação exacerbada do Estado violaria incontestavelmente a autonomia privada, refletindo conseqüentemente na felicidade e liberdade do núcleo familiar (Farias, Netto, Rosenthal, 2017, p.1.646).

Apesar da intervenção mínima, estabelece princípios específicos para o direito de família, sendo eles: pluralidade das entidades familiares, igualdade (isonomia) entre homem e mulher, igualdade substancial entre os filhos, a responsabilidade parental e a facilitação da dissolução do casamento (Farias, Netto, Rosenthal, 2017, p.1.646-1659).

Os princípios servem como parâmetro para que as famílias proporcionem aos seus integrantes, no ponto de vista jurídico-constitucional, maior harmonia e proteção entre seus componentes, além da primazia da autonomia privada.

Um dos pontos destacados pela doutrina, pela jurisprudência, e inserido no próprio conceito de negócio jurídico é a autonomia da vontade, não podendo a autonomia da vontade ser equiparada a autonomia privada.

Doutrinariamente, é relativamente comum que os dois institutos sejam tratados como sinônimos, todavia, eles não podem ser vistos assim, pois existem distinções, sendo elas importantes para compreensão e formação do negócio jurídico.

Renata Guimarães Pompeu (2015, p.103) assevera que enquanto autonomia da vontade é classificada como princípio, a autonomia privada seria sua espécie. Pela linha histórica, a autonomia da vontade é a preceptora da autonomia privada. Seria a autonomia privada o aperfeiçoamento e delineamento daquele tratado na autonomia da vontade (Silva, 2018, p. 27).

Em sentido lato, a autonomia da vontade dá ao indivíduo liberdade para fazer o que quiser e quando quiser, visto que a vontade não está vinculada a nenhuma baliza para ser restringida, por isso faz-se necessária à limitação dessa vontade, sendo esta limitação a delimitação trazida na autonomia privada.

Apesar dos indivíduos gozarem de liberdade, este direito elementar tem suas limitações, por intermédio e imposição da autonomia privada, o qual deve obedecer aos limites trazidos pela lei, constituído pelo próprio Estado.

Neste diapasão, a autonomia da vontade adota uma conotação mais subjetiva, envolvendo um viés mais psicológico, já a autonomia privada seria a aplicação da autonomia da vontade, em que o particular tem o poder de estabelecer relações jurídicas, ou seja, o poder que o particular tem de regular suas relações.

O sentido filosófico, na visão de Emanuel Kant, concernente à autonomia da vontade, é visto como um princípio da moralidade, “é, portanto, não escolher senão de modo a que as máximas da escolha no próprio querer sejam simultaneamente incluídas como lei universal” (Kant, 1948, p. 60).

Na sapiência do professor Eduardo Moraes Lameu Silva (2019, p.28), quando faz a diferenciação entre estes dois institutos, esclarece que

autonomia da vontade é a subjetividade conferida para a manifestação da vontade humana para satisfação de interesse próprio; já

a autonomia privada seria então a faculdade conferida pelo ordenamento jurídico de criação de situações jurídicas pelo indivíduo – dentro dos limites traçados em lei. Percebe-se que no primeiro caso (autonomia da vontade) há a preocupação com o carregado caráter subjetivo (o que, em tese não é do interesse do Direito), enquanto que no segundo caso (autonomia privada) há a baliza objetiva – não eliminando o subjetivismo, porém limitando-o ao que prevê o próprio Direito.

A Lei nº. 13.874, de 20 de setembro de 2019, reafirma no art. 1º, normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, trazendo reflexos no Código Civil, esculpidos nos arts. 421 e 421-A do referido diploma.

3 EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR NO CONTEXTO DE RESPEITO À AUTONOMIA PRIVADA DA PROLE

O filme tem como enredo a história de Anna Fitzgerald (Abigail Breslin), Sara (Cameron Diaz) e Kate (Sofia Vassilieva) como protagonistas. Kate, ainda criança, foi diagnosticada com leucemia crônica, após inúmeros tratamentos, sem êxito, o médico sugere aos pais que tenham outra filha, que apesar das poucas chances de sucesso, é uma possibilidade para o reestabelecimento da saúde de sua irmã.

Os pais de Kate, Sara e Brian (Jason Patric), com a pretensão de obter material biológico compatível, postergando assim a vida e saúde da filha, assente com o conselho do médico, planejando o nascimento de outra filha, tendo Anna, a bebê de proveta, material biológico compatível para doação.

Desde o nascimento, Anna vinha cedendo material biológico (sangue de seu cordão umbilical, glóbulo branco, etc.) para o tratamento de sua irmã, mantendo-a assim viva, sendo retirado com o consentimento de seus pais. A situação muda quando Anna precisa doar um de seus rins para que sua irmã permaneça viva.

Deparando-se com essa situação, a criança, nascida com a finalidade de doar o material biológico, decide pôr fim ao ciclo de doações, contratando um advogado para defender seus interesses, concretizando a denominada “emancipação médica”, conflitantes com os de seus pais.

A família, conforme art. 226 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), é a base da sociedade. Todavia, mesmo com esse tratamento especial, o significado de família tem sofrido atualizações e, apesar de não ter perdido a essência, qual seja, o vínculo afetivo, sua definição ficou mais complexa.

Na visão de Maria Berenice Dias (2016, p. 47), a família é um agrupamento informal, sendo sua formação “espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito”. A lei deve ser interpretada de acordo com a dinâmica e realidade social, como o fato ocorre depois da lei, esta adota uma postura mais conservadora, logo, a família na perspectiva jurídica, estatuída pela lei, não consegue acompanhar a família contemporânea, apesar dos esforços para tal (Dias, 2016, p. 47).

A CF/88 e o Código Civil de 2002 (CC/02) trouxeram uma visão civil-constitucionalista mais abrangente, quando comparadas com o Código Civil de 1916 (CC/1916). Anteriormente, quando vigorava o Código Civil de 1916, a família – à luz do Direito – era estabelecida a partir do casamento, sendo ela patriarcal, hierarquizada, firmada pelo vínculo biológico e com caráter institucional, propiciando uma unidade de produção e reprodução (Farias; Nelson; Rosenvald, 2017, p. 1.643-1.644).

O CC/02 estabelece a finalidade do poder familiar em seus arts. 1.630 a 1.634, sendo este atrelado a proteção do menor e aos cuidados que os pais devem ter com estes, enquanto perdurar a menoridade, independentemente da situação conjugal dos pais, é pleno o exercício do poder familiar.

O Código Civil traz um conflito em seus art. 1.634, IX e 12, o primeiro traz a competência dos pais em relação aos filhos, que impõe a exigência de obediência e respeito do menor para com os seus pais, enquanto o art. 12 do mesmo diploma estabelece que se pode “exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade”.

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos essenciais da personalidade humana, sendo elas: o direito à dignidade, o direito à liberdade, o direito à cidadania, o direito à integridade física e psíquica, o direito à inviolabilidade da vida privada; o direito à liberdade de pensamento e de expressão, etc. (Marighetto, 2019)

Insta destacar que em um determinado trecho do filme o casal, pais de Anna, cogitam a separação; caso esta ocorresse de fato não interferiria no poder família, assim leciona Rolf Madaleno (2004, p. 347):

A simples destituição da guarda física de filho pela separação dos pais não implica, sob nenhum aspecto a perda do poder familiar, e talvez até reforce o seu exercício pela redução do contato do genitor não-guardião com o seu filho que ficou sob a guarda do outro ascendente. Nem significa admitir sob qualquer pretexto, pudesse a cisão da guarda prejudicar por alguma forma o direito-dever dos genitores manterem uma sadia convivência familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) garante o arcabouço dos direitos da personalidade da criança e adolescente em seu art. 17, que trata do respeito a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança, abrangendo a preservação da autonomia e ideais.

Destaca-se que antes da CF/88, o direito à liberdade e expressão, no ambiente familiar, eram dirigidos e conduzidos para ressaltar o poder paterno, tendo em vista o sistema patriarcal predominante da época (Maciel, 2023, p. 77).

Destarte, com o advento da Carta Magna de 1988, as relações familiares, concernente ao direcionamento da sociedade familiar ficaram mais igualitários para os pais (Maciel, 2023, p. 77).

Assim como ocorreram as mudanças na condução da sociedade familiar, trazidas com a CF/88, o protecionismo infantojuvenil veio logo em seguida, em 1990 com o ECA, com uma série de direitos e deveres, sobretudo, trouxe com maior clareza, em seu art. 16, o que está intrínseco na Constituição concernente ao direito à liberdade.

A liberdade é uma concepção advinda da democracia. O indivíduo é livre desde que não atinja a liberdade alheia, visto que todos os direitos têm limites. A privação da liberdade é a restrição mais severa de movimento e expressão, ela vai além de uma simples interferência no direito de ir e vir.

A liberdade, genericamente considerada, possui diversas facetas: liberdade de locomoção, de pensamento, de voto; de consciência e de crença; criação artística, científica, intelectual; de informação; de associação.

Para o exercício eficaz da liberdade de opinião, os pais e/ou responsáveis devem ater-se ao dever de instrução/informação. Deveras, a liberdade de opinião difere da liberdade de expressão, apesar destas serem complementares, a “opinião é passiva e a expressão é ativa. Opinar é formar o convencimento, expressar é externá-lo.” (Maciel, 2023, p. 77).

Oportunamente, explicam Miriam Olivia Knopik Ferraz e Jussara Maria Leal de Meirelles (2021) a relação que existe entre direito privado e liberdade,

A autonomia privada existencial é o viés estritamente existencial da autonomia individual ou autonomia privada, a qual está relacionada ao âmbito da autodeterminação e da liberdade de escolha, como uma decorrência da cláusula geral de liberdade e das normas que objetivam resguardar o direito à livre concepção dos projetos de vida.

Em que pese a obediência, prevista em lei, dos filhos para com os pais, observa-se que a obediência não é irrestrita, cabendo aos pais, observando a maturidade da criança para a tomada de decisões concernentes aos seus direitos de personalidade, respeitá-las.

Destaca-se que o direito natural é o direito a autodefesa, persiste até com relação ao Estado para se autopreservar, o indivíduo pode fazer o que achar necessário.

Deveras, ressalta-se que o poder familiar sofreu mudanças ao decorrer das transições das legislações, o Código Civil de 1916 (CC/1916) trazia a nomenclatura pátrio poder para referenciar o poder familiar, sendo o pátrio poder absoluto e ilimitado, conferida ao marido, e na sua ausência, quem o exercia era a esposa. Com o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº. 4.121, de 27 de agosto de 1962), apesar desse poder ainda ser atribuída ao pai, este poder passou a ser exercido em colaboração com a mulher, mas tendo divergência entre os cônjuges, prevaleceria a do pai (Pereira, p. 222).

A CF/88, art. 5º, I, trouxe o tratamento isonômico entre o homem e mulher, inclusive na sociedade conjugal, conforme escupido em seu art. 226, §5º, exercendo ambos o poder familiar em relação ao poder familiar, trazendo o ECA a proteção integral, consoante a CF/88, deste modo, passou-se a ser um dever dos pais (Dias, p. 304).

Acompanhando as diretrizes constitucional, o ECA, em seu art. 4º, destaca que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público, assegurar com absoluta prioridade os direitos a elas destinadas.

4 DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO NO FILME ANALISADO E OS ARGUMENTOS LEVANTADOS PARA O JULGAMENTO

O advogado utiliza, para defender o ponto de vista de sua cliente (Anna), a alteridade, ou seja, ser o outro - não apenas colocar-se no lugar do outro - remetendo ao público todas as fases vividas pela menor.

Observa-se que o advogado utiliza uma linguagem simples e convincente para estabelecer uma comunicação efetiva, destarte os ouvintes (comunidade de espíritos) devem ter padrões similares mínimos, inclusive uma linguagem comum, por isso a simplicidade do advogado (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 1996).

Entende-se que o orador deve, para transmitir de forma eficaz a mensagem, conhecer seu público (Perelman; Olbrechts-Tyteca, 1996). Em audiência, o advogado de defesa ao arguir o médico que realiza os procedimentos dispara: pode dizer um único benefício que Anna tenha recebido desses procedimentos? E a resposta do médico foi positiva, afirmando que Anna pode salvar a vida da irmã. Desta análise, a utilização da oratória, concatenando-a em argumentos plausíveis gera um grande potencial retórico (Reboul, 2014).

Quando a mãe de Anna é questionada pelo advogado de sua filha, inicia-se com os questionamentos: com que idade começaram as doações? Responde que desde recém nascida, sendo que com cinco anos começaram as doações de sangue (neste momento a interpela e questiona se não precisou de duas enfermeiras para segurarem a filha para conseguir realizar a doação); indaga sobre a internação de Anna aos seis anos por seis dias devido a doação de granulócitos [por haver complicações], sendo esta de igual forma sem consentimento da menor; por fim o questionamento, olhando para trás e só levando em conta o bem estar da Anna, acha que seria razoável concluir que foi longe demais? E a resposta foi que olhando só para o bem estar da Anna, sim, que foi.

Interessante o argumento trazido pelo advogado e convalidado pela mãe de Anna, o bem estar da criança é visto no Brasil como um princípio, apesar de ter como nome “princípio do melhor interesse da criança”.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao tratar do tema, no REsp. 1.417.868/MG² entende que esse princípio, mesmo que os pais não entrem em consenso sobre determinada decisão em relação ao menor, deve ser observado, sendo a disputa entre os pais vista como imaturidade entre estes, os quais veem seus interesses e não o melhor interesse do menor.

Carlos Roberto Gonçalves (2011) destaca que o princípio do melhor interesse da criança não está disciplinado na Constituição Federal, Código Civil ou Estatuto da Criança e do Adolescente, valendo-se de interpretação hermenêutica, apesar disso, está implícito nos direitos fundamentais.

Conforme o ECA, a guarda tem cabimento em duas situações: para regularizar a posse de fato (art. 33 § 1º, ECA) e como medida liminar ou incidental nos procedimentos de tutela e adoção (art. 33 § 2º, ECA).

O poder familiar não se trata de um poder arbitrário que os pais detêm, mas de um encargo atribuída a estes pela lei, sendo caracterizado então como um poder-função, conforme a teoria funcionalista, sendo este irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível (Dias, 2021, p. 306).

Cabe esclarecer que a guarda dos filhos é a medida imposta a um dos pais, atribuindo autoridade e responsabilidade para proteção e

2 CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COM-
PARTILHADA. DISSENSO ENTRE OS PAIS. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compar-
tilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo
que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos
possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (prece-
dente). 2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso
dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição
das atribuições de cada um. Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos
dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade
de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua
formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002). 3. Tratando o direito de
família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmonio-
sos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução
estranque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta
apresentada para solução judicial. 4. Recurso especial conhecido e desprovido.

3 STJ - REsp: 1417868 MG 2013/0376914-2, Relator: Ministro João Otávio de Noro-
nha, Data de Julgamento: 10/05/2016, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJE
10/06/2016.

amparo. Apesar da possibilidade de mudança da guarda, conforme art. 1.632, CC, os pais permanecem no pleno exercício do poder familiar e da autoridade parental sobre sua prole.

Dada novamente a palavra para a mãe de Anna, concatenando esta seus argumentos, dispara para o advogado de defesa e ao juízo: o que queria que fizesse? Tentando demonstrar que não tinha alternativa para o que fez e continuará fazendo.

Salienta-se, com a definição ora posta, que o encargo imposto aos pais tem limites, tanto morais quanto legais, conforme art. 1.636 do Código Civil. Nessa esteira, Cristiano Chaves de Farias e Conrado Paulino Rosa (2021, p. 198) destacam que a ideia de proteção integral da criança não se restringe à prestação alimentícia, mas na responsabilidade dos pais no cuidado com a criança.

Importa sinalizar que a disposição do próprio é vedada no Código Civil (CC), em seu art. 13, quando ocorrer a diminuição permanente da integridade física, sendo o caso em tela a doação de um dos rins.

Ainda em base legislativa, o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) garante o direito pleiteado pela personagem - emancipação médica - em seu art. 17, quando traz o respeito a preservação da autonomia da criança, além disso, o art. 12 do CC garante que o ofendido pode reclamar em juízo quando lhe é ameaçado o direito da personalidade, apesar de permitir o transplante em seu parágrafo único.

O conflito posto é o sopesamento de regras. Questiona-se se prevalece o poder familiar, previsto no Código Civil, ou a autonomia da criança para determinadas decisões.

Atendo-se a esse conflito, quando não há um consenso entre pais e filhos menores, o art. 1.692 do CC/02 deixa claro que existindo a divergência no exercício do poder familiar, concernente ao interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público, o juiz lhe dará um curador especial.

Quando há falha no preenchimento da lacuna legislativa, mesmo após analisada a analogia e o costume, aclara Maria Helena Diniz (2002, p.124-125) que:

o magistrado supre a deficiência da ordem jurídica, adotando princípios gerais de direito, que são cânones que não foram di-

tados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico.

Nesta senda, cabe ao juiz manejar da melhor forma possível os recursos disponíveis para o julgamento do caso analisado, o qual deve buscar e analisar por princípios que coaduna para a tomada da decisão a ser proferida.

Apesar de parecer uma decisão simples para o magistrado, destaca-se na cena o ativismo judicial, embora não seja o enredo da história, a juíza do caso tem seu julgamento tendencioso, pois sua filha falece com idade próxima à da irmã de Anna.

O ativismo é caracterizado como uma escolha do magistrado em busca da garantia de direitos das partes, ou seja, resolver as divergências das partes de um processo e as carências oriundas à lentidão, omissão do legislativo e até do executivo (Streck, 2012).

Configura-se o ativismo judicial quando há uma ausência do legislativo em face de uma demanda, buscando meios para dirimir a lide, forjando uma interpretação específica nos textos da lei, ou quando a lei já não se mostra suficiente o bastante (Streck, 2012).

O ativismo seria um papel inovador que pertenceria aos tribunais, na ocasião em que os mesmos possam trazer ao direito novas formas de apoio e contribuição, formando o precedente jurisprudencial, determinando a singularidade do caso concreto e pela maioria das vezes, o ativismo também vai se anteciper à criação da própria lei (Streck, 2012).

É importante ressaltar que o ativismo judicial se diferencia da proatividade. A interpretação proativa se configura como um dever do juiz, que vai exaurir a parte hermenêutica e buscar justamente a vontade integral do legislador (Streck, 2012).

O intérprete irá, valendo-se da argumentação, desvelar o sistema normativo não pode haver obstáculos entre o intérprete e a norma, ou seja, deve afastar os pré julgamentos e pré conceitos, deixando o caminho livre para sua interpretação. Já o ativismo judicial irá buscar uma interpretação fora da norma, segundo os princípios próprios do intérprete (Streck, 2012).

É nítido que em inúmeros casos o juiz já tem uma decisão sobre determinado caso que está julgando, o qual busca o aporte legislativo para basear suas decisões (Von Schlieffen, 2022, p. 28).

Dessa forma, tendo em vista os argumentos supramencionados, os juízes não podem, evidentemente, invocar as próprias noções pessoais de moralidade, tampouco os ideais e virtudes da moralidade em geral.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enquanto o poder familiar, dever imposto pela lei aos pais, é uma forma de resguardar os deveres que estes devem ter de cuidado e zelo com os filhos, criança e/ou adolescente, sendo assim uma obrigação familiar, a lei não deixa claro o limite que os detentores dessa obrigação têm nas decisões tomadas pelos filhos.

Na leitura sistemática do Código Civil e do Estatuto Criança e Adolescente, observa-se que ambos tratam de direitos, mas é o ECA que traz com minuciosamente o direito da criança e o respeito a sua integridade física, mesmo enquanto vigente o poder familiar.

No caso em concreto (cinematográfico), exercer o poder familiar significa um prolongamento de vida para uma irmã que já está doente e depende desse órgão, apesar das limitações advindas para a doadora.

Por outro lado, exercer de forma arbitrária o poder familiar, sem analisar e ouvir a criança fere um princípio basilar: a dignidade da pessoa humana. Entender as consequências, mostrar os motivos e razões para algumas decisões tomadas com base no poder familiar, que irá gerar grandes impactos no futuro da criança, deve ser trazida a criança de acordo com a sua capacidade cognitiva para que esta manifeste o seu desejo.

Sendo assim, é possível afirmar que a criança tem o direito essencial à liberdade, garantido pela Constituição Federal de 1988 e incutida no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo suas decisões analisadas e respeitadas conforme seu desenvolvimento e perspicácia.

Por derradeiro, os responsáveis, detentores da guarda, irão ser o referencial de instrução/ensinamento quando esta criança está em desenvolvimento pessoal e intelectual, sendo cada fase um período importante para este crescimento intelectual.

REFERÊNCIAS

- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Globo, 2008.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2023.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.
- CASSAVETES, Nick. **Uma Prova de Amor** (My Sister's Keeper). Estados Unidos, 2009. 106 minutos.
- CASTRO, Olga de. **Reflexões em Torno da Autonomia e Autonomização**. Revista do SNESup: Lisboa, Julho-Agosto-Setembro 2011. Disponível em: <https://www.snesup.pt/cgi-bin/artigo.pl?id=EFkFEZyyVuKhVISOMg>. Acesso em: 08 maio 2020.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14 ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. em e-book baseada na 11ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. Salvador: Juspodivm, 2021.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- FERRAZ, M. O. K.; MEIRELLES, J. M. L. de. Ética e direito em “uma prova de amor”: análise jurídica sobre a possibilidade do irmão salvador como recurso médico. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 26, n. 2, p. 461-484, 2021. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/17744>. Acesso em: 10 set. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** – Direito de família. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, v.6, 2011.

KANT, Emanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Coleção Pensadores, Tradução Paulo Quintela. Coimbra, 1948.

LÔBO, Paulo. Do poder familiar. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1057, 24 mai. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8371>. Acesso em: 20 set. 2023.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 15. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2023.

MADALENO, Rolf. A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais. In, WELTER. Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (Coord). **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

MARIGHETTO, Andrea. **A dignidade humana e o limite dos direitos da personalidade**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-21/marighetto-dignidade-humana-limite-direitos-personalidade>. Acesso em: 28 ago. 2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**, vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1972

PERELMAN, Chaïm. e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. O. **Tratado da Argumentação**. Trad. de Maria E. G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes.

POMPEU, Renata Guimarães. **Autonomia privada na relação contratual**. 1 ed. Belo Horizonte: D'Placito, 2015.

PORFÍRIO, Francisco. **Diferenças entre o ser humano e os demais animais**; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/diferencas-entre-ser-humano-os-demais-animais.htm>. Acesso em 16 de setembro de 2023.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SILVA, Eduardo Moraes Lameu. **Limitações à autonomia privada**. 2018. 123 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde/FCH, Fundação Mineira de Educação e Cultura – Fumec, Belo Horizonte, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

VON SCHLIEFFEN, Katharina Gräffin. Como os juristas fundamentam: esboço de um modelo de argumentação retórica para a ciência do Direito. In: VON SCHLIEFFEN, Katharina Gräffin. **Illuminismo Retórico**: contribuições para uma teoria retórica do Direito. Trad. de João Maurício Adeodato. Curitiba: Alteridade, 2022.

CRIANÇA INTERSEXO E O "CIS-TEMA" QUE IMPÕE PROCEDIMENTOS PARA DEFINIÇÃO DE SEXO

BÁRBARA APARECIDA NUNES SOUZA¹

1 INTRODUÇÃO

A sociedade, em sua maioria cisgênera, costuma categorizar o sexo de forma binária, ou seja, somente o masculino ou feminino. No entanto existem outras identidades de gênero e tipos de sexualidade que merecem atenção e reconhecimento.

O avanço da tecnologia e o acesso à informação nos tornam cada dia mais conscientes sobre essas questões. Contudo, ainda não é o suficiente para que as pessoas não binárias sejam reconhecidas e tenham seus direitos garantidos desde o nascimento.

Neste cenário encontramos as pessoas intersexo, que são categorizadas pelos profissionais da medicina com portadoras de anomalias, sendo identificadas como tendo uma patologia que exige intervenções para se adequarem ao conceito de sexo binário.

As pessoas intersexo nascem com características físicas ou biológicas que não se encaixam nas definições típicas de masculino e feminino. O Conselho Federal de Medicina classifica tais indivíduos como pacientes portadores de anomalias de diferenciação sexual, considerando uma urgência biológica e social que requer adequação de gênero e tratamento em tempo hábil.

1 Mestranda em Direito das Crianças, Família e Sucessões pela Universidade do Minho; Pós-graduada em Planejamento Patrimonial, Familiar e Sucessório pela Faculdade Legale; Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa vinculado ao PPGD/FMP; Advogada; Correio eletrônico barbaranunes-souza@gmail.com.

Diante dessas narrativas, surge o questionamento: os procedimentos médicos realizados em criança nascida intersexo visam o melhor interesse da criança ou apenas desejam enquadrá-la em um padrão de gênero binário?

Esse questionamento se faz relevante, uma vez que a intervenção indicada pelo Conselho Regional de Medicina, quando realizada precocemente, pode trazer inúmeros danos para a criança, com consequências irreversíveis e desastrosas, tais como o sofrimento mental ao longo da vida, infertilidade permanente, dor, incontinência, perda do prazer sexual, dentre outros.

O presente estudo tem como objetivo analisar se as intervenções regulamentadas pelo Conselho Federal de Medicina observam o melhor interesse da criança intersexo, uma vez que, diante do vácuo legislativo acerca do tema, as famílias de crianças nascidas intersexo ficam sujeitas aos procedimentos e tratamentos impostos pelos referido órgão que, historicamente, já se demonstrou avesso à diversidade de gênero que não seja binária, motivo pelo qual o presente artigo reveste-se de grande importância, pois contribuirá com a disseminação de questões ainda indefinidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Para alcançar o objetivo proposto será utilizado o método dedutivo e buscar-se-á encontrar soluções para o problema de pesquisa, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, expondo através da busca de legislação, doutrina e jurisprudência e, na ausência desses, na interpretação de instrumentos normativos existentes, possíveis respostas de que se a submissão precoce de crianças intersexo às intervenções médicas é de fato em busca do melhor interesse delas.

Na primeira parte da pesquisa será abordado a intersexualidade e o sistema de gênero binário na sociedade brasileira, trazendo alguns exemplos de práticas adotadas em outros países. Na segunda parte, demonstrar-se-á os procedimentos indicados pelo Conselho Federal de Medicina, levantando-se a questão de eventuais ofensas aos direitos das pessoas intersexo. Por fim, será realizado uma análise para verificar se a prática médica atual observa o melhor interesse da criança intersexo e serão apresentadas as conclusões encontradas na presente pesquisa.

2 A PESSOA INTERSEXO E O 'CIS-TEMA' DE GÊNERO BINÁRIO

A sexualidade, mesmo com todo avanço da sociedade, tecnologia e medicina, ainda é alvo de muitos tabus, mitos, desconhecimento e preconceito. Grande parte da sociedade impõe estereótipos considerando apenas o modelo binário, ou seja, o masculino e o feminino, como padrão.

A diferença conceitual entre sexo e gênero foi imprescindível para demonstrar que o gênero não pode ficar adstrito à concepção binário-heterossexual em ter pênis ou vagina. A identidade de gênero vai muito além das questões meramente biológicas, sendo influenciada por fatores psicossociais (Costa, V. 2019).

De acordo com Santos e Cardin (2019), o termo “sexo” é utilizado para designar o órgão genital, enquanto “gênero” abrange outras características, uma vez que diz respeito à construção do que é ser homem e do que é ser mulher. Do ponto de vista biológico, o sexo pode ser demonstrado por outros fatores, como, por exemplo, os cromossomos, os hormônios, entre outros.

Cardin e Cazelatto (2016) explicam que os traços biológicos não são fatores que determinam a subjetividade do indivíduo e tampouco a sua identidade sexual, pois a identidade de gênero é construída individualmente por cada pessoa, integrando a personalidade humana.

Na sociedade ocidental, há uma idealização de que os seres humanos se dividem em homens e mulheres (Cysneiros; Garbelotto, 2019), o que resulta em preconceito e exclusão com outras diversidades que não se enquadram em tal padrão.

Nesse contexto encontramos as pessoas intersexuais, que não se encaixam nas características de apenas um dos sexos, apresentando uma situação corporal que não se alinha aos padrões impostos pela sociedade, motivo pelo qual são identificadas como portadoras de uma patologia (Silva, 2022).

O termo “intersexo” engloba diversas variações naturais do corpo em relação ao sexo. As pessoas intersexuais nascem com as características sexuais diferentes das noções binárias de corpos masculino e feminino, as quais podem ser visíveis já no nascimento ou podem se manifestar apenas na puberdade (ONU, 2023).

Conforme explica Cysneiros e Garbelotto (2019), a intersexualidade pode ocorrer de diversas maneiras e ser identificada em qualquer idade. Na maioria dos casos, é descoberta no nascimento do indivíduo, especialmente nos casos de genitália ambígua ou indefinida. No entanto, há outras formas da intersexualidade se manifestar, como sujeitos que apresentam um mosaico genético de cromossomos ou ainda aqueles que nascem com características hormonais e genéticas de um determinado sexo, mas sem o órgão sexual.

É importante ressaltar que, apesar da presença significativa de pessoas intersexuais na sociedade, elas ainda enfrentam discriminação e falta de tratamento adequado por parte da comunidade. A intersexualidade é uma condição real, estimando-se que entre 0,05% e 1,7% da população nasça com características intersexuais, um número semelhante ao percentual de pessoas ruivas. No Brasil, de acordo com Mendes (2019), a cada 1.200 nascidos vivos, um apresenta essa condição, totalizando 167 mil pessoas.

Contudo, por terem corpos que não se enquadram no binarismo “homem ou mulher” imposto pela sociedade, as pessoas intersexuais são frequentemente desconsideradas e negligenciadas, inclusive com a omissão do Estado em relação a leis e políticas públicas que poderiam garantir seus direitos e reconhecimento perante a sociedade (Santos; Cardin, 2019).

As pessoas intersexo, assim como a população LGBTQI+², estão cada vez mais conquistando seu espaço e reconhecimento na sociedade. No entanto, ainda está aquém do merecido e ideal, posto que são alvo de discriminação por muitos indivíduos e grupos. Costa H. (2019, p.15), quando questionada sobre questões ligadas a identidade de gênero, afirma que “tal como a ideologia naz, que provocou o holocausto, a ideologia de gênero é um dos braços da cultura da morte que promete destruir as bases da sociedade”.

Tal citação, demonstra o quão ainda precisa ser trabalhado para desconstruir a sociedade cis-hetero em que se vive. Não à toa o título da presente pesquisa mereceu o jogo de palavras “cis-tema” no lugar de “sistema”, uma vez que a sociedade está sustentada numa matriz cishete-

2 De acordo com Soliva e Gomes Júnior (2020), LGBTQI+ é uma sigla em que as letras representam Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Queers e Intersexo, com o objetivo de promover a inclusão e visibilidade de um amplo espectro de pessoas que possuem orientações sexuais ou expressões de gênero que divergem dos padrões cisheteronormativos.

ronormativa, ou seja, o sexo, o gênero e os desejos dos indivíduos devem ser pautados pela classificação binária masculino-feminino e pela heterossexualidade (Trindade, 2020).

Obrigar que os corpos sejam enquadrados nos padrões binários conhecido socialmente como masculino e feminino é algo criado pelo ser-humano. Não se pode atribuir à biologia uma anormalidade, pois dela mesmo se originou a intersexualidade. Conforme explica Silva (2022), ao contrário da sociedade, a natureza não é binária, não à toa a própria natureza cria corpos não binários.

É inegável que o binarismo masculino-feminino é imposto pela sociedade, pois em outras culturas existem diversos tipos ou categorias de indivíduos que fogem de tal padronização. Segundo Cysneiros e Garbelotto (2019), na Índia, por exemplo, há os povos aravanis (pessoas que nascem homem, mas em estágio precoce de desenvolvimento adotam papéis femininos) e os povos hijras (mulheres trans).

Em Papua-Nova-Guiné há o terceiro sexo chamado kwolu-aatmwol (que são as crianças que nascem com um sexo, mas na puberdade desenvolve outro) e no México, existem os muxes (que possuem sexo próprio, não se enquadrando em homem ou mulher).

Além disso, segundo o Portal Geledés (2017), a Comissão de Direitos Humanos de Nova York (EUA) oficializou a multiplicidade das identidades de gênero, reconhecendo 31 tipos de gênero, que deverão ser utilizados em âmbitos profissionais e oficiais.

A mera categorização dos indivíduos já se revela questionável. Excluir categorias ou querer que elas se moldem às impostas se mostra inadmissível numa sociedade em que se tem como direito fundamental a autodeterminação sexual. Não reconhecer outras categorias para além da masculina e feminina é uma forma de violência contra os demais sujeitos que não se encaixam nelas. Segundo Costa V. (2019), a violência de gênero já se inicia quando a sociedade obriga o indivíduo a se encaixar nos padrões em que corpos com pênis se identifiquem com o gênero masculino, e aqueles com vagina se reconhecem como femininos.

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê expressamente em seu artigo 5º que todos são iguais perante a lei e, em seu artigo 3º, que ninguém deve sofrer discriminação em razão do sexo. No entanto, na prática, não é o que ocorre. A sociedade, ao estigmatizar de-

terminados padrões dá origem à homofobia ou à intersexofobia, como no presente caso, o que intensifica a vulnerabilidade das minorias que não se enquadram nos padrões e acabam por muitas vezes tendo seus direitos violados (Cardin; Cazelatto, 2016).

Em virtude de seus corpos serem vistos pela sociedade como diferentes ou fora da normalidade imposta pelo sistema binário, as pessoas intersexos acabam sofrendo múltiplas violações dos direitos humanos, incluindo violações de seus direitos à saúde e à integridade física, a serem livres de tortura e de maus tratos, e à igualdade e à não discriminação (ONU, 2023).

3 INTERVENÇÕES MÉDICAS PRECOCE: UMA OFENSA AOS DIREITOS DA PESSOA INTERSEXO

As crianças nascidas intersexo são as que mais sofrem violação dos seus direitos, seja por não poderem expressar sua vontade, seja por serem submetidas a procedimentos que não lhe trarão benefícios a curto prazo e que, a longo prazo, poderão acarretar diversas consequências negativas em suas vidas e bem-estar.

Em virtude do vácuo legislativo acerca do tema, o Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução 1.664/2003 regulamenta questões relacionadas as pessoas intersexo, indicando, que estas devem ser submetidas a tratamentos e intervenções cirúrgicas.

É importante destacar que o CFM caracteriza as pessoas intersexo como pacientes de anomalias de diferenciação sexual, ou seja, tratam o assunto como uma patologia. Na exposição de motivos da referida resolução, ressaltam que o nascimento de crianças com sexo indeterminado é uma urgência biológica e social, considerando a intersexualidade como uma disfunção e um problema, o que leva as crianças a serem submetidas precocemente a intervenções médicas.

Os conceitos e motivos da resolução do CFM demonstram que tal norma está pautada no binarismo de gênero e não na saúde ou risco de morte do paciente. A imposição de uma definição sexual ofende os direitos humanos das pessoas intersexo e afronta os princípios da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da autodeterminação sexual (Mendes, 2019).

A regulamentação do CFM dispõe que, assim que o recém-nascido é diagnosticado como intersexo, deve-se iniciar o procedimento necessário para a designação de um sexo. No entanto, o direito à autodeterminação, previsto no artigo 5º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil, em que dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, inclui crianças e adolescentes. Mesmos sujeitos ao poder familiar e em virtude da incapacidade civil, tal decisão não pode ficar a cargo dos pais ou responsáveis, pois estes também desconhecem a identidade de gênero que a criança desenvolverá no futuro.

Diante dos inúmeros arranjos formados pelo sexo, gênero, orientação sexual e outros, não é concebível que o CFM oriente que crianças nascidas intersexo sejam submetidas a cirurgias e tratamentos para adequação de sexo nos padrões binários masculino e feminino. A existência de apenas dois sexos não pode forçar bebês intersexos a sofrerem intervenções médicas e, muitas vezes, mutilações, para se adequarem ao que a sociedade julga ser normal.

Santos e Cardin (2019) afirmam que as cirurgias ditas corretivas revelam ofensa a integridade física, psíquica e moral das crianças, além de lhes tirar o direito ao livre desenvolvimento, principalmente pelo fato de que intervenções cirúrgicas na tenra idade podem desencadear diversas disfunções sexuais na vida adulta deste ser. Embora os médicos aleguem que as intervenções cirúrgicas são corretivas, grande percentual das cirurgias realizadas em crianças intersexo são apenas estéticas, uma verdadeira mutilação chancelada pela Conselho Federal de Medicina.

De acordo com Trindade (2020), as intersexualidades são consideradas por muitos biomédicos como uma questão inteiramente biológica e, na maioria dos casos, sem qualquer risco à saúde. O que demonstra, mais uma vez, que as intervenções médicas indicadas para normalização e definição de um sexo categorizado no sistema binário, nada mais é do que uma forma de reforçar o binarismo e invisibilizar a intersexualidade.

A cirurgia recomendada pelo CFM, conforme explica Silva (2022), consiste em um procedimento, na maioria dos casos, meramente estético, uma vez que a intersexualidade não causa prejuízos ao corpo. De acordo com Oliveira (2015), a recomendação no pós-operatório é que se esqueça a intersexualidade, revelando que a invisibilidade das pessoas

intersexo seria a melhor opção para a manutenção do binarismo como a normalidade social.

As intervenções médicas consideradas normalizadoras ofendem a integridade física das pessoas intersexo, uma vez que, em grande parte dos casos, conforme explica Silva (2022), acabam por mutilar as genitálias do indivíduo, sendo tal procedimento irreversível.

Essas intervenções médicas, feitas sob alegações quanto à necessidade de adequação de sexo, ofendem ainda o princípio n.º 18 de Yogyakarta, que dispõe que nenhuma pessoa deve ser forçada a submeter-se a qualquer forma de tratamento, procedimento ou teste, físico ou psicológico, ou ser confinada em instalações médicas com base na sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Além disso, conforme explica Oliveira (2015), são realizadas quando a pessoa intersexual ainda não consegue manifestar seus próprios interesses e tampouco decidir se deseja ser submetida as intervenções cirúrgicas ou ainda escolher uma das anatomias sexuais indicadas, ou seja, é retirado da criança a autonomia para decidir sobre seu próprio corpo, sendo ela ignorada enquanto pessoa e sujeito de direitos.

Segundo Vieira e Gonçalves (2019), a intervenção realizada antes dos dois anos de idade tem função exclusiva de incluir esta pessoa em uma categorização binária que, no futuro, poderá acarretar inúmeros problemas, uma vez que pacientes submetidos as intervenções enquanto neonatos, na fase adulta, acabam por rejeitar o sexo designado.

Ademais, não se conhece estudo científico, mesmo internacional, que chegue a um consenso médico quanto à necessidade da realização imediata dos procedimentos médico-cirúrgicos terapêuticos (Guimarães; Barboza, 2014). Embora o ordenamento jurídico brasileiro ainda esteja omissivo acerca do tema, alguns países já legislaram sobre o assunto. Portugal, por exemplo, na Lei n.º 38/2018, de 07 de agosto, que dispõe sobre o direito à autodeterminação da identidade de gênero e expressão de gênero e à proteção das características sexuais de cada pessoa, prevê em seu artigo 5º que os tratamentos e as intervenções cirúrgicas, farmacológicas ou de outra natureza que impliquem modificações ao nível do corpo e das características sexuais da pessoa menor intersexo só poderão ser realizados em situações de comprovado risco para a saúde ou após o momento em que esta manifeste a sua identidade de gênero.

Na Alemanha, de acordo com Leivas *et al.* (2023), a lei sobre proteção de crianças com variantes de desenvolvimento sexual proíbe cirurgias com a intenção de adequação da aparência física ao sexo masculino ou ao feminino.

O cenário mundial demonstra que a discussão sobre as intervenções médicas realizadas em crianças intersexo revela a urgência no ordenamento jurídico brasileiro. Alinhados com países que já avançaram nessa temática, é essencial que a sociedade brasileira e as autoridades adotem uma abordagem inclusiva e respeitosa, assegurando a promoção do bem-estar e dos direitos das pessoas intersexuais, contribuindo para uma sociedade mais justa e igualitária.

4 A TOMADA DE DECISÃO: A FAVOR DA CRIANÇA OU DO "CIS-TEMA" DE GÊNERO BINÁRIO?

Segundo Santos e Martins (2023), a ocorrência de 1,7% da população mundial ser intersexo pode ser ainda maior, devido às questões culturais de invisibilidade. Ou seja, há a possibilidade de pessoas intersexos estarem invisíveis em virtude dos padrões binários do que é socialmente conhecido como masculino e feminino.

Nas palavras de Trindade (2020, p. 11), “o que se considera verdade é apenas um produto que deriva, não da observação objetiva do mundo, mas das interações nas quais as pessoas estão envolvidas”. No caso das crianças intersexo é isso que ocorre ao serem submetidas a procedimentos em período neonatal, o objetivo é tão somente a adequação a um padrão estético tido como normal pela sociedade (Mendes, 2019).

As crianças e adolescentes devem ter seu melhor interesse da criança preservado, sendo o objetivo a garantia da absoluta prioridade em suas questões. O Estatuto da Criança e do Adolescente assegura a eles não apenas o gozo de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, mas também a efetivação prioritária dos direitos relacionados à vida, à saúde, à dignidade, ao respeito, entre outros. Ou seja, as necessidades e a proteção da criança devem ser consideradas como prioridade quando confrontada com outros interesses.

O princípio do melhor interesse da criança visa garantir que todas as decisões e ações relacionadas a crianças levem em consideração

o que é mais benéfico para o desenvolvimento, segurança e bem-estar delas. É um princípio reconhecido como direito fundamental, que possui uma diretriz determinante nas relações que envolvem crianças e adolescentes, com seus pais, sua família, a sociedade e o Estado (Pereira, 2011).

De acordo com Dias (2021), a pessoa é um sujeito de direitos, independente da ambiguidade genital, fato este que não pode impedi-la de exercer seus direitos. E, sendo criança, os procedimentos médicos são realizados sem o consentimento consciente, livre e informado dos principais interessados, os quais visam enquadrar a criança intersexo na ideologia normalizadora hegemônica, caracterizando um desrespeito à pessoa e à sua possibilidade de viver como intersexual.

O Conselho Federal de Medicina, na Resolução n.º 1.664/2003, dispõe que no momento da definição de sexo, os familiares ou responsáveis legais, e eventualmente o paciente, devem estar suficiente e devidamente informados de modo a participar da decisão, ou seja, tratando-se de criança recém nascida, ficará a cargo do pais ou responsáveis a participação na escolha da definição do sexo.

O CFM considera ainda que, tratando-se de uma urgência biológica e social, não se pode aguardar a maturidade do paciente. Assim sendo, a previsão de que o paciente “eventualmente” participará da tomada de decisão é algo que, na prática, de fato, não existe, pois, conforme explica Souza, Lima e Borges (2022), o sujeito somente irá participar se tiver maturidade etária. Dessa forma, criança e adolescente enquanto incapazes terão desprivilegiado seu posicionamento sobre o seu próprio corpo.

Conforme explica Mendes (2019), o Estado brasileiro é omissivo na defesa dos direitos da pessoa intersexual, especialmente quando se trata de criança, restando aos pais e responsáveis a tomada de decisão acerca dos procedimentos médicos, cuja decisão, na maioria dos casos, é influenciada pelo argumento dos médicos ao relatarem a discriminação da qual as pessoas intersexo sofrem, o que acaba por convencê-los a autorizar os procedimentos para enquadramento em um dos sexos do padrão binário.

Os tratamentos buscam que os corpos se desenvolvam baseados nos conceitos dos padrões binários de masculino e feminino. A Organização das Nações Unidas já se manifestou contrária à intervenção precoce, afirmando que

[...] esses procedimentos, frequentemente irreversíveis, podem causar infertilidade permanente, dor, incontinência, perda do prazer sexual, assim como sofrimento mental ao longo da vida, incluindo depressão. Além disso, geralmente esses procedimentos são realizados sem o consentimento completo, livre e informado da pessoa interessada, que é frequentemente muito jovem para participar do processo de tomada de decisão, e podem violar seus direitos à integridade física, a não ser objeto de tortura e maus tratos, e a não ser submetida a práticas nocivas. (ONU Livres & Iguais, 2023).

De acordo com Leivas *et al.* (2023), a interpretação de que os procedimentos precoces realizados em crianças violam os direitos humanos não é consensual, uma vez que no campo da medicina a indicação é de que a realização dos tratamentos precoce visa atender o melhor interesse da criança, pois viabilizam a adequação da criança às normas sociais do corpo sexuado.

No entanto, tal justificativa não se torna plausível, posto que baseado no sistema cisgênero de forma binária imposto pela sociedade e não por questões prejudiciais à saúde da criança. De acordo com Vieira e Gonçalves (2019), tendo em vista a importância da identidade de gênero do sujeito, esta não pode ser escolhida por outrem, uma vez que a autonomia da vontade do sujeito deve prevalecer.

Embora os avanços tecnológicos, em especial na área médica, sejam de grande valia para a população, há necessidade de que a classe médica evolua enquanto sociedade também, principalmente quanto à interpretação daquilo que juraram na sua formação, ao ratificar o juramento de Hipócrates (2017), ou seja, respeitar a autonomia e a dignidade do paciente e a não usar o conhecimento para violar direitos humanos.

Os médicos, enquanto profissionais da saúde, deveriam ser os primeiros a reconhecer os mais diversos tipos de sexualidade existentes, deixando de considerar normal apenas aquela categorização de masculino e feminino, foco das pessoas que reconhecem apenas os cisgêneros, na sua mais comum forma binária.

É de extrema importância a despatologização da intersexualidade, de modo que os médicos dediquem seus esforços não a convencer de que a cirurgia é a melhor opção em virtude da discriminação, por exemplo, e sim repensar sexo e gênero, de modo a ampliar os conceitos para além do binarismo de gênero.

Não se admite que a intersexualidade seja classificada como uma patologia, uma vez tal categorização é pautada em estereótipos defasados, e os interesses da criança intersexo não podem ser sacrificados em prol daquilo que hoje está obsoleto (Santos; Cardin, 2019).

A imposição de uma definição sexual baseada exclusivamente no binarismo de gênero vai contra os direitos fundamentais das pessoas, além de ofender os direitos humanos e, a depender das tratativas, mutilar e torturar pessoas que sequer deram sua opinião sobre o caso.

O tratamento desnecessário e precoce que ocorre sem o consentimento do sujeito principal do processo ocasiona diversas experiências negativas e prejudiciais nas pessoas intersexo (Leivas *et al.* 2023). Conforme explica Santos e Cardin (2019), a sexualidade e o gênero são fundamentais para a vida do indivíduo, e a possibilidade de a criança não ser submetida a intervenções precoces encontra respaldo em documentos internacionais, ratificados pelo Brasil.

É histórica a dificuldade que a comunidade médica tem em aceitar a diversidade, não à toa até os anos 90 a homossexualidade era considerada doença e somente em 2018 a transexualidade saiu da lista de classificação internacional de doenças (CID).

Além do mais, a Resolução do CFM que dispõe sobre a intervenção e tratamentos em crianças intersexo, em sua exposição de motivos não deixa dúvidas de que os procedimentos adotados objetivam exclusivamente a “normalização” do sexo, insistindo em um padrão binário em que só se pode ser homem ou mulher.

A própria exposição de motivos da resolução parece não concordar com a cirurgia nas crianças, pois, além de considerar que “uma definição precoce, mas inadequada, também pode ser desastrosa”, assume que “ninguém pode garantir que, apesar dos mais criteriosos conceitos, a definição sexual tardia dessa pessoa acompanhará o que foi determinado no início de sua vida”

Pelas exposições, entende-se que a cirurgia nada mais é do que uma tentativa de encaixar o corpo intersexo nos padrões binários de sexo, uma vez que o CFM força a pessoa intersexo a se adequar a um sistema de coerção hegemônica heteronormativo e bionormativo.

Tratando-se de criança que ainda não tem habilidade e tampouco discernimento para consentir à intervenção, ficando a cargo do médico

e da família tal decisão, de acordo com Mendes (2019), a tortura está claramente caracterizada pelo sofrimento físico e psíquico em que são submetidas, podendo-se falar ainda em mutilações, quando vítimas das intervenções cirúrgicas, uma vez que sequer deram seu consentimento.

Corroborando com o que o próprio CFM relata na exposição de motivos, Mendes (2019) afirma que na literatura científica internacional não há um consenso sobre a necessidade de realizar precocemente a dita cirurgia de correção (exceto quando há riscos para saúde).

Tais procedimentos, de acordo com a ONU (2023), em sua grande maioria são irreversíveis e, além do sofrimento mental ao longo da vida, podem ainda causar infertilidade permanente, dor, incontinência, perda do prazer sexual, dentre várias outras consequências negativas.

Em virtude da complexidade e das consequências que envolve o procedimento, é necessário que a pessoa esteja completamente assistida e ativa nas tratativas. O consentimento livre e informado deve partir da própria pessoa e não de terceiros, como no caso das crianças que, em virtude da idade e da incapacidade civil, tem nos pais ou responsáveis os titulares da tomada de decisão acerca dos tratamentos e intervenções cirúrgicas.

A pessoa intersexo deve autorizar expressamente a realização da cirurgia e, exceto no caso de riscos para saúde em que o procedimento deve ser feito imediatamente, tal autorização não pode partir dos pais, uma vez que o direito à autodeterminação sexual é personalíssimo e indisponível (Mendes, 2019).

A não participação do sujeito intersexo na tomada de decisão da cirurgia ofende seus direitos à integridade física e psíquica, à autonomia privada, à intimidade, dentre vários outros, os quais trarão consequências negativas e irreversíveis para o resto da vida da pessoa. De acordo com a ONU,

[...] muitos adultos intersex que foram expostos a tal cirurgia quando crianças enfatizam a vergonha e o estigma relacionados à tentativa de apagar suas características intersexuais, assim como significativo sofrimento físico e mental, incluindo aquele resultante das extensas e dolorosas cicatrizes. Muitos outros sentem que foram forçados a se inserir em categorias de sexo e gênero nas quais não se encaixam. Dado seu caráter irreversível e seu impacto na integridade física e na autonomia das pessoas, tais procedimentos cirúrgicos desnecessários ou tratamentos não requisitados devem ser proibidos. (ONU Livres & Iguais, 2023).

Conforme afirmam Santos e Cardin (2019), é fundamental que a família do bebê intersexo receba acompanhamento multidisciplinar, incluindo aquele de cunho psicológico. No entanto, esse acompanhamento não deve ter o intuito de realizar tratamentos no bebê visando enquadrá-lo nos padrões binários, mas sim visando proporcionar a ele um ambiente acolhedor e esclarecedor quanto ao seu corpo e identidade, para que, somente após seu desenvolvimento como pessoa intersexo este possa manifestar suas intenções e optar, ou não, pelas intervenções médicas.

Fazer com que os pais ou responsáveis determine o sexo da criança já nos primeiros dias de vida é acreditar que a criança, ao longo do seu desenvolvimento, irá incorporar características daquele determinado gênero. No entanto, na maioria dos casos, não é o que ocorre, principalmente porque a pessoa intersexo pode não se identificar como homem ou mulher, ela pode, simplesmente, querer ser reconhecida como é, uma pessoa intersexo. A intervenção médica logo após o nascimento do bebê intersexo se mostra completamente contra ao melhor interesse da criança, pois esta pode crescer e não ter como objetivo ser cisgênero.

A pessoa nascida intersexo tem o direito de existir como intersexo, não sendo necessário se enquadrar no binarismo de homem e mulher para poder ser aceita pela sociedade. As decisões que os pais ou responsáveis legais possam vir a tomar quanto às cirurgias de normalização do sexo, em sua maioria mutiladoras, podem ser irreversíveis e causar danos irreparáveis às crianças intersexuais.

Os tratamentos médicos quando não há risco para a saúde da criança se mostram completamente contra o melhor interesse dessa, uma vez que não há garantia alguma de que o sexo designado na intervenção será aquele com o qual o paciente se identificará no futuro (Silva, 2022).

A Resolução n.º 1, de 29 de janeiro de 2018, do Conselho Federal de Psicologia, ao normatizar a atuação dos profissionais da área em relação às pessoas transexuais e travestis, em sua lista de considerações, resume a sociedade atual ao afirmar que “a cisonormatividade refere-se ao regramento social que reduz a divisão das pessoas apenas a homens e mulheres, com papéis sociais estabelecidos como naturais”. Afirma ainda que tal sistema impõe a heterossexualidade como única orientação sexual e que exclui pessoas que não expressam ou não possuem identidade de gênero concordante com aquela designada no nascimento.

A mesma classe de profissionais, em seu Conselho Regional de São Paulo, em nota técnica sobre a atuação dos profissionais de psicologia no atendimento a pessoas intersexo, orientam que não cabe nenhum tipo de viés patológico e que o atendimento deve ser focado na promoção da qualidade de vida da pessoa e na construção da sua identidade e nunca na normatização genital ou afirmação de gênero, pois entendem que ser intersexo não é psicopatologia, transtorno mental ou inadequação.

Aos poucos, um terceiro gênero vem sendo reconhecido pela sociedade. O Conselho Nacional de Justiça, por meio do Provimento N° 122 de 13/08/2021 do CNJ, dispõe sobre o assento de nascimento no Registro Civil das Pessoas Naturais nos casos em que o campo sexo da Declaração de Nascido Vivo ou na Declaração de Óbito fetal possa ser preenchido como “ignorado”, considerando que tais formulários passarão a ter três opções de preenchimento: “masculino”, “feminino” e “ignorado”.

Embora o “ignorado” não seja a nomenclatura mais respeitosa e adequada à situação da pessoa intersexo, a resolução fora um avanço para o tema, pois, até então, o que se tinha era insegurança jurídica, uma vez que, por exemplo, em setembro de 2021, a 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo reformou uma sentença reconhecendo o direito de determinada pessoa incluir em seu registro civil a informação de “gênero não especificado/agênero”, sob fundamento de que não se justifica a distinção entre binários e não binários. No entanto, no mesmo ano, menos de um mês após a primeira decisão referida, a 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, negou provimento ao recurso que buscava a inclusão de gênero neutro no registro civil, sob fundamento de que o sistema legal brasileiro contempla apenas a existência de dois gêneros, o masculino e o feminino.

Ou seja, o Tribunal que se demonstrava contemporâneo e que respeita o direito de a pessoa não ser discriminada em razão do sexo ao reconhecer o gênero não especificado é o mesmo que disse que o sistema legal brasileiro contempla apenas a existência de dois gêneros.

Importa aqui esclarecer que, embora em alguns textos os conceitos de sexo e gênero se confundam, de acordo com Mendes (2019), a intersexualidade é de natureza biológica, podendo ser diferente da identidade de gênero e da orientação sexual, ou seja, uma pessoa intersexo pode se identificar como mulher, como homem, ambos ou nenhum deles e pode ainda

ser lésbica, bissexual, heterossexual ou de outra natureza, pois cada indivíduo possui a liberdade de expressar sua identidade de gênero e orientação sexual de acordo com suas experiências e vivências pessoais.

Destarte, percebe-se que, aos poucos, a sociedade vem reconhecendo a intersexualidade e que, exceto nos casos em que esse fator acarreta risco à saúde ou à vida do bebê, os tratamentos indicados pelo CFM buscam apenas normalizar a criança ao sistema binário de masculino e feminino, uma vez que não se verificou até o momento outra razão para realizar tais intervenções tão precocemente.

5 CONCLUSÃO

É inegável que a sociedade impõe uma ideia restrita de normalidade, seguindo uma matriz cisheteronormativa que reconhece apenas os gêneros masculino e feminino, marginalizando e ignorando aqueles que não se encaixam nesses padrões estabelecidos.

Nesse contexto, as pessoas nascidas intersexo, especialmente quando ainda crianças, são frequentemente negligenciadas, principalmente devido à falta de ação do Estado em relação a esse tema. Elas acabam sendo submetidas às normas do Conselho Federal de Medicina, que sugerem intervenções para “corrigir” a suposta anomalia logo que a condição é identificada.

Sem dúvida, intervenções médicas são necessárias quando há risco à saúde ou à vida da pessoa intersexo. Entretanto, da leitura da resolução do CFM sobre o assunto, depreende-se claramente que, na maioria das vezes, o tratamento visa apenas adequar a pessoa ao sistema binário de masculino e feminino.

O Estado deve se posicionar não para proibir completamente os tratamentos e intervenções recomendados pelo Conselho Federal de Medicina, mas sim para criar medidas que garantam os direitos da pessoa intersexo, especialmente quando ela ainda não é capaz de expressar seus próprios interesses, como é o caso das crianças. Elas merecem ter sua integridade física protegida e sua autonomia respeitada, uma vez que esses procedimentos não podem ser baseados apenas em normas culturais, de gênero e em crenças discriminatórias sobre pessoas intersexo e sua integração na sociedade.

A desconstrução desse “cis-tema” requer esforços contínuos para promover uma sociedade mais inclusiva, diversa e respeitosa, na qual todas as identidades de gênero e sexualidade sejam valorizadas e reconhecidas.

Diante desses fatos, pode-se concluir que os tratamentos médicos em crianças intersexo, quando a intersexualidade não coloca em risco sua saúde ou vida, não devem ser realizados precocemente.

Tais intervenções médicas devem ser adiadas até que a criança tenha maturidade suficiente para consentir e escolher como deseja ser reconhecida na sociedade. Afinal, uma pessoa intersexo pode não se identificar estritamente como homem ou mulher, e pode simplesmente desejar ser reconhecida como é.

Proibir que intervenções médicas ocorram precocemente, com o único propósito de enquadrar a criança intersexo em um modelo binário de masculino e feminino, é uma maneira de impulsionar mudanças significativas em busca de um mundo mais justo e igualitário para todos. Respeitar a individualidade e a autodeterminação dessas pessoas é um passo essencial para construir uma sociedade verdadeiramente inclusiva e respeitosa com as diversas experiências de gênero.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL. Compromisso médico. **Juramento de Hipócrates**. Chicago: 68ª Assembleia, 2017. Disponível em: <https://www.crmpr.org.br/Juramento-de-Hipocrates-1-53.shtml>. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento n.º 122, de 13 de agosto de 2021. **Dispõe sobre assento de nascimento no Registro Civil das Pessoas Naturais nos casos em que o campo sexo da Declaração de Nascimento Vivo (DNV) ou na Declaração de Óbito (DO) fetal tenha sido preenchido “ignorado”**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4066>. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16

jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 27 jul. 2023.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. Da vulnerabilidade social das minorias sob a perspectiva jurídica. *In*: SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (org.). **Os direitos e as pessoas vulneráveis na contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n.º 1.664/2003. **Dispõe sobre as normas técnicas necessárias para o tratamento de pacientes portadoras de anomalias de diferenciação sexual**. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2003/1664_2003.pdf. Acesso em 27 jul. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Resolução n.º 1/2018. **Estabelece normas de atuação para as psicólogas e os psicólogos em relação às pessoas transexuais e travestis**. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/01/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CFP-01-2018.pdf>. Acesso em 27 jul. 2023.

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DE SÃO PAULO. **Nota técnica e orientativa do CRP SP: A atuação profissional de psicólogas/os no atendimento às pessoas intersexo**. Disponível em: <https://www.crp.org/uploads/impresso/282383/-1qSotY369iEwQJbXXdxUesZS2YRbXLw.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2023.

COSTA, Fabrício Veiga. A problemática jurídica da transexualidade infantil para além do binarismo. *In*: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). **Transgêneros**. 1. ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2019. p. 41-62.

COSTA, Maria Helena. **Identidade de gênero: toda a verdade**. 1. ed. Almada: Emporium Editora, 2019.

CYSNEIROS, Adriano Barreto; GARBELOTTO, Filipe de Campos. A necessidade despatologização da intersexualidade. *In*: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). **Transgêneros**. 1. ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2019. p. 97-110.

DIAS, Maria Berenice. **Me aceita como eu sou!** Disponível em: <https://berenicedias.com.br/me-aceita-como-eu-sou/>. Acesso em: 27 jul. 2023.

GUIMARÃES, Anibal; BARBOZA, Heloisa Helena. Designação sexual em crianças intersexo: uma breve análise dos casos de “genitália ambígua”. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, vol. 30, p. 2177-2186, out. 2014. Disponível em: <https://cadernos.ensp.fiocruz.br/ojs/index.php/csp/article/view/5597/11612>. Acesso em: 27 jul. 2023.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo *et al.* Violações de direitos humanos nos procedimentos normalizadores em crianças intersexo. **Cadernos Saúde Pública**, v. 39, n. 1, fev. 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311XPT066322>. Acesso em: 27 jul. 2023.

MENDES, Alessandra Torres Vaz. O direito humano fundamental das pessoas intersexo à autodeterminação sexual. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, v. 18, n. 54, p. 383-405, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-54-julho-dezembro-2019/o-direito-humano-fundamental-das-pessoas-intersexo-a-autodeterminacao-sexual>. Acesso em: 27 jul. 2023.

OLIVEIRA, Ana Carolina Gondim de Albuquerque. Os corpos refeitos: a intersexualidade, a prática médica e o direito à saúde. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**, Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 1-25, jan./dez. 2015. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistagsd/article/view/935/PDF>. Acesso em: 27 jul. 2023.

ONU LIVRES & IGUAIS. **Igualdade e não discriminação**. Disponível em: <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2018/10/Equality-And-Non-Discrimination-PT.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2023.

PEREIRA, Tânia da Silva. Em busca do melhor interesse da criança. **Encarte especial baseado nas palestras e debates do seminário Além da adoção, realizado em 29 de agosto**, no Teatro Eva Hertz, em São Paulo. Le Monde Diplomatique Brasil, out. 2011. Disponível em: <https://www.calameo.com/read/000958877d755a676a9f8>. Acesso em: 8 ago. 2023.

PORTAL GELEDÉS. **Nova York passa a reconhecer 31 gêneros diferentes**. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/nova-york-passa-reconhecer-31-generos-diferentes/>. Acesso em: 27 jul. 2023.

PORTUGAL. **Lei n.º 38, de 07 de agosto de 2018**. Autodeterminação da identidade de gênero e expressão de gênero. Disponível em: <https://www.pgdlisboa.>

pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2926A0005&nid=2926&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=. Acesso em: 27 jul. 2023.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Tradução Jones de Freitas. jul. 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 27 jul. 2023.

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, Belém**, v. 5, n. 2, p. 96-115, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistagsd/article/view/6115/pdf>. Acesso em: 27 jul. 2023.

SANTOS, Thais Emília de Campos dos; MARTINS, Raul Aragão. Intersexo, identidade biopolítica e a educação. **Educação: Teoria e Prática**, Rio Claro, v. 33, n. 66, jun. 2023. Disponível em: <https://www.periodicos.rc.biblioteca.unesp.br/index.php/educacao/article/view/17413/12754>. Acesso em: 26 jul. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (3ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível 1001973-14.2021.8.26.0009. Relator: Des. Carlos Alberto de Salles, 28 de setembro de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**, 28 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1709632740>. Acesso em: 27 jul. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (8ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível 1112624-68.2020.8.26.0100. Relator: Des. Alexandre Coelho, 25 de agosto de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**, 30 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1709549819>. Acesso em: 27 jul. 2023.

SILVA, Lucas Bittencourt Silva. Quais corpos merecem existir? A intersexualidade e a cirurgia “normalizadora” como uma violação aos direitos das crianças nascidas com genitália ambígua. **Revista Direito e Sexualidade**, Salvador, v. 3, n. 1, p. 99-125, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/revdirsex/article/view/45120/27026>. Acesso em: 27 jul. 2023.

SOLIVA, Thiago Barcelos; GOMES JUNIOR, João. Entre vedetes e “homens em travesti”: um estudo sobre corpos e performances dissidentes no Rio de Janeiro na primeira metade do século XX (1900-1950). **Locus**: Revista de História, [S. l.], v. 26, n. 1, p. 123-148, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/locus/article/view/30003>. Acesso em: 7 ago. 2023.

SOUZA, Andrea Santana Leone de; LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A proteção dos direitos à identidade da criança intersexo: um olhar para além do registro civil. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, vol. 13, n. 02, 2022, p.1200-1223. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2022/66861>. Acesso em: 27 jul. 2023.

TRINDADE, Luana Ferreira. **Vivências das pessoas intersexo no Brasil e em Portugal**: uma aproximação psicológica crítica. 2020. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação, Universidade do Porto, Porto, 2020. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10216/132206>. Acesso em: 26 jul. 2023.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; GONÇALES, Anderson Aguiar. Intersexo: implicações de um corpo em desacordo com as normas sociais. *In*: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). **Transgêneros**. 1. ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2019. p. 75-96.

SINAIS EXTERIORES DE RIQUEZA NAS REDES SOCIAIS COMO CAUSA PARA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE ALIMENTOS

LUCIANA IGNÁCIO KRIEGER¹

MARINA MAYER PEREIRA²

VICTÓRIA BARBOZA SANHUDO³

1 INTRODUÇÃO

Os alimentos, no direito brasileiro, possuem significativa importância, dada sua imprescindibilidade ao sustento e à subsistência daquele que os recebe. Especificamente na área do Direito de Família, é comum que sejam pleiteados tanto nas relações parentais, como após o término das relações conjugais, tendo como principal fundamento a solidariedade

- 1 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 “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal”, junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. Endereço eletrônico: krieggerluciana@gmail.com.
- 2 Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões e em Direito Ambiental e Urbanístico, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - FMP/RS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP/RS e coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. Endereço eletrônico: marinamayerrpereira@gmail.com.
- 3 Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul - FMP/RS. Especializanda em Direito de Família e Sucessões pela FMP/RS e em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Advocacia - ESA/OAB. Integrante do Grupo de Pesquisa “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e a Constituição Federal”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP/RS. Advogada. Endereço eletrônico: victoriabsanhudo@gmail.com.

familiar (além dos fundamentos específicos que cada situação concreta reclama, a exemplo do dever de sustento no caso de pais e filhos).

No âmbito da relação jurídica processual, devem ser fixados sempre de acordo com as necessidades do alimentado e possibilidades do alimentante, que não deve ver seu próprio sustento ameaçado pelo valor a ser destinado ao adimplemento da obrigação alimentar. Ocorre, todavia, que não raras vezes o credor da verba enfrenta dificuldades no que tange à demonstração dos recursos da pessoa obrigada pelas mais diversas circunstâncias fáticas.

Diante disso, vem sendo desenvolvida pela doutrina, com boa aceitação da jurisprudência, teoria segundo a qual publicações em redes sociais e sinais de riqueza exteriorizados pelo devedor devem ser levados em consideração para determinar suas possibilidades quanto ao pagamento dos alimentos. É a denominada “teoria da aparência”.

Nesse cenário, o presente trabalho tem como objetivo central examinar se as postagens realizadas na internet pelo devedor, partindo da premissa da adoção da teoria da aparência, são aptas a ensejar a determinação jurisdicional de distribuição dinâmica do ônus da prova nas ações de alimentos, de sorte a facilitar a materialização do crédito ao alimentado, que, como regra, é o polo mais vulnerável da relação.

Quanto à metodologia, observa-se a abordagem qualitativa, com objetivo exploratório e procedimento de pesquisa bibliográfica, além de ser utilizado o método hipotético-dedutivo. A pesquisa é dividida em três capítulos, sendo que no primeiro deles são feitas considerações acerca das peculiaridades das ações de família e do direito processual como veículo de concretização do direito material; no segundo, é abordado o binômio necessidade-possibilidade sob a ótica das novas dinâmicas relacionais, sobretudo da exposição da vida privada nas redes sociais; e, por fim, no terceiro, examina-se a validade das provas digitais e a distribuição do ônus da prova nas ações de alimentos.

2 VICISSITUDES DAS AÇÕES DE FAMÍLIA E O DIREITO PROCESSUAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO MATERIAL

O Direito de Família, com o marco da promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser delineado pela ótica dos valores da dignidade e realização da pessoa humana. Diante de tantas alterações

sociais, legais e científicas, o texto constitucional que sobreveio realizou uma grande revolução no Direito Familista brasileiro e, conseqüentemente, no Direito Sucessório, pois reconheceu a pluralidade de famílias, a igualdade no enfoque jurídico da filiação, bem como a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres. À vista disso, a família contemporânea passa a encontrar sua realização dentro de seu próprio grupo e, neste, “cada um de seus integrantes encontra na convivência solidária e no afeto o valor social e jurídico que a família exerce no desenvolvimento da sociedade e do Estado” (Madaleno, 2022, p. 38).

Desde então, tanto em âmbito doutrinário como jurisprudencial, o afeto vem sendo reconhecido como um elemento metodológico do Direito das Famílias. Percebida como um postulado aplicativo para as normas de Direito de Família contemporâneo, a afetividade, elemento das famílias hodiernas, baseia-se na ética da alteridade, da empatia. Cristiano Chaves de Farias e Conrado Paulino da Rosa (2020, p. 20-24) explicam que a afetividade está relacionada à ética comportamental “alcançada pela perspectiva da inclusão do outro no campo dos direitos familiaristas”, remetendo àquilo que pode ser esperado dos comportamentos das pessoas que compõem as relações familiares, e esta ética comportamental, “projetada no outro, a partir de uma percepção do comportamento projetado no outro e no próximo do outro”, é elemento que preenche o conteúdo da afetividade enquanto elemento do Direito das Famílias. A teoria geral da afetividade, de acordo com os autores (2020, p. 25), “está emoldurada na categoria dos postulados normativos aplicativos”.

Dessa maneira, pode-se afirmar que o Direito de Família diz respeito a um “conjunto de normas-princípios e normas-regras jurídicas que regulam as relações decorrentes do vínculo afetivo, mesmo sem casamento, tendentes à personalidade humana, através de efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais” (Farias; Rosenvald, 2017, p. 42). Nesse sentido, é possível perceber como decorrentes das relações de Direito de Família e Sucessões efeitos pessoais, patrimoniais e sociais diversos (Farias; Rosenvald, 2017, p. 44).

Cumprе sublinhar, nessa perspectiva, que o Direito de Família, anteriormente ao marco histórico da Constituição-Cidadã de 1988, era centrado em questões patrimoniais, notadamente em função do Código Civil de 1916. Neste, a parte voltada ao Direito de Família contava com

290 artigos, dos quais 151 tratavam de relações patrimoniais, enquanto apenas 139 de relações pessoais (Farias; Rosa, 2020, p. 46).

Rolf Madaleno (2022, p. 35) refere que o Código Civil de 2002, por sua vez, após longos 26 anos de tramitação legislativa no Congresso Nacional, não cumpriu em acompanhar as significativas transformações sucedidas no comportamento social da família brasileira, “que revisou os conceitos de ética e de moral entre cada integrante da célula familiar da multifacetária sociedade brasileira”, configurados a partir de uma visão patrimonialista da família. Apesar das diversas emendas aprovadas editando o texto original proposto, com o intuito de adequar a redação dos dispositivos à tutela da nova diretriz do Direito de Família pátrio e de uma aproximação dos princípios constitucionais vigentes, o Código Civil de 2002 não resultou em uma codificação moderna, atualizada e coerente com as profundas alterações na sociedade brasileira ocorridas ao longo dessas quase três décadas de tramitação (Madaleno, 2022, p. 35).

Nessa conjuntura, importa trazer a ideia de constitucionalização do direito, ocorrida de forma intensa na segunda metade do século passado. No cenário brasileiro esse novo paradigma foi instaurado com a Constituição Federal de 1988. A partir de então, o direito pátrio passa a ser guiado, de maneira impreterível, por sua matriz principiológica, o que reflete em todo o ordenamento jurídico (Rosa, 2020, p. 23).

Desse modo, não obstante a face obsoleta da codificação civil atual, o Direito Civil Constitucional é visto como um novo caminho metodológico, por meio do qual os institutos de Direito Privado são considerados através de um olhar que parte do texto constitucional, de modo a se analisar a Constituição Federal sob o prisma do Direito Civil e vice-versa e, para tanto, normas fundamentais que protegem a pessoa irradiam, de maneira imediata, nas normas civis. Assim sendo, a organização do Direito de Família contemporâneo, bem como do Direito das Sucessões, revela a tendência de personalização do Direito Civil, bem como de sua despatrimonialização, pois a pessoa é tratada antes do patrimônio (Tartuce, 2022, p. 20-22).

Nos dias atuais, portanto, experimenta-se um novo modelo de família, que se revela de maneira democrática, plural e igualitária, e que se destina a ser um espaço de concretização de felicidade dos indivíduos da relação familiar, mesmo com suas imperfeições, mas, em especial, tomando como norte a realização afetiva (Rosa, 2020, p. 73). A família contempo-

rânea busca seu espaço nos âmbitos social, jurídico e político, como instrumentos para uma plena satisfação e realização pessoal. Ocorre, portanto, uma “repersonalização das relações de família” (Lôbo, 1898, p. 53), que tem por fundamento a valorização da pessoa humana. Isso se mostra evidente, notadamente, quando o Estado deixa de conferir tanta atenção e proteção às relações de produção e se preocupa, de maneira mais acentuada, com questões morais, materiais e legais das famílias (Lôbo, 1898, p. 53).

Toda e qualquer norma ou cláusula negocial deve apresentar conexão com a orientação constitucional de privilegiar a dignidade humana. Ao deixar de ser voltado apenas para a atividade econômica do indivíduo e passar a regulamentar sua atividade social, o Direito Civil expõe significativa transformação em seus paradigmas, de maneira a verticalizar o desenvolvimento da personalidade da pessoa humana (Moraes, 1977).

O patrimônio, nesse aspecto, perde o papel de ator principal e passa a atuar como mero coadjuvante. Logo, as normas do Direito de Família estão diretamente relacionadas com o direito existencial e com a própria concepção de pessoa humana, e este ramo do direito passa a ser considerado ao lado “do afeto, do amor que deve existir entre as pessoas, da ética, da valorização da pessoa e da sua dignidade, do solidarismo social e da isonomia constitucional” (Tartuce, 2022, p. 24).

Cristiano Chaves de Farias e Conrado Paulino da Rosa (2020, p. 45) ensinam que o afeto tem como parte integrante o amor, e diz respeito a “a toda e qualquer situação que afete a uma pessoa humana, a partir de suas experiências ou tendências, positiva ou negativamente”, sendo o amor “um dos possíveis afetos manifestáveis pelos humanos, de proporção demasiadamente vasta e de conteúdo paradoxal, contraditório, mas sempre espontâneo (pelo menos na sociedade contemporânea)”.

Ainda, Fernanda Tartuce (2022, p. 48) esclarece que o afeto concerne à interação entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, pois este é apenas uma das facetas daquele, ou seja, é o “afeto positivo por excelência”. Entretanto, a autora reforça que outra face pode ser o ódio, “que constitui o lado negativo dessa fonte de energia do Direito de Família Contemporâneo”.

As discussões sobre o afeto, seja no campo jurídico ou em outras áreas de conhecimento, são muito contemporâneas e despontam das necessidades sociais e humanas (Farias; Rosa, 2020, p. 45). Na atualidade,

o afeto talvez seja apontado como o principal fundamento das relações familiares e, embora não conste expressamente do texto constitucional como um direito fundamental, é possível assegurar que ele é decorrente da valorização da dignidade da pessoa humana (Tartuce, 2022, p. 46).

É nesse sentido que as demandas familiares e sucessórias se diferenciam das demais demandas que chegam ao Judiciário. À medida que são alteradas as características centrais das relações familiares, seus desafios também o são, de forma que, continuamente, surgem novos percalços a serem enfrentados. A ampla liberdade e diversidade nos relacionamentos, para além de seus atributos positivos, também geram uma constante instabilidade nessas relações, conjuntura na qual passam a se disseminar com naturalidade as separações, desuniões, novos compromissos e combinações e recombinações de todas as ordens. No mesmo passo que a sociedade se torna mais complexa, complexificam-se também os litígios que acompanham o meio social e os embates passam a envolver novas questões (Tartuce, 2022, p. 20).

Impende que as demandas familiares e sucessórias sejam olhadas a partir das necessidades das famílias, averiguando se, de fato, há um diálogo apropriado entre a realidade do processo e a realidade da relação familiar (Guimarães, 2009, p. 25). O processo, mais do que uma maneira de interpretar o direito, deve se voltar ao próprio direito material e às situações controvertidas das áreas e circunstâncias específicas, a fim de compreender e acolher as premissas, características e problemas que lhe são próprias, com vistas a arquitetar uma resposta processual apropriada às peculiaridades de cada relação (Salles, 2010, p. 40).

Neste ponto, necessário se faz que o ponto de partida seja os direitos, passando por suas necessidades, para somente então encontrar as formas capazes de atendê-las. O legislador vem trabalhando com outras hipóteses que permitem a construção de um procedimento a fim de encontrar soluções que vão além do Judiciário, notadamente, nas ações de famílias e sucessões, adequadas à tutela no direito material no caso em concreto (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2015, p. 31), como é o caso da Lei n.º 13.140/2015 (Brasil, 2015), que estabeleceu a possibilidade de efetivação de mediação por via extrajudicial, e da Lei n.º 11.441/2007 (Brasil, 2007), conferindo aos tabeliães de notas competência para lavrar escrituras públicas de separação, divórcio, inventário e partilha, de forma concorrente com o Poder Judiciário.

Os conflitos familiares e sucessórios, por apresentarem características próprias, têm suas diferenciações projetadas diretamente nos procedimentos que tratam estes tipos de demanda. Dessa maneira, o ordenamento jurídico ensaia ferramentas que denotam preocupação com a solução destes conflitos, buscando mecanismos alternativos para composição de uma solução melhor adaptada àquela realidade, proporcionando o acesso à justiça de maneira mais célere, eficaz e com menos desgaste emocional, embaraço próprio das contendas familiares e sucessórias.

A especificidade intrínseca às contendas familiares, decorrente da própria natureza destas, culminou na criação de um procedimento especial para as ações de família no Código de Processo Civil, uma vez que “conflitos familiares apresentarem características próprias, é natural que a projeção das diferenciações seja sentida nos processos judiciais em que eles são abordados” (Tartuce, 2022, p. 55). O estabelecimento de um procedimento especial para determinados tipos de demanda tem relação com a necessidade de regras próprias que promovam a adequação dos instrumentos processuais em consonância com as necessidades do direito material.

Para além disso, especificamente quanto aos alimentos oriundos das relações familiares, justifica-se a adoção de rito diferenciado. Trata-se de mecanismo utilizado pelo legislador a fim de buscar a efetividade processual no âmbito dos processos de família, especialmente nesse caso em que o recebimento da verba é de suma importância – até mesmo para garantia da subsistência do credor. Somado a isso, por fim, de ressaltar que o Código de Processo Civil expressamente conferiu poderes ao juiz a fim de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (Brasil, 2015).

3 TEORIA DA APARÊNCIA NAS REDES SOCIAIS DO DEVEDOR DE ALIMENTOS: BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE À LUZ DA EXPOSIÇÃO DA VIDA PRIVADA NO DIGITAL

As ações de alimentos, embora não façam jus à menção expressa do Código de Processo Civil no capítulo dedicado à matéria, também podem ser ações de família. Diz-se que podem porque não necessariamente serão. No ordenamento jurídico brasileiro, diversas podem ser as causas da obrigação alimentar. Os alimentos podem ser voluntários, quando de-

correrem de liberalidade do alimentante, indenizatórios quando têm, na sua origem, a prática de um ato ilícito, e legais, quando surgem a partir de relações de parentesco ou de dissolução de uniões afetivas (Rosa, 2023, p. 695-696), sendo os últimos o foco da presente pesquisa.

Quando se trata de alimentos legais, portanto, a ação de alimentos será uma ação de família, sobretudo porque terá como fato gerador as próprias relações familiares. Não significa dizer, contudo, que serão regidos pelo rito esboçado nos artigos 693 e seguintes do diploma processual. Submetem-se a rito especial, previsto na Lei 5.478/1968, conforme prevê o §3º do art. 693 recém citado.

A importância dos alimentos e até mesmo de rito procedimental próprio se justifica por se estar diante de materialização do princípio da solidariedade familiar, relacionado à dignidade da pessoa humana, que hodiernamente é um dos “esteios de sustentação” dos ordenamentos jurídicos e o próprio vértice do Estado Democrático de Direito (Pereira, 2012, p. 114).

Em razão disso, preconiza a legislação civil que os parentes, cônjuges ou companheiros podem pedir, uns aos outros, alimentos de que necessitem para viver de acordo com sua condição social, inclusive para atender as necessidades referentes à educação (art. 1.694 do Código Civil). No que toca à sua fixação, devem ser arbitrados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos do obrigado (art. 1.694, §1º, do Código).

Advém daí o binômio necessidade-possibilidade⁴ a ser observado quando do arbitramento da verba devida. De regra, cada pessoa deve prover seu sustento por meio das suas próprias forças ou bens (Cahali, 2009, p. 512), somente se caracterizando a necessidade de receber alimentos quando a própria subsistência não puder ser mantida⁵.

4 A doutrina também tende a acrescentar um terceiro elemento, frequentemente denominado de “razoabilidade” ou “proporcionalidade”. Paulo Luiz Neto Lôbo leciona que: “Esse terceiro requisito é procedimental, pois submete ao seu crivo os dois outros. Alguns o denominam proporcionalidade, com o mesmo propósito. Cabe ao juiz não apenas verificar se há efetiva necessidade do titular, máxime quando desaparecida a convivência familiar, e possibilidade do devedor, mas se o montante exigido é razoável e o grau de razoabilidade do limite oposto a este. O requisito da razoabilidade está presente no texto legal, quando alude a “na proporção das necessidades”. (Lôbo, 2023).

5 Art. 1.695 do Código Civil. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Quanto às possibilidades do devedor, acaso ele possua vinculação laboral formal, como empregado ou funcionário público, não há maiores problemas na verificação dos rendimentos que podem ser destinados para adimplemento da obrigação alimentar. A dificuldade é vislumbrada quando o alimentante exerce atividade autônoma e com rendimentos variáveis. Na hipótese de exercício de atividade empresarial, por exemplo, pode haver valores não contabilizados oficialmente, abrindo margem para prática de atos fraudulentos e burla ao credor (Lôbo, 2023).

Nessa situação, o alimentário pode passar lapso significativo tentando comprovar as possibilidades do devedor, que, a despeito de faticamente existirem, são impossíveis ou de custosa demonstração, sobretudo pela inexistência de documentação ou registros formais, obstaculizando a cabal demonstração no âmbito da relação jurídica processual.

Justamente por isso, vem-se admitindo a episódica instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica (da forma tradicional ou inversa) como “uma eficiente solução para a repreensão da fraude praticada” (Madaleno, 2009, p. 42) quando a empresa se desvia de suas funções utilizando-se do véu societário.

Tendo em vista ainda a mesma dificuldade, um outro caminho viável é o exame das possibilidades do devedor com base em suas próprias redes sociais. Assim sendo, na relação processual, as partes poderão produzir provas, compreendidas como oportunidades oferecidas tanto pela Constituição, como pela lei, a fim de que as partes possam demonstrar a veracidade de suas alegações no que concerne aos fatos relevantes para o julgamento (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2015, p. 426), a partir de fatos e vivências expostos virtualmente.

Para tanto, imprescindível que o credor dos alimentos empregue a utilização de fontes de prova legitimamente obtidas e das quais se possa extrair informações que efetivamente importam para comprovação do alegado (nesse caso, as publicações em redes sociais), submetendo o magistrado e as partes a investigações necessárias para obter mais informações quando levadas ao processo, já que originariamente configuram-se como elementos externos à relação processual (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2015, p. 432).

Dessa forma, as postagens feitas pelo devedor servirão como um meio de comprovação de determinadas situações jurídicas que podem

gerar consequências processuais, como, por exemplo, permitir a aquilitação da sua capacidade contributiva (Farias, 2021, p. 365). Ainda de acordo com Cristiano Chaves de Farias (2021, p. 367), com isso, buscar-se-á a máxima aproximação entre a realidade possível e o conhecimento do ser humano acerca dos fatos, desde que respeitada a proteção da personalidade e os valores fundamentais das partes.

Essa possibilidade, na dinâmica contemporânea de superexposição dos usuários em redes sociais, parece fazer bastante sentido. É notório que o ciberespaço e sua grande adesão social subvertem categorias do que é íntimo, público e privado, já que as redes sociais expõem detalhes que antes definitivamente não seriam compartilhados (Zabalza, 2014, p. 17).

Assim, se até pouco tempo atrás a única maneira de adentrar o recinto privado alheio, que é, tradicionalmente, o lar, era fazer parte do círculo social de afetos e laços familiares dos indivíduos (Sibilia, 2015, p. 134), hoje a situação está ligeiramente diferente. Nos dias atuais, é pacífica a conclusão de que tais fronteiras, antes muito bem definidas, se encontram extenuadas, menos rígidas, porosas.

De fato, o que é constatado atualmente é que a esfera íntima “se converte numa sorte de espetáculo extimo” (Sibilia, 2015, p. 137), ou seja, de certa forma, o íntimo se torna acessível a indivíduos externos. Quase como um teatro na tela, cada um tenta mostrar sua melhor versão, sua melhor performance, enfim, exhibir-se da melhor maneira possível (Sibilia, 2015, p. 137).

Isso impacta não apenas na relação dos usuários das redes com os outros, mas também na sua própria relação consigo mesmo, já que a construção das imagens identitárias passa a ocorrer perante o mundo, colocando em jogo as mais diversas formas de exteriorização do “eu” na internet (Lemos, 2002, p. 7-8).

A importância de compreensão desse novo contexto digital é explicada porque, é por meio das suas redes sociais, que o indivíduo publica fatos da sua vida pessoal e profissional, dando acesso a diversas pessoas que utilizam as mesmas redes (Neves, 2019, p. 100) e, no caso o devedor de alimentos, essas publicações podem ser utilizadas a favor do credor.

À medida que o alimentante exterioriza o seu “eu”, os lugares que frequenta, suas aquisições (imóveis, automóveis, etc), pessoas com quem se relaciona, pode-se delinear (com maior ou menor clareza) sua

capacidade contributiva para o pagamento de alimentos. Por óbvio, uma publicação isolada, no mais das vezes, não será capaz de possibilitar a estimativa dos recursos da pessoa obrigada que podem ser destinados sem que haja prejuízo à subsistência, mas quando se está tratando de um todo, de postagens corriqueiras, frequentes, forma-se um contexto do qual se pode extrair algumas informações relevantes a esse respeito.

Reconhecer a possibilidade de utilização da “teoria da aparência” com base nos sinais exteriores de riqueza, auxilia o credor a ver seu crédito materializado de forma menos custosa, visto que a demonstração das possibilidades, na seara processual, será oriunda de práticas cotidianas compatíveis com alto padrão econômico, a exemplo da realização de viagens ou até mesmo frequência a lugares de público de alta renda (Farias, 2021, p. 370).

Aliado a isso, tem-se que não raro se vê alimentantes alegarem dificuldades econômicas nas ações de alimentos, quase como se estivesse em situação de miserabilidade, enquanto, nas redes sociais, ostentam publicações exprimindo conforto e situação financeira favorável. Segundo Conrado Paulino da Rosa, além do binômio necessidade-possibilidade, na prática é comum “a existência implícita de um outro binômio: quem recebe acha insuficiente e quem paga acha mais do que suficiente o valor alcançado” (2023, p. 737), sendo esta uma possível razão para o comportamento processual referido.

Alinhado a essa linha intelectual, o enunciado 573, aprovado na VI Jornada de Direito Civil – que, a despeito de não ser dotado de força coercitiva, sem dúvidas auxilia no reforço argumentativo. Além da doutrina, a jurisprudência também vem acatando essa possibilidade. Em ação revisional de alimentos, o Tribunal de Justiça de Goiás inclusive indeferiu tutela de urgência pleiteada pelo alimentante no sentido de reduzir a quantia da verba alimentar utilizando-se da teoria da aparência, pontuando que “os sinais de robusta situação financeira contradizem a alegação de redução da capacidade contributiva” (Goiás, 2022).

Igualmente, o Tribunal estadual de Minas Gerais, em uma das diversas decisões sobre o tema, se manifestou referindo que a utilização da teoria da aparência se impunha no caso concreto, especialmente diante da

6 Enunciado 573: Na apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza.

existência de controvérsia quanto aos reais rendimentos do alimentante, razão pela qual majorou o valor inicialmente fixado (Minas Gerais, 2023).

Da mesma forma, o Tribunal paulista em ação de fixação da verba alimentar, considerou os sinais externos de riqueza do genitor para fins de arbitramento em caso de desemprego ou emprego informal do obrigado. Na oportunidade, o réu residia em propriedade rural dos seus pais, realizando fretes, trabalhando na confecção de cercas, mangueiras, barracões e afins e, pelas postagens na rede social *Facebook*, ele costumava frequentar rodeios em outras cidades. As conversas no *WhatsApp* também demonstravam que o réu poderia arcar com valor superior ao fixado na primeira instância, razão pela qual o tribunal procedeu à majoração da quantia (São Paulo, 2021).

Em busca nas bases do Superior Tribunal de Justiça, não foi localizado nenhum acórdão que tivesse enfrentado o tema de forma específica. Havia, tão somente, menção em algumas decisões monocráticas, sendo que a maioria delas não tinha seu mérito apreciado, com o argumento de que tal importava na rediscussão de matéria fático-probatória, tendo o exame barrado pela Súmula n. 07 daquele Tribunal⁷.

À vista de todos esses fatores, a utilização das publicações das redes sociais do devedor de alimentos como fonte de provas, legitimamente obtidas e em consonância com todos os direitos materiais e garantias processuais que lhe são assegurados, há de ser admitida. Ainda mais, se for levado em consideração que na grande maioria das vezes o credor é o polo mais vulnerável da relação. Já que o íntimo de outrora torna-se paulatinamente público, dando causa à extimidade, não há motivos para não utilizar essa nova dinâmica (relacional, subjetiva), a favor daquele que necessita da prestação alimentícia, examinando-se as necessidades do credor à luz da exposição de sua própria vida privada no contexto digital.

4 PROVAS DIGITAIS E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE ALIMENTOS

Como visto, hodiernamente, “não mais existem espetáculos particulares, no recôndito da intimidade das pessoas” (Farias, 2021, p. 376), de modo que “os fatos mais singelos da vida são hoje compartilhados nas

⁷ Súmula 07: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

redes sociais. Amores, desamores, felicidades, conflitos, tudo isso à visão de todos os contatos do autor dos posts” (Rosa, 2012, p. 34).

Exsurge da atual realidade virtual que se faz necessária uma adaptação do sistema probatório, para que seja reconhecida a força de prova de postagens e publicações de redes sociais, bem como de áudios e vídeos, onde as partes certamente ostentam detalhes de suas privadas que já foram, em outra época, privativas. Cristiano Chaves de Farias entende, inclusive, que “se o devedor cria uma figura pública de sucesso, de alto nível financeiro, há de responder pelo padrão social apresentado, afinal deve assumir as expectativas criadas” (2021, p. 379), especialmente porque “se o devedor de alimentos ostenta riqueza e luxo deve assegurar, primeiramente, condições dignas de subsistência ao credor – que, não se olvide, no mais das vezes, é o seu filho, ainda criança ou adolescente” (2021, p. 379).

Sendo assim, os sinais exteriores de riqueza são colhidos no ambiente virtual, em redes sociais como *Facebook* e *Instagram*. A veracidade de tais provas pode ser atestada em ata notarial. O uso desse instrumento, registrado por tabelião – o qual possui fé pública e pode garantir a segurança da prova obtida – tende a crescer cada vez mais nas demandas de Direito de Família (Tartuce, 2023, p. 566).

O Código de Processo Civil tratou desse documento, estabelecendo que “a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião” e que “dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial”. É importante destacar, em relação a este meio de prova, “o reconhecimento da importância deste suporte para levar ao magistrado os acontecimentos para os fins anunciados pelo dispositivo, inclusive quando extraídos do mundo eletrônico e/ou cibernético” (Bueno, 2023, p. 239).

Quanto às provas digitais, o próprio Código de Processo civil prevê, expressamente, a possibilidade da utilização de prova eletrônica nos artigos 422, e 439 a 441. Consoante o disposto no artigo 422 da legislação processual, “qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas”. Sobre as provas digitais, ainda, a validade é reforçada pelo que preconiza o artigo 369, de que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os

moralmente legítimos, ainda que não especificados naquele Código, para provar a verdade dos fatos.

Ainda que as provas digitais sejam relevantes para demonstrar os sinais exteriores de riqueza do alimentante, sabe-se que, nas demandas alimentícias, muitas vezes os alimentandos ficam impossibilitados, por extrema dificuldade de acesso, de comprovar as reais possibilidades do alimentante, especialmente quando este é profissional autônomo ou empresário. Nesses casos, atribui-se a essa prova a caracterização de “diabólica”, pois se encontra fora da zona de alcance do alimentando (Rosa, 2023, p. 940).

Essa dificuldade probatória, decorrente da liquidez das relações sociais, empresariais e familiares – ou seja, as constantes oscilações – aumenta a “potencialidade fraudatória e abusiva, na medida em que, além de disponibilizar um maior volume de possibilidades lesivas, há um esgarçamento dos vínculos familiares”, de modo que não é incomum verificar-se “a ausência de sentimentos de pais que prejudicam, diretamente, o processo de criação de seus filhos” (Farias, 2021, p. 375).

Por óbvio que o litigante vulnerável não tem a intenção de fugir de sua incumbência de produzir a prova, só não o faz em decorrência da extrema dificuldade de acesso aos verdadeiros ganhos do alimentante. Portanto, “sua inércia não decorre de um ato livre, mas é presumida pelas circunstâncias” (Tartuce, 2012, p. 318), de modo que não podem ser os alimentandos prejudicados por suas impossibilidades, devendo contar com o auxílio judicial – em observância a necessária cooperação processual do artigo 6º do Código de Processo Civil – para que o processo se aproxime da verdade dos fatos.

Assim, como refere Cristiano Chaves de Farias (2021, p. 372), “completando a trilogia de medidas processuais tendentes ao reconhecimento de instrumentos para a superação das dificuldades do credor alimentício”, pode-se aliar à teoria da aparência e à desconsideração da personalidade jurídica, a teoria da distribuição dinâmica da carga probatória no processo civil. Isso porque, nas ações de família, especialmente nas demandas alimentícias, a produção de prova “se destina ao regramento da própria vida privada, submetendo-se aos movimentos sociais e valorativos que lhe imporão constante evolução e mutação” (Farias, 2023, p. 160).

A regra prevista no artigo 373 do Código de Processo Civil refere que cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, assim como

cabe ao réu demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativa ou extintivo do direito do autor. No entanto, considerando as peculiaridades da causa, no que se refere “à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso”. Segundo Haroldo Lourenço (2015, p. 98), “visando uma maior efetividade do direito lesado ou ameaçado de lesão, o ônus da prova incumbirá à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade de demonstração”.

É condição para a distribuição do ônus que seja feita por decisão fundamentada e que não gere situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil, consoante o disposto no artigo 373, §2º, do Código de Processo Civil. A decisão que determina a distribuição é impugnável por meio de agravo de instrumento, conforme o disposto no artigo 1.015, XI, do Código de Processo Civil.

A distribuição do ônus da prova de forma diversa pode ocorrer, inclusive, por convenção das partes – que poderá ocorrer antes ou durante o processo –, desde que não recaia sobre direito indisponível, que é o caso dos alimentos pagos em favor de criança ou adolescente, ou quando dificultar excessivamente o exercício do direito pela parte.

Cabe registrar que já se discutia antes mesmo da criação da norma, a possibilidade de flexibilizar a distribuição do ônus da prova, que originalmente era rígida e estática, pois o juiz tem o dever de julgar, independentemente de as provas trazidas aos autos serem ou não suficientes a demonstrar a verdade dos fatos e o seu convencimento (Rosa, 2023, p. 935).

Ademais, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova se diferencia da inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, VIII), porquanto o juiz apenas determina quem tem melhores condições de produzir a prova, atribuindo a essa parte o ônus probatório, observando sempre as peculiaridades do caso concreto. Sendo assim, não há inversão, mas a determinação, pelo juiz acerca de quem deverá produzir determinada prova, se o demandante ou o demandado (Lourenço, 2015, p. 98).

Entende Conrado Paulino da Rosa (2023, p. 937) que, quanto às demandas familistas, faz-se necessária maior sensibilidade dos operadores do direito, de modo a perceberem as peculiaridades que envolvem as

relações familiares, sempre buscando uma decisão mais coerente com a verdade dos fatos. É o caso, especialmente, da pretensão alimentar em favor de criança ou adolescente, em que suas necessidades são presumidas, cumprindo ao réu a comprovação de que não pode pagar o valor postulado. Esse também é o entendimento da Conclusão n.º 37 do Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que prevê que “em ação de alimentos é do réu o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor postulado”.

Nesse contexto, considerando que, muitas vezes, há uma dificuldade excessiva ou até impossibilidade de o alimentando demonstrar as condições econômicas reais do alimentante, poderá “o juiz, de ofício ou a requerimento do autor, aplicar a técnica de dinâmica de distribuição do ônus da prova, a fim de redistribuir ao réu o ônus da prova de suas possibilidades financeiras” (Souza, 2018).

A redistribuição das provas é uma forma de garantir o compasso entre o procedimento e a realidade da vida, pois somente o caso concreto poderá ditar quais as espécies de provas que serão necessárias para a formação do convencimento do julgador. A consequência disso afeta “o modo estático como regulamentamos o ônus probatório no direito processual civil brasileiro, que, em função de sua diretriz estática, muitas vezes se distanciou do caso e da peculiaridade da vida” (Ribeiro, 2023, p. 399).

Seguramente, o pedido de distribuição dinâmica da carga probatória, aplicável nas ações de família, pode ser embasado e deferido com fundamento nos sinais exteriores de riqueza do alimentante, apresentados pelos alimentandos – uma vez que as provas digitais certamente são o limite de acesso à prova que possuem os credores dos alimentos em muitos casos. A partir disso, não somente, mas também, com o fundamento da teoria da aparência demonstrada pelas provas digitais, pode o juiz convencer-se da necessidade da distribuição dinâmica do ônus probatório nas ações de alimentos, especialmente porque a ausência dessa medida processual poderia prejudicar, consideravelmente, o direito do filho à satisfação de suas necessidades de acordo com as verdadeiras possibilidades dos pais.

5 CONCLUSÃO

O Direito de Família, desde o marco histórico da promulgação da Constituição-Federal de 1988, passou a contar com uma característica elementar: o afeto. A família passou a ser um espaço de concretização de felicidade dos indivíduos da relação familiar, deixando as questões patrimoniais em segundo plano em relação à realização dos indivíduos que a compõem, com fundamento, também, na dignidade da pessoa humana.

Desse modo, dentro da relação processual familista é fundamental que os profissionais do direito sejam mais sensíveis e estejam atentos às particularidades presentes nas relações familiares, visando sempre tomar decisões que estejam em maior conformidade com a realidade dos acontecimentos. Nas ações em que se pleiteiam direitos alimentícios decorrentes das relações familiares, especialmente, surge uma grande problemática que deve ser olhada com vistas a atender a verdade dos fatos e as reais demandas das partes envolvidas.

O direito a alimentos, quando decorrente de relação familiar, possui estreita relação com o princípio da solidariedade familiar e, também, a dignidade da pessoa humana, havendo o dever de sustento em relações parentais ou quando do término de relações conjugais. Para tanto, os alimentos são fixados, sempre, observando-se o binômio necessidade-possibilidade. No âmbito processual, a demonstração e produção de prova quanto à possibilidade de prover do alimentante, via de regra, aparece como problemática a ser ultrapassada.

Para tanto, busca-se, no arcabouço jurídico existente, instrumentos para solucionar o entrave encontrado para a comprovação dos recursos da pessoa obrigada a prestar alimentos através de diversas circunstâncias cotidianas. Vislumbra-se, nesse cenário, como possibilidade de fonte de prova a utilização e valoração das publicações de redes sociais do devedor de alimentos.

Considerando a inserção das mais variadas relações dos indivíduos e a exteriorização de sua personalidade se deslocam, cada vez mais, ao ambiente digital, fazendo-se público o que antes era íntimo, tem-se, na exposição da vida privada do devedor de alimentos, uma forma de produção de prova processual, desde que asseguradas as garantias processuais e direitos materiais afetos ao caso concreto.

É nesse sentido que se entende possível a utilização da teoria da aparência, direcionada a demonstrações da situação econômica do alimentante em redes sociais, para a comprovação da sua possibilidade de prestar alimentos, como alguns Tribunais de Justiça do país já decidiram. Isso porque, o Código de Processo Civil expressamente admite a produção de prova eletrônica, bem como que dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos para sirvam como meio de prova.

Por fim, tendo em vista a dificuldade de acesso aos reais ganhos do alimentante, pode o juiz entender pela distribuição dinâmica do ônus da prova nas ações alimentícias, também com fundamento em provas digitais existentes que indiquem padrão de vida superior, podendo restar ao réu a comprovação de que não pode pagar o valor postulado. Essa providência garante maiores chances de o alimentante ter suas necessidades atendidas de acordo com a verdadeira capacidade financeira do genitor alimentante.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 07 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 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: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm. Acesso em: 9 set. dez. 2023.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 09 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 9 set. dez. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 07**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Brasília, Distrito Federal, 1990. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulmas-2005_1_capSumula7.pdf. Acesso em: 08 set. 2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Ebook. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553622111/epubcfi/6/4\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright_3-0.xhtml\]!/4/4/2/4/18/4/7:0\[%2C%20\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553622111/epubcfi/6/4[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright_3-0.xhtml]!/4/4/2/4/18/4/7:0[%2C%20]). Acesso em: 05 set. 2023.

CAHALL, Yusef Said. **Dos alimentos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CINTRA, Antonio; Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. Salvador: Juspodivm, 2020.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 15ª ed. rev. e atual. – São Paulo: JusPodivm, 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A utilização das redes sociais como prova da capacidade contributiva do devedor e da necessidade do credor nas ações de alimentos: vencendo uma prova infernal. *In*: DIAS, Maria Berenice (org); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.); SANCHES, Patrícia Corrêa (coord.). **Direito das Famílias e Sucessões na Era Digital**. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2021.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 5068467-08.2022.8.09.0079**. Relator: Altair Guerra da Costa; 4ª Câmara Cível. Goiás: 15 ago. 2022.

GUIMARÃES, Clilton dos Santos. **Tutela jurisdicional ao direito a alimentos**. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23042010-145528/pt-br.php>. Acesso em: 07 set. 2023.

JUSTIÇA FEDERAL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 573**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/644>. Acesso em: 08 set. 2023.

LEMOS, André. A arte da vida: diários pessoais e *webcams* na Internet. In: **XXV Congresso Anual em Ciência da Comunicação**. Salvador, 04 e 05 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.portcom.intercom.org.br/pdfs/37b5da563c6bc5ec6f2697de38bfd84.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2022.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 53-80.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: famílias**, vol. 5. 13 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553628250/epubcfi/6/8\[%3Bvnd.vst.idref%3Dbody004\]!/4/4/34/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553628250/epubcfi/6/8[%3Bvnd.vst.idref%3Dbody004]!/4/4/34/4). Acesso em: 02 set. 2023.

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MADALENO, Rolf. **A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no direito de família e no direito das sucessões**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. v. 3. São Paulo: RT, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.0000.22.115254-9/001**. Relator: Élitio Batista de Almeida; 8ª Câmara Cível Especializada. Minas Gerais: 26 jun. 2023.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um Direito Civil Constitucional**. Revista de Direito Civil, imobiliário, agrário e empresarial, n. 65, São Paulo: Revista dos Tribunais 1977. p. 21-32.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Autonomia privada e privacidade nas redes sociais: renunciabilidade e responsabilidade por danos.** 1 ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIBEIRO, Marcelo. **Processo civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. Ebook. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646166/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright\]!/4/32/4/1:65\[.%20-%2C%20Ri](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646166/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright]!/4/32/4/1:65[.%20-%2C%20Ri. Acesso em: 06 set. 2023.). Acesso em: 06 set. 2023.

ROSA, Conrado Paulino da. **iFamily: um novo conceito de família?** São Paulo: Saraiva, 2013. Ebook. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502208674/epubcfi/6/6\[%3Bvnd.vst.idref%3DSection0001.html\]!/4\[abertura\]/2/10/1:54\[6%5E\(8%2C1%5E\)\].](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502208674/epubcfi/6/6[%3Bvnd.vst.idref%3DSection0001.html]!/4[abertura]/2/10/1:54[6%5E(8%2C1%5E)]. Acesso em: 08 set. 2023.) Acesso em: 08 set. 2023.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo.** 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo.** 10 ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

SALLES, Carlos Alberto de. **A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública.** Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1001064-03.2017.8.26.0238.** Relatora: Mônica de Carvalho; 8ª Câmara de Direito Privado. São Paulo: 14 jun. 2021.

SIBILIA, Paula. O universo doméstico na era da extimidade: nas artes, nas mídias e na internet. **Revista Eco Pós**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 133-147, 2015. Disponível em: https://revistaecopos.eco.ufrj.br/eco_pos/article/view/2025. Acesso em: 02 set. 2023.

TARTUCE, Fernanda. **Processo Civil no Direito de Família: teoria e prática.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Ebook. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502208674/epubcfi/6/6\[%3Bvnd.vst.idref%3DSection0001.html\]!/4\[abertura\]/2/10/1:54\[6%5E\(8%2C1%5E\)\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502208674/epubcfi/6/6[%3Bvnd.vst.idref%3DSection0001.html]!/4[abertura]/2/10/1:54[6%5E(8%2C1%5E)]). Acesso em: 08 set. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Ebook. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502208674/epubcfi/6/6\[%3Bvnd.vst.idref%3DSection0001.html\]!/4\[abertura\]/2/10/1:54\[6%5E\(8%2C1%5E\)\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502208674/epubcfi/6/6[%3Bvnd.vst.idref%3DSection0001.html]!/4[abertura]/2/10/1:54[6%5E(8%2C1%5E)]). Acesso em: 08 set. 2023.

ZABALZA, Sergio. **Intimidados en internet: versiones de lo íntimo, público y privado em la era del ciberespacio**. 1ª ed. Buenos Aires: Letra Viva, 2014. Tradução nossa.

RESPONSABILIDADE DO PAI BIOLÓGICO FRENTE AO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE: APONTAMENTOS ACERCA DO TEMA 622 DO STF

ELISANDRA ALMEIDA HLAWENSKY¹

1 INTRODUÇÃO

No contexto jurídico contemporâneo, as questões familiares transcendem as fronteiras dos laços biológicos, ganhando contornos mais amplos e profundos. No passado, o conceito de filiação era baseado exclusivamente no aspecto da consanguinidade, no entanto, hoje, sua concepção abarca tanto os laços biológicos quanto os socioafetivos, redefinindo o que significa ser pai ou mãe.

Essa transformação paradigmática traz à tona uma série de desafios e questões intrínsecas no campo do direito de família e da proteção dos direitos das crianças e adolescentes.

A visão contemporânea do direito em relação às famílias demanda a expansão da proteção legal a todas as maneiras pelas quais a parentalidade pode se evidenciar, seja por meio da presunção resultante do matrimônio ou outras circunstâncias legais, seja através da descendência biológica ou da expressão do afeto.

Desta forma, o presente estudo, explora o tema da multiparentalidade ligada à continuidade da responsabilidade parental, em um contexto em que o afeto e o melhor interesse da criança desempenham um

1 Pós-Graduada Direito e Processo Civil pelo Gran Centro Universitário. Professora de Direito e Processo Civil na Faculdade Integrada de Nova Andradina – FINAN. Pesquisadora junto ao Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, vinculado ao Programa de Mestrado da Fundação Superior do Ministério Público – FMP. Aluna Especial do Programa de Mestrado em Educação pela Fundação Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD. Advogada e Professora Universitária. E-mail: elisandra.hla@gmail.com.

papel central. Analisa-se, não apenas as bases legais e jurisprudenciais que norteiam essa questão, mas também as implicações emocionais e sociais que a multiparentalidade acarreta para todas as partes envolvidas.

Assim, a problemática apontada está relacionada aos questionamentos acerca da permanência da responsabilidade do pai biológico, quando há o reconhecimento da multiparentalidade. A complexidade dessas situações requer uma análise cuidadosa sobre como a lei e a jurisprudência estão lidando com a coexistência de diferentes vínculos parentais, considerando o bem-estar das crianças, o princípio do melhor interesse e os direitos fundamentais de todos os envolvidos.

Para tanto, o primeiro capítulo destina-se à contextualização da crescente importância do afeto no Direito De Família e destacando como o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente orienta a tomada de decisões nesse campo. Em seguida, explora-se o Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, um marco significativo que reconheceu a possibilidade de combinar a paternidade socioafetiva com a biológica, abrindo caminho para a coexistência de múltiplos laços parentais.

Além disso, examina-se a multiparentalidade e sua relação com a responsabilidade parental, considerando as implicações legais e emocionais desse cenário complexo. Ainda, apresenta questões relacionadas aos direitos e deveres dos pais e à preservação da dignidade e do bem-estar das crianças em situações de múltiplos vínculos afetivos. Por fim, reforça a importância de considerar não apenas os laços de sangue, mas também os laços afetivos ao lidar com questões de filiação e responsabilidade parental.

Neste sentido, a pesquisa aponta diversos fundamentos bibliográficos e jurisprudenciais, utilizando-se do método dedutivo para demonstrar a continuidade da responsabilidade parental, em relação aos efeitos do reconhecimento da multiparentalidade.

2 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS ACERCA DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

No contexto jurídico, a afetividade tem ganhado cada vez mais relevância, transcendendo a concepção tradicional do direito como mero conjunto de normas racionais. O reconhecimento da importância dos la-

ços afetivos na esfera jurídica está presente em diversos ramos do direito, como o Direito De Família e o Direito da Infância e Juventude.

A abordagem do afeto no direito busca compreender as relações interpessoais, emocionais e sociais que moldam as dinâmicas familiares e suas implicações legais. Nesse sentido, tem-se valorizado a paternidade e maternidade socioafetiva, que consiste na construção de vínculos parentais baseados na convivência, carinho e cuidado, independentemente dos laços biológicos.

Neste aspecto, importa ressaltar que a socioafetividade consiste em uma forma de relação de parentesco originada do vínculo de afetividade. Ou seja, “é a manifestação familiar calcada nos sentimentos, ultrapassando os vínculos biológicos.” (Borges, 2020, p. 125).

Em um contexto histórico, observa-se uma transição paradigmática na família contemporânea, caracterizada pelo declínio gradual das influências externas (religião, Estado, interesses sociais) abrindo espaço para relações existenciais afetivas individuais. No entanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm reconhecendo a presença intrínseca da afetividade nas relações pessoais e passam a oferecer soluções para tais questões, mesmo na ausência de disposições legislativas explícitas. Essa dualidade entre uma transformação nas relações familiares da sociedade e um discurso jurídico ainda vinculado à formalidade da lei vem contribuindo para o reconhecimento da afetividade pelo direito brasileiro (Calderon, 2017, p. 03).

Neste aspecto, nos dias atuais, deixa-se para trás a concepção de família como uma estrutura fixa, e passa a abraçar a ideia de que a família é uma entidade em constante evolução e construção. Assim, fugimos de uma família em um padrão, “é a multiplicidade de resultados só pode resultar em um denominador comum: a felicidade” (Rosa, 2023, p. 23).

No âmbito da proteção à criança e ao adolescente, o afeto e a afetividade ganham destaque ao serem considerados fatores fundamentais para o desenvolvimento saudável e integral desses indivíduos. Importa ressaltar que a afetividade, não se assemelha à presença efetiva do afeto, como um estado psicológico ou emocional, pois pode ser presumida mesmo quando sua manifestação real é ausente nas relações familiares, assim “a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.” (Dias, 2023, p. 34).

Ainda, importa ressaltar que os vínculos de afinidade afetividade não se confundem. O primeiro decorre da relação entre o cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, ou seja, a relação de parentesco entre uma família e outra, unida por algum matrimônio ou união estável, é de afinidade, consoante disposto no artigo 1.595, do Código Civil (Borges, 2020, p. 134)

Já o vínculo de afetividade é aquele construído através da convivência, em que as pessoas estão ligadas emocionalmente e/ou comportamentalmente. Assim, esse vínculo consiste na manifestação familiar calcada nos sentimentos, ultrapassando os vínculos biológicos, possuindo valor jurídico pelo artigo 1.593 do Código Civil. (Borges, 2020, p. 135)

Assim, os vínculos de afetividade e afinidade são conexões que se formam a partir de sentimentos e laços emocionais construídos devido a diversas circunstâncias de proximidade. Essa perspectiva destaca a importância das relações baseadas no afeto e na afinidade, que transcendem os laços sanguíneos ou legais, contribuindo para a compreensão ampliada e inclusiva das relações familiares na sociedade contemporânea.

A CF/88 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) são os principais pilares legislativos no Brasil que asseguram os direitos das crianças e adolescentes. O artigo 227 da Constituição destaca a prioridade absoluta desses sujeitos e reconhece a família, a sociedade e o Estado como corresponsáveis pelo seu desenvolvimento e bem-estar.

Neste contexto, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o sentimento afetivo passou a integrar o léxico do profissional do direito, sendo empregado como fundamento para justificar várias linhas de raciocínio e embasar sentenças judiciais. Consequentemente, ele se estabeleceu como um componente inerente ao arcabouço jurídico (Farias; Rosa, 2023, p. 57).

Ademais, a Declaração Universal dos Direitos das Crianças (UNICEF, 1959) estabelece, em seu 6º princípio, o direito fundamental ao amor e à compreensão provenientes dos pais e da sociedade. O referido texto legal dispõe que a criança necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade. Ainda, complementa que a criança, deverá crescer com o amparo e sob a responsabilidade de seus pais, mas, em qualquer caso, em um ambiente de afeto e segurança moral e material. Por fim, o texto internacional deixa

expresso que a sociedade e as autoridades públicas terão a obrigação de cuidar especialmente do menor abandonado ou daqueles que careçam de meios adequados de subsistência.

O princípio do melhor interesse da criança é uma diretriz fundamental presente no ECA e implica considerar as necessidades afetivas e emocionais da criança e do adolescente ao tomar decisões que afetem sua vida. Assim, enfatiza-se que em todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens.

Ou seja, atenderá o princípio do melhor interesse a decisão que priorizar o resguardo amplo dos direitos fundamentais. Assim, o melhor interesse não é o que o julgador entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como criança, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível (Amin, 2018, p.77).

Ainda, é fundamental ressaltar que o vínculo familiar não se estabelece somente em virtude das normas legais, mas é fortalecido pelos laços psicológicos construídos através do afeto. Este desempenha um papel essencial na constituição das relações familiares, proporcionando conexões emocionais significativas entre seus membros.

Quando o amor, o carinho e a compreensão permeiam os laços familiares, os indivíduos encontram sustentação e segurança emocional dentro do contexto familiar. Assim, o nexo familiar se consolida não apenas como uma mera formalidade legal, mas sim como uma conexão afetiva que nutre e fortalece o tecido social da família. Neste aspecto, “as transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo”. (Villela, 1979, p.13).

A afetividade que enriqueceu as conexões matrimoniais expandiu-se para os laços parentais, criando uma variedade de experiências que naturalmente têm implicações legais. Isso ocorre tanto nas relações entre os cônjuges quanto nas relações com os filhos. Foi o princípio da afetividade que legitimou e fundamentou o desenvolvimento da teoria da parentalidade socioafetiva, possibilitando uma compreensão e consideração da família que vai muito além dos laços jurídicos e biológicos (Dias, 2023, p. 36).

Desta forma, percebe-se que o afeto conquistou uma posição central como o principal elemento orientador do Direito De Família na

sociedade contemporânea. Essa mudança de paradigma reflete a importância crescente atribuída às conexões emocionais e relacionamentos baseados no amor e na afetividade, que agora desempenham um papel fundamental na definição e na proteção das relações familiares.

Essa valorização do afeto destaca o reconhecimento da complexidade das dinâmicas familiares modernas, indo além das estruturas tradicionais e formais, e ressalta a relevância de promover o bem-estar e a felicidade dos envolvidos nas relações familiares.

Por fim, o reconhecimento da afetividade no direito, especialmente no contexto da paternidade e maternidade socioafetiva, é crucial para proteger os direitos fundamentais de crianças e adolescentes. O princípio do melhor interesse da criança e do Adolescente deve orientar as decisões jurídicas, considerando o valor dos laços afetivos nas relações familiares, que vão além do aspecto legal. Essa abordagem humanizada promove o respeito, a dignidade e a proteção dos envolvidos nas relações familiares.

3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 898.060/SC

O Recurso Extraordinário nº 898.060/SC, foi apresentado perante o STF em julho de 2015. Este recurso desempenhou um papel crucial na análise da controvérsia sobre a prevalência da paternidade socioafetiva em relação à paternidade biológica, uma vez que o Recurso Extraordinário 841.528/PB havia adotado anteriormente uma posição diferente.

Em 21 de setembro de 2016, o plenário do STF proferiu o julgamento e, com base na decisão proferida neste caso, estabeleceu a tese de repercussão geral de número 622. A ementa desta tese foi formulada como segue: “A paternidade socioafetiva, independentemente de seu registro em documentos públicos, não obsta o reconhecimento simultâneo da filiação biológica, com seus efeitos jurídicos próprios.” O referido tema representou uma importante evolução no entendimento jurídico sobre o reconhecimento da paternidade, considerando tanto os laços afetivos quanto a relação biológica.

No Brasil, há inúmeros processos relacionados à paternidade, o que tornou-se essencial uma análise voltada para essas novas configurações familiares. O julgamento, então, visou proporcionar uma abordagem

abrangente no âmbito jurídico, avaliando a possibilidade do reconhecimento simultâneo ou não de ambas as formas de paternidade.

Assim, a decisão pôs fim a um dilema que naquele momento era bastante presente na jurisprudência brasileira, momento que se questionava se, sob o paradigma da biparentalidade, seria possível o reconhecimento de múltiplos vínculos parentais. Deste modo, a tese firmou o entendimento, a partir das novas concepções de família, e quebrou aquele paradigma convencional de filiação, desvinculando das antigas normativas e entendimentos de uma sociedade patriarcal excludente (Paiano, 2023, p. 18).

No que diz respeito à multiparentalidade, é possível identificar três fases distintas na evolução dos posicionamentos judiciais. Inicialmente, os tribunais negavam a possibilidade legal desse arranjo, não permitindo a existência de mais de dois vínculos parentais simultâneos. Isso se baseava na ausência de disposições legais que contemplassem a multiparentalidade, na preocupação com a clareza dos registros públicos e na crença de que a parentalidade biológica deveria prevalecer sobre a afetiva.

Em um segundo momento, as decisões tendiam a compreender que, quando confrontadas, a parentalidade socioafetiva se sobrepunha à biológica, não sendo possível sua cumulação. Por fim, o precedente estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento desenvolvido na terceira fase, ao reconhecer que, em casos concretos, não era necessário escolher entre uma ou outra relação como a única “verdadeira” filiação, permitindo a coexistência plena de ambas (Matos, 2016, p. 06).

Com isso, reconheceu-se a afetividade como um elemento fundamental que orienta o Direito das Famílias, estabelecendo a ausência de hierarquia predefinida entre as diferentes formas de filiação. Esse reconhecimento proporcionou uma abertura hermenêutica significativa em relação à multiparentalidade, permitindo que a sociedade e o sistema jurídico aceitassem a complexidade das relações familiares contemporâneas, nas quais vínculos socioafetivos e biológicos podem coexistir harmoniosamente, sem a imposição de uma hierarquia entre eles.

Nesse contexto, a tese aprovada reconhece a possibilidade de combinar uma paternidade socioafetiva com uma paternidade biológica, abrindo espaço para a coexistência legal de múltiplos laços familiares e, assim, validando a multiparentalidade. Ainda, o STF consolidou a prevalência da responsabilidade do pai biológico, ainda que nunca tenha con-

vivido com o filho e, não obstante a figura paterna tenha sido exercida por um genitor socioafetivo.

Neste sentido, o reconhecimento da multiparentalidade representa mais um avanço na valorização do afeto como um princípio jurídico essencial. Quando uma pessoa experimenta múltiplos laços afetivos em sua árvore genealógica, torna-se imperativo reconhecer os efeitos jurídicos dessa complexa relação. Assim, em razão de sua relevância, torna-se necessário reconhecer a possibilidade da modificação registral, a fim de que as documentações também demonstrem “aquilo que está marcado em sua alma: uma rede de afetos, cuidado e calor” (Rosa, 2023, p. 485).

Ademais, em consonância com a Repercussão Geral ora em análise, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo a coexistência da paternidade socioafetiva e do vínculo biológico, não sendo obstáculo a preexistência de um vínculo registral e socioafetivo para o reconhecimento da paternidade biológica e adiante da mera busca pelo conhecimento da origem genética (Madaleno, 2023, p. 570).

Assim, a título exemplificativo, menciona-se dois importantes julgados acerca da temática. O primeiro é o Recurso Especial nº 1.622.330/RS, de 26 de julho de 2017, no qual restou destacado em sua ementa que à luz da tese fixada pelo STF, o registro efetuado pelo pai afetivo não impede a busca pelo reconhecimento registral também do pai biológico, cujo reconhecimento do vínculo de filiação é seu consectário lógico².

O segundo julgado, Recurso Especial nº 1.618.230/RS³, restou estabelecido que a existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética e ao afeto, são, portanto, compatíveis. Assim, evidencia-se que o reconhecimento do estado

2 “A igualdade entre as paternidades biológica e afetiva amplia a proteção dos interesses dos filhos, de modo que todos os pais devem assumir as responsabilidades decorrentes da paternidade. Ou seja, os pais, não importando sua origem, têm obrigações, tais como fornecer ao filho um sobrenome, ainda que outrem tenha registrado a criança, prover a pensão alimentícia e assegurar-lhe o direito de herança” STJ - REsp: 1622330 RS 2013/0004282-2, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Publicação: DJ 07/08/2017

3 “(...) 3. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis” STJ - REsp: 1618230 RS, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Publicação: DJ 28/03/2017

de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros. Por fim, o julgado frisou que diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, são inerentes à paternidade, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação.

Ainda, a decisão do Recurso Extraordinário resolve não apenas a controvérsia em torno da multiparentalidade, mas também uma questão importante nas disputas de filiação. Ao estabelecer que a paternidade socioafetiva, independentemente de seu registro em documentos públicos, ou seja, a Corte afirma que não é necessário um reconhecimento formal prévio da relação socioafetiva.

Contudo, em casos de multiparentalidade, a atribuição de certos efeitos jurídicos à parentalidade socioafetiva não formalmente reconhecida, como a determinação de alimentos provisórios em liminar, pode depender de um nível mínimo de prova para sustentar a convicção do juiz (Matos, 2020 p. 44).

Diante disso, é fundamental considerar não apenas quem busca o reconhecimento ou a negação da paternidade, mas, sobretudo, qual decisão melhor atende às necessidades psicológicas e emocionais da criança, em conformidade com o princípio do melhor interesse da criança.

4 RESPONSABILIDADE PARENTAL DO GENITOR DIANTE DO RECONHECIMENTO DE MULTIPARENTALIDADE

Acerca da multiparentalidade, conforme já elucidado em outras passagens, refere-se a presença de múltiplos laços na linha de parentesco de primeiro grau, seja do lado materno ou paterno, desde que acompanhados por um terceiro elo. Portanto, para que essa situação se configure, é essencial que haja, no mínimo, três indivíduos registrados como pais no nascimento de uma criança (Valadares, 2016, p. 55).

No que tange à paternidade responsável, expressa no artigo 226, § 7º, da CF/88, caracteriza-se pelos direitos e deveres referente ao compromisso dos pais de cuidar, educar e prover o bem-estar de seus filhos. Tais deveres incluem tanto os aspectos patrimoniais quanto afetivos da criação do filho.

As relações de parentesco, em razão de seus efeitos jurídicos de ordem pessoal ou econômica, estabelecem direitos e deveres recíprocos entre os parentes. Cita-se como exemplos de tais efeitos a obrigação alimentar, o direito de promover interdição e de receber herança, com exceção do parentesco por afinidade etc.

Os Ministros, ao julgarem o RE 898.060, apoiaram a multiparentalidade a partir do princípio constitucional da paternidade responsável, destacando que o pai biológico não pode escolher se quer ou não assumir a paternidade após o nascimento da criança. Antes da concepção, as pessoas têm a liberdade de decidir se desejam ser pais ou não. No entanto, uma vez que o filho nasce, não há mais escolha, eis que surgem obrigações legais, como o dever de prover cuidados e assistência material e emocional (Paiano, 2023, p. 18).

Assim, a responsabilidade parental abrange o conjunto de deveres e obrigações voltadas para garantir o bem-estar material e moral dos filhos. Incluindo o dever do genitor de cuidar de seus filhos, manter contato pessoal com eles, garantir sua educação, prover sustento, representá-los legalmente e administrar seus bens. Deste modo, conclui-se que a responsabilidade parental é instituto de grande relevância para a garantia de uma infância saudável.

Ainda, a paternidade responsável é destacada, de forma cristalina, no Recurso Extraordinário nº 898.060/SC⁴. Segundo o qual, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe-se o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica. O referido julgado ainda esclarece acerca da desnecessidade de decidir entre um ou outro vínculo, quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

Nesta perspectiva, a busca pela promoção da dignidade humana e da felicidade das partes envolvidas, em especial das crianças, emerge como um princípio fundamental no contexto das relações de filiação. A

4 “(...) A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos”.

obrigação de acolher, no âmbito legal, tanto os laços afetivos quanto os biológicos, sem a imposição de uma escolha entre eles, representa um avanço significativo no reconhecimento da complexidade das relações familiares contemporâneas.

No que tange às responsabilidades, passa-se à uma análise em relação ao reconhecimento da paternidade socioafetiva e conseguinte ação negatória de paternidades, ingressas pelo pai registral que deseja então desconstituir seu vínculo. Para tais situações, deve ser reconhecido que mesmo que haja o reconhecimento de numa nova parentalidade, não há que se falar em desconstituição daquele que consta no registro, ainda que haja o rompimento de vínculos.

Quando o assunto da responsabilidade parental é discutido, deve-se atentar a todos seus aspectos, tanto no aspecto moral, quanto no patrimonial, tais como o direito e dever em contribuir com os alimentos e o direito à sucessão. Neste sentido, mesmo que haja eventual rompimento de uma afetividade, deve ser levado em consideração à realidade afetiva vivenciada antes do rompimento do vínculo. Assim, necessário manter o reconhecimento da parentalidade em respeito ao vínculo consolidado durante toda a vida pregressa do filho (Santos, 2022, p. 11).

Neste sentido, uma vez estabelecida a afetividade, esta tem o poder de gerar consequências legais, ainda que rompido o vínculo sobre o qual ela se originou. Da mesma maneira, os direitos e obrigações de pais e filhos devem subsistir, ainda que um dos envolvidos manifeste a intenção de romper o vínculo filial e busque o rompimento da relação (Valadares, 2016, p. 64).

Importante destacar que o tema da multiparentalidade exige cuidados e ponderações de ordem prática. Esta cautela se justifica em razão dos diversos efeitos causados no reconhecimento da multiparentalidade, conforme já mencionado a título de exemplo às questões referentes à alimentos e sucessão.

Assim, consoante disposto no Recurso Especial nº 1.674.849/RS, “a multiparentalidade é uma casuística, passível de conhecimento nas hipóteses em que as circunstâncias fáticas a justifiquem”. O Poder Judiciário não pode compactuar com pretensões contrárias aos princípios da afetividade, da solidariedade e da parentalidade responsável. Dessa forma, evidencia-se que a possibilidade de se estabelecer a simultaneidade das

parentalidades socioafetivas e biológica não ser uma regra dentro do ordenamento jurídico (Rosa, 2023, p. 488).

Neste sentido, um dos efeitos que deve ser levado em considerações, é a plurihereditariedade, uma vez que, um filho de vinculações socioafetivas e biológicas estaria habilitado a buscar a herança de cada um dos seus progenitores que viessem a falecer, sendo de todos eles um herdeiro necessário. Outra situação que decorre é de que cada pai seria credor de alimentos. Neste aspecto, destaca-se o Enunciado nº 632, da VIII Jornada de Direito Civil, que dispõe que “nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos”.

Desse modo, em caso de óbito de um dos pais, seja ele biológico ou afetivo, o filho será contemplado na herança de ambos. Conforme estipula o artigo 1.798 do Código Civil, na sucessão legítima, todos os indivíduos nascidos ou já concebidos no momento do falecimento do detentor da herança têm direito à sucessão. Portanto, uma vez estabelecida essa conexão, os desdobramentos sucessórios dessa relação devem ser reconhecidos, mesmo que o filho busque essa reivindicação após o falecimento (Rosa, 2023, p. 487).

Ainda, na multiparentalidade, em decorrência natural dos vínculos de filiação, o filho deveria acrescer ao seu nome os apelidos de seus pais, do quais dividiriam entre si a educação do filho, quem teria de se multiplicar para atender à convivência igualitária com cada qual dos seus múltiplos ascendentes (Madaleno, 2023, p. 568).

Dessa forma, deve-se ressaltar que a paternidade ou maternidade socioafetiva deve ser um compromisso sólido, constante e duradouro, não apenas um impulso momentâneo. Ela envolve a substituição do genitor ausente pelo presente, sem que um substitua o outro, pois ambos desempenham papéis essenciais e visíveis na relação de filiação. Pais e mães socioafetivos são figuras centrais na vida da criança, responsáveis não apenas pelo afeto, mas também por uma série de responsabilidades e pela influência significativa que exercem na formação do caráter e da psicologia da criança ou adolescente.

Assim, torna-se possível o acréscimo registral ou o reconhecimento da filiação biológica, com todos os efeitos jurídicos subseqüentes, como a possibilidade de reconhecer a existência paralela de uma filiação

socioafetiva ao lado da biológica, além da alteração do nome e registro da dupla filiação, bem como estabelecer guarda e convivência familiar. Além disso, é possível os alimentos de todos os pais e o pagamento aos pais idosos. Por fim, tal decisão, ainda, reconhece como herdeiro de ambos os pais e todos os genitores figurando como herdeiros do filho e os direitos previdenciários e securitários (Calderon, 2017, p. 223).

Conforme demonstrado e nos casos concretos apresentados, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça vem se orientando no sentido que o reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros.

Ainda, em relação às consequências do reconhecimento da multiparentalidade, em conformidade com a proibição de tratamento desigual entre diferentes formas de filiação, (art. 227, §6º, CF/88), é garantido que, se necessário, a criança possa buscar apoio de qualquer pessoa ligada à sua ancestralidade multiparental. Se os primeiros responsáveis não tiverem meios para prover o sustento, os membros da relação avoenga podem ser convocados, como uma fonte subsidiária e complementar de assistência alimentar (Rosa, 2023, p. 487).

Diante disso, é possível perceber o reconhecimento consolidado acerca da multiparentalidade. Não obstante, ainda se torna necessário zelar pelos direitos de crianças e adolescente, sendo que o deferimento dos múltiplos vínculos parentais geram diversos efeitos, tanto na esfera afetiva, quanto na patrimonial. Portanto, há de reconhecer que, o multiparentalidade não exime a responsabilidade parental do pai biológico, ainda que haja o rompimento afetivo entre um dos membros, havendo regulamentações acerca do poder familiar, guarda compartilhada, dias de convivências e todos os demais efeitos existentes das relações familiares.

5 CONCLUSÃO

Diante das considerações apresentadas e a partir das pesquisas bibliográficas realizadas, conclui-se que a multiparentalidade e a responsabilidade parental biológica surgem como elementos que, embora distintos em sua origem, podem coexistir harmoniosamente em nossa sociedade contemporânea.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, expressada no Tema de Repercussão Geral n. 622, reflete uma importante mudança de paradigma, reconhecendo a possibilidade de combinar a paternidade socioafetiva e a paternidade biológica. Este reconhecimento, por sua vez, abre caminho para a coexistência legal de múltiplos laços familiares, validando, portanto, a multiparentalidade.

Essa mudança de paradigma não apenas reforça o valor das relações familiares baseadas na afetividade e no afeto, mas também reconhece a importância da filiação biológica quando presente. Portanto, a multiparentalidade e a responsabilidade parental biológica não são mutuamente exclusivas; ao contrário, elas podem coexistir de maneira sinérgica, fortalecendo a concepção contemporânea de família.

Nesse sentido, a decisão do STF representa um importante passo em direção a uma maior consolidação dos direitos das crianças e adolescentes, além da equidade no contexto das relações familiares. Ela protege os direitos fundamentais de todos os envolvidos, proporcionando segurança jurídica e reconhecimento judicial às diversas configurações familiares presentes em nossa sociedade diversificada. No centro dessa mudança está o melhor interesse da criança, que deve guiar todas as decisões relacionadas ao direito de filiação.

A multiparentalidade, quando reconhecida e regulamentada de maneira adequada, pode efetivamente servir ao bem-estar das crianças, proporcionando-lhes um ambiente estável e amoroso, independentemente da origem de seus laços parentais.

A consolidação do reconhecimento da multiparentalidade nos aspectos legais evidencia o zelo pelos direitos de crianças e adolescentes permanece fundamental. O estabelecimento de múltiplos vínculos parentais gera impactos profundos, tanto no âmbito afetivo quanto patrimonial.

É crucial entender que a multiparentalidade não exige a responsabilidade parental do pai biológico, mesmo em casos de rompimento afetivo, com regulamentações abrangendo poder familiar, guarda compartilhada, dias de convivência e outros aspectos das relações familiares.

É fundamental compreender que o reconhecimento da filiação multiparental garante não apenas os direitos associados a esse estado, como convivência familiar, pensão alimentícia e direitos sucessórios, mas também impõe deveres. Portanto, à medida que os direitos aumentam, as

obrigações também crescem, demandando a atenção do sistema Judiciário, notadamente aos requerimentos de exoneração de responsabilidades dos pais biológicos.

Portanto, ao considerar a permanência da responsabilidade parental biológica em meio ao reconhecimento da multiparentalidade, estamos, fortalecendo os fundamentos da igualdade, dignidade e proteção dos direitos de todos os membros de uma família moderna. Primando, ao superior interesse da criança e do adolescente.

É uma demonstração de como o direito está evoluindo para refletir e acomodar as complexas realidades familiares de hoje, garantindo que nenhuma criança seja privada do amor, cuidado e apoio que merece, independentemente da natureza dos vínculos que a ligam aos seus pais. A para além disso, seja reconhecido os direitos patrimoniais, ligados aos efeitos da responsabilidade paternal, tais como a conservação dos direitos e deveres de alimentos e sucessão.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Dos Direitos Fundamentais. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BORGES, Glaucia. **Conceitos fundamentais do direito da criança e do adolescente**. 1 ed. Florianópolis: Conceito Atual Editora, 2020.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. Disponível em: <http://unicorp.tjba.jus.br/unicorp/wp-content/uploads/2020/01/12-Principio-da-Afetividade-no-Direito-de-Familia.pdf>. Acesso em: 23 de julho de 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto**. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSA, Conrado Paulino da. **Teoria Geral do Afeto**. 4 ed., rev., atual., e ampli. São Paulo: Juspodivm, 2023.

FEDERAL, Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n. 632 VIII Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1162>. Acesso em: 23 set. 2023.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Grupo GEN, 2023. E-book. 13. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2023.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Multiparentalidade: uma abordagem a partir das decisões nacionais**. *civilistica.com*, v. 5, n. 1, p. 1-21.

PAIANO, Daniela Braga. **Da multiparentalidade judicial: análise dos votos e dos efeitos do julgamento do RE 898060**. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 18, n. 2, p. 10-29, ago.2023.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 10 ed., rev., atual., e ampli. São Paulo: JusPodivm, 2023.

SANTOS, Gabriel Precegon. **Reflexões sobre a multiparentalidade na jurisprudência brasileira: um estudo em quatro tópicos**. *civilistica.com*, v.11, n.3, p. 1-27, 2022.

VILLELA, João Baptista. **Desbiologização Da Paternidade**. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, [S.l.], n. 21, p. 400-418, fev. 2014: Disponível em: [m:https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156](https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156). Acesso em: 23 set. 2023.

PROTEÇÃO DA LEGÍTIMA NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO: AUTONOMIA VERSUS SOLIDARIEDADE

MARIA EDUARDA MIKIEWICZ DESPLANCHES¹

HELENA DE AZEREDO ORSELLI²

1 INTRODUÇÃO

A legítima representa uma restrição à liberdade de testar relativamente a cinquenta por cento do patrimônio da pessoa, exclusivamente para aqueles que possuem herdeiros necessários, e é dotada de um conjunto de regras cujo objetivo é assegurar o direito dos herdeiros necessários. Considerando que a sociedade está em constante desenvolvimento, enquanto o direito sucessório continua a caminhar a passos lentos, é necessário revisitar o instituto da legítima, a fim de verificar se é justificada a restrição da autonomia privada do titular do patrimônio quanto a sua liberdade de testar.

A autonomia privada é inerente à dignidade da pessoa humana, de modo que a restrição injustificada desta autonomia constitui uma violação à dignidade. De outro modo, a solidariedade atua como um instrumento para a promoção da dignidade humana, ao reconhecer o valor dos demais indivíduos como pessoas iguais.

-
- 1 Mestranda em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Pluridimensionalidade do Direito Privado Contemporâneo da FURB. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS. Advogada. E-mail: medesplanches@gmail.com.
 - 2 Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, e em Direito Público pela Universidade degli Studi di Perugia - Itália. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau - FURB. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Pluridimensionalidade do Direito Privado Contemporâneo da FURB. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-5624-9185>. E-mail: helena@furb.br.

O direito sucessório é essencialmente influenciado pela solidariedade familiar, posto que a ordem de vocação hereditária é determinada pelo vínculo de solidariedade que está presente, ou deveria estar, entre os membros de uma família. Portanto, o presente estudo tem como escopo principal investigar, sob o prisma da autonomia privada e da solidariedade familiar, a necessidade de eventual reformulação do instituto na legítima no âmbito do direito sucessório brasileiro.

Assim, a temática originou-se a partir da seguinte problemática: o instituto da legítima deve passar por reformulações em virtude da restrição à autonomia privada e à liberdade testamentária? Considerando que a configuração da legítima atualmente vigente está consolidada na premissa da solidariedade familiar, a hipótese levantada é de que eventual reformulação no instituto da legítima deveria atentar para questões já superadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, como a despatrimonialização das relações familiares e a isonomia entre os filhos.

O trabalho está subdividido em três capítulos. Em um primeiro momento, investigam-se a autonomia privada e a solidariedade familiar. Posteriormente, analisa-se o instituto da legítima na legislação brasileira, para, por fim, debater a necessidade de reforma ou exclusão do instituto da legítima no direito sucessório brasileiro.

A metodologia aplicada consiste no método indutivo e nas técnicas de leitura dirigida, de fichamento de obras e de análise de conteúdo, pesquisando-se diferentes posicionamentos a respeito da legítima no direito sucessório brasileiro, especialmente no que se refere à autonomia privada e à solidariedade.

O presente estudo não tem como objetivo apresentar soluções para os embates acerca do instituto da legítima, mas, tão somente levantar reflexões acerca da autonomia privada em concomitância com o princípio da solidariedade quando se trata de restrição à liberdade de testar.

2 AUTONOMIA PRIVADA E SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Nos dicionários e na percepção popular, a autonomia engloba a ideia de independência, liberdade, autorregulação e autogoverno (Rodrigues Junior, 2004, p. 113). Esses conceitos envolvem uma série infindável de questões de ordem filosófica. Será que de fato se desfruta de liberdade

de escolha ou os caminhos já estão previamente estabelecidos? (Sarmiento, 2005, p. 168). De todo modo, autonomia privada corresponde “à faculdade do indivíduo de fazer e implementar escolhas concernentes à sua própria vida”, resultado do “reconhecimento do ser humano como agente moral, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e com o direito de seguir a sua decisão, desde que ela não viole direitos alheios” (Sarmiento, 2016, p. 140).

A autonomia privada não se confunde com a autonomia da vontade. A autonomia como resultado da vontade “revelou-se uma derivação reducionista do individualismo, esquecendo o substrato humanista que lhe devia permear” (Rodrigues Junior, 2004, p. 120). A autonomia de vontade é, portanto, um conceito histórico ultrapassado, permeado pelos valores do liberalismo-burguês, que refletia os interesses de um sujeito específico: o homem branco, burguês e proprietário. Essa ideia não se adequa à noção de autonomia privada por diversas razões, dentre elas, porque a autonomia privada não se restringe apenas ao campo negocial. Embora a autonomia também abranja a esfera patrimonial, a sua proteção mais enfática se concentra nas decisões relacionadas a questões de natureza existencial (Sarmiento, 2016, p. 141-142).

A compreensão de autonomia privada implica em reconhecê-la como uma liberdade positiva, na qual está pressuposta a capacidade efetiva de escolher, ao invés de ser meramente entendida como a ausência de obstáculos externos à conduta (Sarmiento, 2016, p. 142). Existem algumas controvérsias na distinção entre liberdade negativa e positiva (Sarmiento, 2016, p. 151).

O conceito de liberdade negativa não é objeto de muitas discussões, sendo entendida como a ausência de restrições externas à ação do agente. Geralmente, ela é percebida relação entre o indivíduo e o Estado, traduzindo-se na garantia de um direito de não intervenção estatal, no entanto, pode envolver, o dever positivo do Estado de preservar a liberdade de pessoas ameaçadas ou cerceadas por outros indivíduos. Em resumo, a liberdade negativa é comumente vista como a restrição do poder do Estado e frequentemente está ligada à promoção de um Estado mínimo (Sarmiento, 2016, p. 151-152).

O conceito de liberdade positiva já não é tão unânime. Para Sarmiento (2016, p. 153), “a liberdade positiva deve ser vista como a capacidade real do agente de autodeterminar a sua conduta”, tratando-se “da

liberdade material, que não se esgota na ausência de constrangimentos externos à ação humana, pressupondo antes a presença das condições que possibilitam o efetivo exercício da autonomia individual”, ou seja, para que as pessoas sejam livres não basta a ausência de constrangimentos, sendo necessário efetivamente condições para autodeterminação (Sarmiento, 2016, p. 153), o que implica a existência de reais oportunidades colocadas à disposição do agente para eleger aquela que mais se adequa a seus interesses e suas necessidades.

O valor da autonomia privada está relacionado à proteção da dignidade da pessoa humana. Privar alguém do poder de escolher como deseja conduzir a própria vida é impedir que alcance a sua realização existencial. Contudo, essa autonomia privada não é absoluta e deve ser conciliada com o direito de outras pessoas e com outros valores igualmente relevantes para o Estado Democrático de Direito, como a democracia, a igualdade, a segurança e a solidariedade (Sarmiento, 2005, p. 182).

Segundo Lôbo (2022a, p. 58), a Constituição Federal e a ordem jurídica brasileira perpassam pela dignidade da pessoa humana e pela solidariedade social, conceituando-os como “princípios fundamentais e estruturantes”. Na perspectiva jurídica, a solidariedade representa um conjunto de mecanismos direcionados para garantir vida digna a todos, em uma sociedade que busca seu desenvolvimento de forma livre e justa (Moraes, 2006, p. 39). A solidariedade é, assim, um instrumento social para a realização da dignidade da pessoa, resultado do reconhecimento não apenas da dignidade individual, mas também da dignidade dos demais (Mendonça, 2018, p. 100-101).

A Constituição Federal estabeleceu, no artigo 3º, inciso I, que é objetivo da República Federativa do Brasil construir uma sociedade, livre, justa e solidária. Segundo Moraes (2006, p. 37), a menção à solidariedade no texto constitucional estabeleceu no ordenamento brasileiro um “princípio jurídico inovador”, que deve ser observado no momento da elaboração de leis ordinárias, na concretização de políticas públicas e quando da interpretação e aplicação do Direito.

A solidariedade é dotada de uma “inegável dimensão ética, em virtude do necessário reconhecimento mútuo de todos como pessoas” e “exorta atitudes de apoio e cuidados de uns com os outros” (Diniz, 2008, p. 32). Não obstante, a solidariedade como regra moral não foi suficiente,

passou, então, a ser norma jurídica para que fosse levada a sério (Rodotà, 2014, p. 7). A solidariedade não é benevolência, nem assistencialismo, porque, nesses casos se vê o outro como inferior, ao passo que a solidariedade decorre de um pacto entre iguais (Rodotà, 2014, p. 24-25).

Tepedino, Nevares e Meireles (2022, p. 5) demonstram como o direito de família e o direito sucessório estão intimamente interligados, tendo em vista que o rol de herdeiros sucessíveis é “baseado em seus vínculos mais estreitos de solidariedade, que se encontram em sua comunidade familiar, estabelecendo a devolução da herança para aqueles mais próximos à pessoa falecida”. Sendo assim, a ordem de vocação hereditária e todo o fenômeno sucessório é influenciado pela concepção de família dado pelo ordenamento jurídico (Tepedino; Nevares; Meireles, 2022, p. 5).

O princípio da solidariedade nas relações familiares está expressamente previsto no artigo 229 da Constituição Federal, que estabeleceu deveres recíprocos entre pais e filhos (Moraes; Teixeira, 2018, p. 2244). Os deveres e princípios de solidariedade e respeito à dignidade não são apenas atitudes de cunho moral, e sim obrigações de cunho mandamental instituídas pela Constituição Federal (Todsquini, 2021), sendo que a solidariedade familiar não é satisfeita, apenas, através de prestação alimentícia, pois depende da observância de outros fatores, como a assistência moral, que é realizada através do cuidado, da cooperação, da atenção (Madaleno, 2020, p. 357).

A solidariedade familiar, deste modo, é um dever recíproco entre ascendentes e descendentes, bem como entre cônjuges ou companheiros, cuja materialização se dá através de assistência recíproca, tanto material quanto imaterial, com o objetivo de preservar a integralidade física e psíquica dos membros da entidade familiar e assegurar uma vida digna (Je-reissati, 2018, p. 52).

3 DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA E A GARANTIA DA LEGÍTIMA NO BRASIL

O direito sucessório brasileiro tem sido alvo de debates, principalmente em relação à limitação da liberdade de testar e à excessiva rigidez da sucessão legítima (Souza; Almeida Junior, 2021, p. 5). Em outras palavras, discute-se a limitação da autonomia privada do titular do patrimônio, em confronto com o dever de solidariedade para com os seus herdeiros neces-

sários. Na legislação brasileira, por força do artigo 1.845 do Código Civil, são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. No artigo seguinte, a legislação civil estabeleceu que pertence aos herdeiros necessários a metade dos bens da herança, correspondente à legítima.

A Constituição Federal prevê expressamente, no artigo 5º, inciso XXX, o direito à herança como garantia fundamental, não havendo previsão como essa nas Constituições anteriores (Lôbo, 2022b, p. 44). De acordo com Sarlet (2012, n. p.), grande parte dos incisos previstos no artigo 5º da Constituição Federal se enquadram “na categoria de direitos-garantias, ou seja, das garantias fundamentais, que, além da sua função instrumental (assecuratória e protetiva), podem ser consideradas autêntico direito subjetivo”.

Para Delgado (2023, p. 17), a Constituição não prevê o direito “à” herança, mas sim o direito “de” herança, sendo que, para o autor, a diferença entre as preposições não é apenas questão de semântica, pois “produz consequências decisivas no tocante ao âmbito de abrangência do direito fundamental, notadamente no que alude aos destinatários da proteção”. Segundo Delgado (2023, p. 8) o direito de herança é uma forma de concretização da dignidade da pessoa humana não apenas aos herdeiros, mas também do autor da herança, sob a perspectiva da autodeterminação e da liberdade testamentária.

Por outro lado, Ramos e Catalan (2019, p. 9) advogam no sentido de que o artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal trata-se de “uma garantia e de um direito de defesa, de limite à atuação do Estado, no sentido de algo que não pode ser suprimido pelos poderes constituídos”. Souza e Almeida Junior (2021, p. 7) lecionam que é possível compreender que a garantia ao direito à herança prevista na Constituição, tem, além da intenção de evitar a aquisição indevida de propriedades pelo Estado, a finalidade de estabelecer que uma parte do patrimônio deixado pelo falecido seja direcionada para determinados membros da família. Contudo, para esses autores, não parece estar em conformidade com os valores albergados na Constituição que tais herdeiros sejam selecionados exclusivamente com base em vínculos consanguíneos ou matrimoniais, sem considerar concretamente as vulnerabilidades dos sucessores (Souza; Almeida Junior, 2021, p. 7).

Para Souza e Almeida Junior (2021, p. 6), a atual legislação civil mantém uma visão patrimonializada da família, “voltada à sua compreensão como unidade produtiva e de preservação dos bens no interior

na linhagem de parentesco, em claro distanciamento dos valores albergados pela Constituição de 1988”.

Embora não haja no texto constitucional garantia à legítima dos herdeiros necessários, para Nevares (2023, p. 662), a manutenção da reserva da legítima está em consonância com o ordenamento jurídico. Para a autora, tal instituto “fortalece a unidade familiar, na medida em que permite que a família absorva suas vulnerabilidades, concretizando, assim, a solidariedade constitucional” (Nevares, 2023, p. 662).

Devido ao aumento da longevidade da população³, que conduz à sucessão em favor dos filhos quando estes já se encontram na maioridade e financeiramente independentes, bem como em favor dos ascendentes quando estes estão idosos e dependentes, e também em consideração à crescente ocorrência de famílias recompostas, em virtude dos divórcios e dos novos casamentos, Nevares (2020, p. 32) questiona se a proteção da família estipulada pela legislação sucessória está em conformidade com a proteção pessoal de cada um dos membros da família. No mesmo sentido, Ramos e Catalan (2019, p. 2) afirmam que hoje “se herda tarde, ao termo da execução do projeto de vida do sucessor”.

Nesse cenário, para Souza e Almeida Junior (2021, p. 1) a restrição à autonomia testamentária do titular dos bens e a reserva do patrimônio para os herdeiros necessários, da forma em que se encontra a atual legislação civil, pode resultar em uma postura paternalista, incompatível com as novas acepções de família e propriedade.

4 NECESSIDADE OU NÃO DE REVISÃO DA LEGÍTIMA NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

O Código Civil de 2002 não trouxe grandes inovações em se tratando de matéria sucessória e manteve “um sistema de restrição quantitativa à liberdade testamentária com um critério fixo, invariável, e aplicável de modo indiscriminado e universal a todas as sucessões forçadas” (Ribeiro, 2021, p. 136).

3 Segundo Nevares (2023, p. 368), “[...] a partir do desenvolvimento das ciências, especialmente da medicina e da higiene da população, a média da duração de vida do homem aumentou consideravelmente e, assim, a sucessão hereditária ocorre na maior parte das vezes quando os descendentes do autor da herança já estão adultos e independentes, não sendo, assim, a herança um mecanismo indispensável de proteção da família”.

Existem várias perspectivas em relação à necessidade ou não de excluir a legítima do ordenamento jurídico brasileiro, bem como à necessidade de revisar o instituto para que esteja em conformidade com a realidade contemporânea. No entanto, observa-se que essas perspectivas giram em torno de uma questão central: a autonomia privada do titular do patrimônio *versus* a solidariedade familiar.

Segundo Ribeiro (2021, p. 138), a solidariedade constitucional não é alcançada na sucessão forçada quando a legítima representa um acervo patrimonial ínfimo, pois não protege adequadamente os herdeiros necessários. Ribeiro (2021, p. 139) defende que a forma que a legítima se encontra disposta na legislação brasileira é questionável em qualquer situação em que reste aos herdeiros necessários patrimônio incapaz de concretizar função da herança em decorrência da opção do autor da herança em testar metade do seu patrimônio.

Do mesmo modo, para Ribeiro (2021, p. 140) a solidariedade também não é alcançada quando o acervo hereditário é uma grande fortuna, posto que uma a legítima representada por um valor extremamente voluptuoso não encontra justificativa na proteção do herdeiro necessário. Ocorre, de fato, uma verdadeira concentração de riquezas dentro da família, de modo que, ao invés da legítima cumprir a sua função de proteger os membros da família, “a sucessão forçada aqui se apresenta excessivamente e conseqüentemente disfuncional, aumentando em vez de reduzir as desigualdades sociais” (Ribeiro, 2021, p. 141).

Nesse sentido, Ribeiro (2021, p. 142-143) conclui que a atual regra, que fixa em cinquenta por cento do patrimônio deixado a legítima, estabelecida para todos os casos “se revela disfuncional” e não se coaduna com sua função. O autor (Ribeiro, 2021, p. 155) defende uma sucessão forçada decidida a partir do caso concreto, logo, “flexível e aberta”, atendendo-se ao volume do patrimônio deixado e aos interesses constitucionalmente considerável dos herdeiros necessários.

Madaleno (2020, p. 350) aduz que o direito das sucessões deve compatibilizar a autonomia privada com a proteção da família, sendo que, na visão do autor, o atual sistema das legítimas não alcança um equilíbrio efetivo. Dentre as objeções de Madaleno (2020, p. 351) encontra-se o fato de que se deve considerar que a solidariedade e a reciprocidade

são valores que devem ser reconhecidos, com o fim de que somente seja herdeiro “quem merece e precisa”.

Para Madaleno (2020, p. 351), a legítima não pode encontrar fundamento apenas nos vínculos de parentescos ou conjugais, mas deve ter seus valores reconhecidos no princípio da solidariedade familiar, que não é sinônimo de direito de alimentos ou de subsistência, até porque normalmente os filhos já se encontram financeiramente independentes quando do falecimento dos genitores, bem como o cônjuge ou companheiro sobrevivente são, em regra geral, destinatários de meação. O autor sustenta que o sistema legitimário obrigatório cria “pontuais e dissimuladas distorções, e que expressam uma repartição apenas quantitativamente igualitária”, ou seja, a distribuição do patrimônio não é feita de modo equitativo (Madaleno, 2020, p. 352).

Borges e Dantas (2017, p. 87-88) defendem que, em que pese a manutenção da legítima tenha sido justificada na solidariedade e na afetividade familiar, a limitação da autonomia privada não serve para o objetivo a que se propõe, tendo em vista que nada garante que beneficiar automaticamente herdeiros necessários seja conduta de solidariedade. Para os autores, somente haverá solidariedade quando os herdeiros forem vulneráveis economicamente, posto que a transmissão do patrimônio para alguém maior e com capacidades financeiras não consubstancia um ato de solidariedade (Borges; Dantas, 2017, p. 87-88).

Para Borges e Dantas (2017, p. 91), a vulnerabilidade econômica não se refere à pessoa com poucos recursos financeiros, e sim àqueles que não possuem condições necessárias para a proteção de sua dignidade. Na hipótese de não haver herdeiros vulneráveis economicamente, a autonomia privada do autor da herança, consubstanciada na liberdade de testar, deve ser a mais ampla possível, para afastar a patrimonialidade dos vínculos familiares. Deste modo, os autores sugerem uma nova legítima, que leve em consideração não apenas as relações familiares, mas também a vulnerabilidade econômica do herdeiro (Borges; Dantas, 2017, p. 91). Ramos e Catalan (2019, p. 16-17), com pensamento semelhante ao de Borges e Dantas, assumem que o propósito paternalista-autoritário da legítima pode não proteger os herdeiros vulneráveis.

Neste sentido, Souza e Junior (2021, p. 11-12) entendem que a legítima representa a postura “paternalista e neutra do direito sucessório”,

impondo limitações rígidas e desproporcionais à liberdade testamentária. Apesar disso, os autores não concordam com a exclusão da legítima do ordenamento jurídico brasileiro e defendem uma interpretação que a mantenha apenas em favor dos herdeiros vulneráveis, tais como crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência.

Hironaka (2019, p. 499) argumenta que não é justificável que pessoas maiores e independentes financeiramente tenham direito ao patrimônio do falecido, quando não houver mais nenhuma obrigação de cunho alimentar entre o titular do patrimônio e o herdeiro, especialmente quando ele expressou a vontade de que o patrimônio fosse direcionado para outras pessoas. Para a autora, especialmente nesses casos, não deveria existir a proteção da legítima, ou, ao menos, deveria ser reduzida para uma proporção menor, como vinte e cinco por cento do patrimônio do falecido (Hironaka, 2019, p. 499). Havendo herdeiros vulneráveis, a autora sustenta que, somente para esses herdeiros, deve-se reservar o suficiente para uma vida digna (Hironaka, 2019, p. 499).

Gomes (2019, p. 141) expõe que aqueles advogam pela extinção da legítima, pela sua redução ou de sua atribuição com base na vulnerabilidade material dos herdeiros, associam o direito sucessório unicamente a aspectos de caráter patrimonial, resultando em duas principais questões problemáticas: (i) limitam o instituto da legítima ao sucessor vulnerável economicamente, o que, além de promover uma subjetividade, pode impedir a concretização dos princípios constitucionais fundamentais; (ii) reduz a concepção de solidariedade familiar à noção de assistencialismo.

Segundo Gomes (2019, p. 141-142), a solidariedade alicerçada na assistência material encontra fundamento quando diante de questões de natureza alimentar, considerando que, nessa hipótese, deve-se considerar as condições de cada sujeito, de acordo com o trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade. No direito sucessório, diversamente, a presunção é essencialmente anímica, e não necessariamente econômica. “Logo, em uma aproximação com a ideia de despatrimonialização, poder-se-ia dizer que a sucessão necessária se funda na noção existencial de realização dos afetos, dos cuidados que pautam ou deveriam pautar as relações [...]” (Gomes, 2019, p. 142).

Para Gomes (2019, p. 145), a prevalência da autonomia patrimonial sobre a proteção dos herdeiros necessários ignora todos os princípios

constitucionais de paradigma familiar, especialmente o da solidariedade, da dignidade, da isonomia, da pluralidade familiar e o da democracia no seio da família. A autora apresenta ajustes no âmbito do direito sucessório que são capazes de satisfazer as demandas daqueles que apoiam a extinção ou a redução da legítima em prol da autonomia privada do titular do patrimônio. O primeiro deles é a admissão dos pactos sucessórios, pois o simples fato de casar ou constituir união estável gera automaticamente a restrição da liberdade de testar em cinquenta por cento do total do patrimônio do titular (Gomes, 2019, p. 193). O segundo ajuste é a ressignificação dos institutos da deserdação, da indignidade e da revogação da doação por ingratidão, para excluir o herdeiro ou donatário que não tenha comportamento compatível com a solidariedade, com o afeto, com o cuidado e com o respeito para com aquele de quem recebeu ou receberá bens (Gomes, 2019, p. 195-196).

Tartuce (2022), em um artigo escrito no ano de 2022, diante de um cenário pandêmico, defendeu que “a legítima ou reserva deve ser mantida em seu percentual já consolidado, e de maneira fixa, o que é nossa realidade jurídica desde a Lei Feliciano Pena, de 1907”. Tartuce (2022) defende, ainda, que a legítima variável é distante da realidade brasileira e que o conceito de vulnerabilidade é sujeito a várias interpretações. Ademais, no Brasil, o processo de inventário é um procedimento meramente confirmatório, fazendo com que a questão da vulnerabilidade seja remetida para discussão em ações próprias e, conseqüentemente, os processos de inventário ficarão ainda mais demorados (Tartuce, 2022).

Portanto, a revisão da legítima no ordenamento jurídico brasileiro é objeto de discordâncias, havendo três correntes a respeito da matéria: aqueles que entendem que é necessária a revogação da legítima, ou ao menos sua minoração; aqueles que entendem que a legítima deve passar por uma modificação, para que seja estabelecida de acordo com os herdeiros vulneráveis; e aqueles que entendem que a legítima deve se manter inalterada, havendo, entretanto, a necessidade de revisitação de outros institutos de direito sucessório.

Tendo em vista que a legítima é fundamentada especialmente na solidariedade familiar, a sua extinção levantaria problemas já superados pelo ordenamento brasileiro, como a despatrimonialização das relações familiares e a equiparação entre os filhos. A ampla autonomia do titular

do patrimônio possibilitaria que alguém queira prejudicar um filho por motivos pessoais, como discordar de suas escolhas, ou até mesmo aqueles filhos nascidos de outros relacionamentos.

A maneira como a legítima está estabelecida assegura a solidariedade familiar, na forma que exige a Constituição, e preserva a autonomia do titular do patrimônio, ainda que não de forma plena, visto que a outra metade do patrimônio pode ser disposta por testamento da forma como esse bem entender.

Nos casos em que há herdeiros em situação de vulnerabilidade, é possível beneficiar esse herdeiro por meio de planejamento sucessório. Por conseguinte, o herdeiro vulnerável pode receber uma quantia maior em relação aos demais herdeiros necessários, seja por meio de doações, instituições de usufruto ou disposições testamentárias de acordo com sua necessidade e a vontade do titular do patrimônio.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objetivo a análise da legítima a partir da autonomia privada em confronto com a solidariedade familiar. Para autores como Borges, Dantas, Souza e Junior, a legítima deveria destinar-se para os casos em que existem herdeiros vulneráveis economicamente, especialmente porque, em razão da longevidade das pessoas, a sucessão acaba ocorrendo tardiamente, quando os herdeiros necessários se encontram independentes financeiramente, não havendo motivo para se falar em solidariedade. Este posicionamento parece ter uma visão assistencialista da legítima e confunde solidariedade com assistencialismo.

Hironaka defende que não deveria existir a reserva da legítima para os herdeiros financeiramente independentes e capazes, ou, ao menos, a legítima deveria ser reduzida para vinte e cinco por cento do patrimônio do falecido. Não obstante, a autora advoga que a legítima deve ser preservada para os herdeiros vulneráveis, de modo que permita uma subsistência digna.

Gomes entende que a legítima não deveria passar por reformulações, mas deveria ocorrer uma revisão em outros institutos do direito sucessório, dentre eles, o da deserdação e da indignidade, para que fosse incluído nas causas de exclusão do herdeiro o abandono do autor da

herança. A autora defende que o ordenamento jurídico brasileiro deveria permitir a renúncia antecipada da herança pelos cônjuges nos pactos antenupciais, os denominados pactos sucessórios renunciativos. Por fim, Tartuce, em um artigo publicado em meados de 2022, fundamentou que a legítima não deveria passar por uma reformulação naquele momento, diante de um cenário pandêmico.

O instituto da legítima é fundamentado sob a premissa da solidariedade familiar, que vai além de meras questões materiais e abrange também o afeto, o respeito, o cuidado e o reconhecimento que existe, ou pelo menos deveria existir, entre os membros da família. Além disso a autonomia para testar não é tolhida, mas simplesmente limitada, podendo o autor da herança dispor livremente em relação a cinquenta por cento de seu patrimônio.

Portanto, a legítima se encontra em harmonia com valores constitucionais, especialmente o da solidariedade e a autonomia que é parcialmente preservada no caso de haver herdeiros necessários. Permitir a extinção ou a redução da legítima seria um retrocesso para pontos já superados pelo ordenamento, como um exacerbado patrimonialismo da família e a distinção entre os filhos.

REFERÊNCIAS

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 11, n. 1, p. 73-91, mar. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/9>. Acesso em: 03 jul. 2023.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. n. 3, p. 31-48, dez. 2008. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/51/48>. Acesso em: 31 ago. 2023.

DELGADO, Mario Luiz. **Direito fundamental de herança: sob a ótica do titular do patrimônio**. Indaiatuba: Foco, 2023.

GOMES, Renata Raupp. **Entre a fundamentalidade dos direitos à herança, à propriedade e a concretização do paradigma familiar e constitucional: a função social da legítima no direito brasileiro**. 2014. 216 f. Tese (Doutorado) -

Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/211585/PDPC1447-T.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 jul. 2023.

HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes. Os herdeiros legitimários no direito civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. *In*: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 491-500.

JEREISSATI, Regis Gurgel do Amaral. **A vulnerabilidade e a solidariedade como critérios para o reconhecimento do herdeiro necessário na sucessão legítima**. 2018. 430 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2018. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=108098#>. Acesso em: 13 set. 2023.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022a. *E-book*.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022b. *E-book*.

MADALENO, Rolf. **Sucessão legítima**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

MENDONÇA, Suzana M. Fernandes. Deveres fundamentais da solidariedade. **Rev. Derecho, Montevideo**, n. 18, p. 91-116, dez. 2018. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1666/1688>. Acesso em: 18 maio 2023.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo. *In*: SARLET, Ingo W. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 1-47. Disponível em: <https://www.jur.puc-rio.br/wp-content/uploads/2022/08/Texto-3.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2023.

MORAES Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 229. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira;

SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 2242-2246. *E-book*.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A condição de herdeiro necessário do companheiro sobrevivente. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 23, n. 01, p. 17-37, mar. 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/475/343>. Acesso em: 03 jul. 2023.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A crise da legítima no direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (org.). **Contratos, Família e Sucessões**. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2023. p. 653-676. *E-book*.

RAMOS, André Luiz Arnt; CATALAN, Marcos Jorge. O eterno retorno: a que(m) serve o modelo brasileiro de direito sucessório?. **Civilistica.com**, v. 8, n. 2, p. 1-19, set. 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/433>. Acesso em: 27 jun. 2023.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. A extensão do direito à sucessão forçada. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. v. 28, n. 02, p. 123-155, 2021. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/666>. Acesso em: 13 set. 2023.

RODOTÀ, Stefano. **Solidarietà**. Un'utopia necessaria. Roma-Bari: Laterza, 2014.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. a. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4>. Acesso em: 24 jun. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da**

União, a. 4, n. 14, p. 167-217, jan./mar. 2005. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada>. Acesso em: 27 jun. 2023.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. Legítima e liberdade testamentária no direito civil contemporâneo: entre a autonomia e a solidariedade. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, v. 26, n. 2, p. 1-14, 2021. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/11484>. Acesso em: 27 jun. 2023.

TARTUCE, Flávio. A necessidade de revisão da legítima no direito sucessório brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 31/2022, p. 219-264, abr-jun, 2022. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000018a434e814a-125c42e9&docguid=I1dcd55b0e7ac11ecbca6f21751544f60&hitguid=I1dcd55b0e7ac11ecbca6f21751544f60&spos=1&epos=1&td=1&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&is-FromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em 30 ago. 2023.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Venclau. **Fundamentos do direito civil: direito das sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*.

TODSQUINI, Fernanda Silva. **A inclusão do abandono afetivo no rol das causas de indignidade sucessória**. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1625/A+inclus%C3%A3o+do+abandono+afetivo+no+rol+das+causas+de+indignidade+sucess%C3%B3ria>. Acesso em: 02 jul. 2023.

TRAJETÓRIA DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS IMPOSTO AOS SEPTUAGENÁRIOS NO DIREITO BRASILEIRO

DÁLETY AZEVEDO DE CASTRO ELEUTHÉRIO¹

ELIZANGELA CERQUEIRA DA SILVA²

GABRIEL FLORIANA DE ANDRADE DUTRA DA ROCHA³

1 INTRODUÇÃO

Considerando a recente decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens imposto aos septuagenários, o estudo aqui desenvolvido foi fomentado pela atualidade e complexidade do tema. Tal imposição, presente desde o Código Civil de 1916, com algumas mudanças na roupagem, vigora até os dias atuais.

- 1 Especialista em Direito Civil, Processo Civil e Advocacia Cível pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa em Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS, sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Integrante do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direito Civil – Constitucional, Família, Sucessões e Mediação (NEDFAM) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob coordenação da Profa. Dra. Simone Tassinari Cardoso Fleischmann. Advogada. E-mail: dalety@dcastradvocacia.com.
- 2 Especialista em Direito de Família e Sucessões: teoria e prática, pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana. Integrante do Grupo de Pesquisa Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, vinculado Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS, sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. E-mail: elizah.cerqueirasilva@gmail.com
- 3 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Geraldo Di Biase – UGB. Integrante do Grupo de Pesquisa em Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP/RS, sob coordenação do Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogado. E-mail: gabriel.floriana@hotmail.com.

A temática ganhou destaque novamente, seja no meio acadêmico, midiático, ou nos diversos setores da sociedade, com a apreciação do Supremo Tribunal Federal referente ao Tema 1236, onde se discute o cabimento da imposição da obrigatoriedade do regime de separação de bens envolvendo pessoas com setenta anos ou mais nas uniões afetivas, seja casamento ou união estável.

Longe de se alcançar um consenso referente ao assunto, alguns apontam a imposição do regime de separação de bens como sendo um preceito protetivo às pessoas idosas e, por conseguinte, de amparo a contextos de vulnerabilidade. Outros, no entanto, divergem ao entender que tal dispositivo afronta princípios constitucionais como o da igualdade, liberdade, autonomia, dignidade da pessoa humana e afetividade. Tais postulados constitucionais são balizadores a contestar a imposição e vedação aos envolvidos de escolherem o regime que melhor atenda a seus anseios.

Neste sentido, esta pesquisa se propõe a analisar a imposição do regime obrigatório de separação de bens aos septuagenários, de modo a destacar como esta exigência foi aplicada desde o Código Civil de 1916, até os dias atuais, sob uma perspectiva constitucional. Assim, analisa o regime da capacidade civil, os princípios constitucionais, as eventuais mitigações à aplicação do regime e compara o tratamento dado às pessoas com deficiência e aos idosos. Por fim, verifica a atual decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

A metodologia utilizada nesta pesquisa tem como abordagem o método dedutivo, em que se parte da análise da imposição aos septuagenários do regime obrigatório de separação de bens, tendo como ênfase a sua constitucionalidade e pertinência na atualidade, com vistas a constatar se tal exigência deve seguir em vigor. Utiliza-se de pesquisa bibliográfica e documental, a partir de revisão da doutrina e legislação.

2 ANÁLISE TEMPORAL: DA IMPOSIÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS AO NOVO PARADIGMA APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Sob o pretexto de oferecer uma maior proteção às pessoas com mais de setenta anos de idade, o ordenamento brasileiro impõe-lhes o regime de separação obrigatória de bens, fazendo-se exceção à regra de liberdade de escolha dos nubentes. Esta disposição está presente no sistema

normativo brasileiro desde o Código Civil de 1916 que, à época, ainda fazia distinção de idade entre homem e mulher.

De acordo com a Lei Civil n. 3.071/1916, o regime de comunhão universal de bens seria a regra quando os nubentes não acordassem em algum outro regime disponível. No entanto, o parágrafo único do artigo 258 era claro ao estabelecer que seria obrigatória a adoção da separação total de bens para os casos em que os nubentes homens tivessem sessenta anos ou mais, e as mulheres, cinquenta anos ou mais (Brasil, 1916).

O Código Civil de 1916 também impunha o regime de separação de bens nos casamentos de pessoas menores de idade que dependessem do consentimento do tutor e das pessoas que se casassem apenas com autorização judicial. Com o decorrer do tempo e o avançar da legislação, percebe-se que estas previsões sofreram algumas alterações, mas a restrição de escolha de regime de bens pela idade permaneceu.

Alterando, em termos, a regra do Código Civil, o Supremo Tribunal Federal aprovou, em 1964, a Súmula n. 377, segundo a qual os bens adquiridos na constância do casamento poderiam se comunicar, mesmo sob o regime de separação obrigatória de bens, desde que comprovado o esforço mútuo dos cônjuges na sua consecução.

Em 1977, com a chegada da Lei do Divórcio (Lei 6.515), o legislador optou por reconhecer aos nubentes maiores de sessenta anos (homem) e cinquenta anos (mulher) o direito de escolha ao regime de bens, desde que o casamento decorresse de uma comunhão de vida, como chamada à época, que durasse dez anos ou mais ou da qual se tivesse resultado filhos. Se este não fosse o caso, permaneceria a regra do Código Civil (Brasil, 1977).

Com o Código Civil em 2002, o artigo 1.641 previa que a obrigatoriedade do regime de separação de bens valeria para qualquer pessoa com mais de sessenta anos, sem distinção de sexo. Esta alteração, excluindo a imposição para os casamentos com mulheres com mais de cinquenta anos, respeitava a igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres estabelecida pela Constituição Federal de 1988 (Brasil, 2002).

Mesmo que, nesse momento, a regra passasse a unificar as idades em sessenta anos, ainda havia a imposição do regime fundamentada, unicamente, na idade dos nubentes. Já nesta época, comentava-se sobre o porquê da diferenciação. Diniz (2004, p. 1.221), ao falar dos regimes de

bens e da escolha dos nubentes, que: “a lei, por precaução ou para puni-los, impõe, em certos casos excepcionais, um regime obrigatório, que é o de separação de bens”.

Então, aumentando em dez anos a idade para a aplicação da regra da separação obrigatória de bens, a Lei n. 12.344/2010 alterou o Código Civil de 2002, que passou a ter em sua redação o estabelecimento do regime de separação obrigatória de bens para as pessoas maiores de setenta anos de idade (Brasil, 2010).

A instituição família é alvo de constantes mutações, sejam elas históricas, políticas, econômico-sociais e também jurídicas. Na esfera jurídica, a família vem constantemente ganhando ressignificações à luz da Constituição Federal de 1988. “A família atualmente reconhecida constitucionalmente sob o influxo de todos os princípios constitucionais só evoluirá. Aprimorará os altos valores que se encontram disseminados pela consciência social” (Oliveira, 2022, p. 274).

A Constituição Federal de 1988 deu um novo viés axiológico à interpretação do regramento normativo e, conseqüentemente, de como enxergamos as relações familiares e os direitos das pessoas idosas na família. Nesse sentido, aponta Tepedino:

A Constituição da República traduziu a nova tábua de valores da sociedade, estabeleceu os princípios fundantes do ordenamento jurídico e, no que concerne às relações familiares, alterou radicalmente os paradigmas hermenêuticos para a compreensão dos modelos de convivência e para a solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da família (Tepedino, 2007, p. 91).

A organização familiar passa, assim, a ser fonte inspiradora e matiz de desdobramentos que chamam a atenção do Direito, mais detidamente do Direito Civil e especificamente do Direito de família, ou melhor pontuando, o Direito das Famílias. Tais fatos impõem-se ao Direito, “obrigando-o a abrir-se para acolher o que, a rigor, estava na periferia desse mesmo ordenamento jurídico” (Fachin, 2012, p. 202).

Ao debruçarmos atentamente sobre a trajetória de construção e projeção do Código Civil, de pronto percebemos que sua atual configuração já não tem a mesma feição caracterizada pelo Código de 1916. Enquanto este era moldado por uma configuração predominantemente

patrimonialista, o Código de 2002 se desloca em itinerário diverso e de acentuada feição valorativa da pessoa humana, onde o indivíduo passa a ser o centro para onde convergem todos os esforços em busca de seu desenvolvimento pleno. Ressalte-se que ainda não em total plenitude, pois restam lacunas a serem colmatadas.

Enquanto o Código de 1916 dava prevalência e precedência às situações patrimoniais, no novo sistema de direito civil, fundado pela Constituição, a prevalência é de ser atribuída às situações jurídicas existenciais, porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, dar a garantia e a proteção prioritárias (Moraes, 2010, p. 49).

Não à toa, essa nova guinada no Direito reverbera por todos os seus ramos, inclusive pertinente ao Direito das Famílias. Nessa configuração, tal direito vem se modificando de modo a absorver e dar novas leituras às demandas surgidas das relações parentais, pois “para que o Direito seja eficaz e eficácia só se atinge se se adequarem as normas aos novos fatos e novos valores a demonstrarem a importância desse inter-relacionamento para as relações familiares” (Oliveira, 2002, p. 301).

Nesse aspecto, percebe-se o empenho em o Direito acompanhar a dinâmica da realidade fática - dado que “o Direito é, por conseguinte, um fato ou fenômeno social” (Reale, 2002, p. 02) e por isso mesmo é “[..] um fenômeno multifário” (Ferraz, 2010, p. 02). Buscar acompanhar e atuar junto à dinâmica dos novos desafios promovidos pelo enlace e desenlace das relações parentais, se faz cada vez mais premente e significativo a subsidiar o bom desenvolvimento das pessoas inseridas em seu contexto familiar.

Para tanto, notam-se os esforços do ordenamento jurídico em incorporar as demandas insurgentes desses vínculos, cada vez mais mutáveis, como ilustrativamente as que se processam no âmbito da filiação no que tange ao status de filho, reprodução assistida, guarda compartilhada, bem como das múltiplas influências que inspiram normas jurídicas de proteção à pessoa com deficiência e ao idoso.

Assim também ocorre na socioafetividade e multiparentalidade, em que o afeto se torna grande pilar, por isso mesmo, a embalar muitas das releituras decorrentes das construções familiares. Igualmente, como ocorre em relação à transição de paradigmas referentes às conotações

concernentes ao casamento, união estável e seus desdobramentos no aspecto das questões patrimoniais referentes ao regime de bens.

Identifica-se, então, o salto valorativo pronunciado pela Constituição Federal a se espalhar por todos os ramos do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse aspecto, o Direito de Família passou a recepcionar novos valores emanados pela sociedade e a cotejá-los com os princípios balizadores da Constituição. À vista disso, “o Direito de Família é um complexo de normas”, sensível aos fatores locais, que disciplinam as relações entre seus membros, influenciando tanto no prisma material como imaterial” (Azevedo, 2013, p. 02).

Com essa perspectiva, o Direito de Família é cada vez mais invocado pelos arranjos familiares com suas demandas, muitas das vezes, ainda não recepcionadas pelo Direito. Esse não recepcionamento, muito contribui para que vários de seus pleitos permaneçam sem visibilidade e também a não constar juridicamente de letra própria. Não obstante, o Direito é frequentemente chamado a enfrentar tais reclamos, seja para elidir alguma controvérsia processual, ou mesmo no acolhimento como bem jurídico a ser agasalhado pelo manto protetivo emanado pela Constituição Federal.

Com efeito, a partir dessa guinada de perspectiva, percebe-se o decréscimo da influência de instituições como a igreja e o Estado, cate-dráticos na aquiescência ou fomento de determinadas concepções como a ideia de casamento, família etc. Em contrapartida, a ascendência de “espaço conferido à subjetividade e à afetividade alargou-se e verticalizou-se a tal ponto que, no último quarto do século XX, já era possível sustentar a afetividade como vetor das relações pessoais (Calderon, 2013, p. 139).

À vista disso, a escalada vertical e horizontal da afetividade projetada nas relações familiares, denunciou-se também a partir da “complexidade, a fragmentalidade e uma constante instabilidade” (Calderon, 2013, p. 139), pelas quais essas mesmas relações já vinham passando há tempos. “Outro fator pertinente à temática é que a tentativa de engessamento do modelo familiar falhou. O que, talvez, os legisladores precisem entender é que os sentimentos não estão sujeitos a regras, nem a preconceitos” (Rosa, 2023, p. 66). Frente ao quadro de mutabilidade das novas configurações familiares, vê-se que o Estado já não consegue conter as comportas de vazão de tais desdobramentos da esfera familiar, pois são vivazes e contínuas:

Ultrapassada a época em que os conflitos familiares eram gerenciados pelos próprios integrantes da entidade familiar, vivemos a época em que o Estado passou a intervir excessivamente com o fito de proteção da base de sua sociedade. Contudo, como observamos, tal prática revela-se hoje, totalmente ineficiente (Rosa, 2023, p. 68).

A ingerência estatal é questionada, principalmente nos dias atuais, em que a sociedade está cada vez mais integrada digitalmente, e o crescente avanço biotecnológico e medicinal contribui para a maior expectativa de vida. Com todo esse terreno fértil, novos anseios também são delineados. É o que ocorre, por exemplo, no regime de bens entre pessoas septuagenárias. Ainda que sob a propositura de proteção integral ao idoso e mesmo já chancelado pela legislação o cabimento da obrigatoriedade de separação total, fato é que se discute sobre a prerrogativa estatal com base na argumentação de proteção.

Ainda que avalizado em um lastro protetivo, não estaria o Estado a adentrar na liberdade, autonomia, igualdade e com isso na dignidade da pessoa humana do idoso? tais pilares contrastam e fazem inferir por haver dada limitação ao exercício de escolhas que constituem a seara da intimidade. “Isso porque não mais se admite uma visão de superioridade de um modelo sobre qualquer outro, bem como o Estado somente terá interferência naquilo que se fizer necessário à proteção de algum dos integrantes do núcleo familiar” (Rosa, 2023, p. 72).

É com a perspectiva da possibilidade de auto deliberação sobre qual tipo de regime de bens um idoso poderá dispor em momento futuro, que a discussão sobre alguns princípios constitucionais que regem garantias fundamentais nas relações familiares se mostra pertinente.

3 CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA IDOSA SEPTUAGENÁRIA À LUZ DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Os princípios funcionam como verdadeiras bússolas a entoar o tratamento doutrinário, legislativo e jurisprudencial, dando verdadeiro tom a essas proposituras. Para Barroso:

No plano jurídico, eles funcionam como referencial geral para o intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos. De fato, são os princípios que dão identidade ideológica

e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos. Em razão desses mesmos atributos, dão unidade ao ordenamento, permitindo articular suas diferentes partes - por vezes, aparentemente contraditórias - em torno de valores e fins comuns. Ademais, seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça (Barroso, 2016, p. 244).

Isto posto, os princípios constitucionais que regem o Direito de Família não se esgotam em alguns aqui elencados, apenas ganham destaque por estar, assim, mais afiliados ao recorte temático agora discutido, todos contidos e inferidos da Constituição Federal.

Notadamente, o princípio da dignidade da pessoa humana comporta uma carga valorativa por filiar-se com o eixo de convergência da transposição das normas diretivas do Direito Civil para embeber-se da Constituição. Essa nova projeção acarretou profundas consequências, ao migrar da tutela do indivíduo para a proteção da dignidade da pessoa humana. Não se limitando aí, passou também a ter viés de um Direito que deixou de encontrar nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico. Dessa feita, o princípio da dignidade da pessoa humana celebra-se como um divisor de águas na consolidação das garantias fundamentais ao ser humano, isso significa que tal princípio tem uma conotação ético-jurídica capaz de contemplar espaços de liberdade no respeito à solidariedade social” (Moraes, 2010).

De íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da liberdade representa a medida de aplicação do princípio da dignidade, tendo como freios a liberdade, o respeito à solidariedade coletiva. Ou seja: “regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral [...], é o que possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade” (Moraes, 2010, p. 51). A liberdade acolhe as mais variadas manifestações, sejam elas de iniciativa, de expressão, de associação, de crença (Barcellos, 2011).

O princípio da liberdade no âmbito familiar tem lastro proeminente ao se observar algumas proposições reveladas pela democratização das relações familiares, como as que acontecem nos núcleos paterno-filiais quanto às conjugais. Nestas, vê-se que a liberdade se apresenta

mais robusta após a Constituição de 1988, com a ampliação das formas de organização familiar.

O princípio da dignidade também guarda estreita relação com o princípio da igualdade, formando uma tríade juntamente com a liberdade na busca do desenvolvimento pleno do ser humano, e com isso alicerçando as garantias fundamentais preceituadas no texto constitucional. Tanto é assim que, o art. 226, § 5º, deixa expressamente sublinhado a igualdade dos cônjuges no casamento e distribui igualmente o poder de decisão, “[...] todos com iguais e adequadas oportunidades de falar e capazes e interessados em ouvir” (Moraes, 2010, p. 63).

Implica dizer que há rejeição a qualquer forma de discriminação ou preconceito. Ao que parece “A família democrática, nada mais é do que a família em que a dignidade de seus membros é respeitada, incentivada e tutelada” (Moraes, 2010, p. 214).

Outra faceta da dignidade da pessoa humana é revelada pelo do princípio da autonomia privada; este último carrega consigo dois lados complementares, onde há dado consenso em se pontuar que tratar as pessoas como dignas corresponde reconhecer o seu direito de realizar escolhas, respeitado o direito alheio. Por outro lado, há vertente em que consigna ser a dignidade humana elemento limitador da autonomia, no sentido de impedir que as pessoas se submetam a situações consideradas indignas, ainda que tenham sido frutos de suas próprias escolhas (Sarmiento, 2020). Assim, “a autonomia do indivíduo é um dos valores mais encarecidos pela cultura moderna e um dos pilares centrais sobre os quais estão erigidos os ordenamentos jurídicos das democracias” (Sarmiento, 2020, p.153).

Notório a relação existente entre a liberdade e autonomia constante do bojo da dignidade. Daí a proteção da autonomia privada como dimensão da dignidade humana “O respeito à autonomia se baseia na ideia de que as pessoas têm o direito de formular os seus próprios planos de vida, os seus projetos existenciais” (Sarmiento, 2020, p. 159).

De tempos para cá, outra construção que tem se mostrado salutar e tomada como princípio diz respeito à afetividade. Ainda não de consenso unívoco, pode-se afirmar que tanto a doutrina, legislação e jurisprudência revelam-se receptivas a sua carga valorativa como vetor das relações familiares. Prova disto é que modernamente o Direito de Família reverbera em suas disposições o cerne emanado pelo princípio da afetividade.

Com a intenção de fornecer respostas que possam traduzir uma maior proximidade com a realidade fática, o princípio da afetividade viabiliza o estreitamento das proposituras jurídicas às demandas advindas das relações familiares. Vê-se, assim, que a afetividade está intrincada à dignidade da pessoa, como todos os outros princípios aqui postos. Não à toa que o parentesco nascido da afetividade recebe guarida constitucional. O alargamento conceitual de entidade familiar deixa patente o recepcionamento e a elevação da afetividade como princípio constitucional ao ser os diversos arranjos afetivos reconhecidos e protegidos como bens jurídicos que são.

Ainda que vagarosos, os significativos avanços podem ser verificados, por exemplo, no reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, homoparentais, igualmente com o também reconhecimento da filiação socioafetiva em que a afetividade se sobrepõe ao vínculo biológico. Muito ainda por avançar, novos olhares e releituras também já se identificam lançados aos arranjos conjugais, uniões extramatrimoniais. “E a Justiça viu-se obrigada a estabelecer distinção entre concubina e companheira para reconhecer as relações concubinárias como sociedade de fato” (Dias, 2022, p. 28).

Outro exemplo que se coaduna com o aqui exposto, refere-se aos desdobramentos da conjugalidade entre as pessoas idosas, notadamente entre os septuagenários e a sua não escolha privada quanto ao tipo de regime de bens. Percebe-se que nesse âmbito, parece prevalecer o aspecto patrimonialista em detrimento do humanista e do viés da afetividade.

Isso porque esse grupo etário, no quesito escolha do regime de bens, aquele melhor atenda suas expectativas dentro de uma escolha pautada em valores próprios considerados relevantes pelos envolvidos, encontra-se perturbado pela ingerência estatal. Demonstra-se com isso, clara supressão dos princípios da liberdade, igualdade, autonomia e dignidade da pessoa humana, à guisa de uma pretensa proteção, não atenta que “Hodiername, vivenciamos um novo modelo de família, plural, democrático, igualitário e, acima de tudo, um espaço para a concretização da felicidade dos indivíduos” (Rosa, 2023, p. 75). Vale salientar que uma das funções primordiais dos princípios se traduz justamente em lançar luz às contendas surgidas das relações humanas em uma sociedade democrática de direito, onde se prega a proteção às garantias e direitos fundamentais.

Além dos princípios e garantias constitucionais, é importante abordar o tema a partir do regime da capacidade civil. A capacidade civil plena, em regra, ocorre quando se completa 18 anos de vida, o que torna o indivíduo apto a exercer todos os atos da vida civil. As hipóteses de incapacidade, absoluta e relativa, são taxativamente expressas nos artigos 3º e 4º do Código Civil, onde absolutamente incapazes são os menores de 16 anos e relativamente incapazes os maiores de 16 e menores de 18 anos, os ébrios habituais, os pródigos e os viciados em tóxicos, bem como aqueles que não puderem exprimir sua vontade de forma transitória ou permanente (Brasil, 2002).

Não há qualquer observação quanto a incapacidade ou restrição à manifestação da vontade a partir de alguma idade, de modo que a velhice não é, ou melhor, não deveria ser, presumida como incapacitante. No sistema jurídico brasileiro, a capacidade de fato é presumida, visto que apenas nos casos excepcionais previstos em lei ocorre a incapacidade da pessoa para os atos civis. Ainda, a mitigação da capacidade plena somente ocorre através do processo de curatela, que se limita a tantos atos da vida civil quanto forem necessários ao curatelado, não sendo aplicada de forma global (Brasil, 2015a).

O regime de separação obrigatória de bens previsto no artigo 1.641 do Código Civil é impositivo para aqueles que se casarem sem a observância das causas suspensivas, que necessitem de suprimento judicial (de consentimento ou de idade), e para os maiores de setenta anos. Tal norma, embora historicamente justificada como protetiva, funciona hoje, principalmente em relação aos idosos, como mecanismo de perpetuação da privação da autonomia privada (Brandão, 2019).

Há uma discrepância entre as situações em que se impõe o regime de separação obrigatória de bens. Com relação àqueles casados sob causas suspensivas, cessando-se a causa suspensiva, por exemplo, com a partilha de bens, o nascimento do filho ou a devida prestação de contas, há a possibilidade de solicitar a não aplicação da causa suspensiva ou de ajuizar ação visando a alteração do regime de bens.

No caso daqueles que dependem de autorização judicial, superada tal necessidade, por exemplo, com o implemento da maioridade civil, o regime de bens pode ser alterado por processo judicial. A única causa de aplicação impositiva do regime de separação de bens que não aceita

alteração é referente aos maiores de setenta anos. Todas as demais hipóteses legais são superáveis. Somente para os septuagenários não há possibilidade de alteração de regime. Apenas a esta categoria, também, aplica-se a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal (Brandão, 2019).

Impor um regime de bens à pessoa idosa com setenta anos ou mais é tratá-la como incapaz em virtude da sua idade avançada, o que afronta a sua dignidade e ignora a lucidez e a sanidade mental de que dispõe para os atos da vida civil (Ferreira; Carboni, 2017). A lei civil que vigora é o *in dubio pro capacitate*. Não se pode presumir a incapacidade de quem é idoso somente por ser idoso. Tal presunção viola a dignidade da pessoa humana consagrada na Constituição Federal e afronta o Estatuto da Pessoa Idosa (Brandão, 2019).

A previsão legal para a imposição do regime de separação de bens aos septuagenários parte de três pressupostos: i) suposto patrimônio do maior de 70 anos, ii) má-fé do outro nubente e iii) redução da capacidade do septuagenário. O primeiro pressuposto resguarda, em uma perspectiva elitista, pequena parcela de pessoas financeiramente privilegiadas, em detrimento de número muito maior de brasileiros. Já o segundo pressuposto, a má-fé do outro nubente, mostra-se contrário ao nosso sistema jurídico, que deve presumir a boa-fé, e não o contrário. Caso haja suspeita de má-fé, parte-se à análise do caso concreto, sob pena de se subverter a lógica imposta pelo Código Civil (Guedes; Ghilardi, 2017).

O terceiro pressuposto refere-se ao regime de capacidade civil. Percebe-se que o legislador presume a pessoa com 70 anos como incapaz de eleger o seu regime de casamento. A razão do tratamento restritivo pressupõe como regra a vulnerabilidade do idoso, protegendo seu provável patrimônio. Porém, existem outras maneiras de o idoso beneficiar o seu cônjuge, como por exemplo, transferindo-lhe até metade do seu patrimônio por meio de testamento (Lopes, 2021).

A regra é tão desarrazoada que não permite ao septuagenário a livre escolha do regime de bens de seu casamento. Entretanto, o autoriza a celebrar contratos de compra e venda, iniciar e gerir sua própria empresa, concorrer à presidência do país e representá-lo interna e externamente e todos os demais atos da vida civil (Rosa, 2022).

Não se ignora o fato de que o idoso possa ter a sua capacidade de discernimento comprometida, devendo, portanto, passar por um processo

de curatela, que indicará os atos da vida civil que precisam ser exercidos com um curador. Desta maneira, somente nos casos em que é perceptível que uma pessoa idosa não está em pleno gozo das suas faculdades mentais e cognitivas e não consegue mais se expressar é que poderia se cogitar a sua incapacidade, levando a questão ao Poder Judiciário para que, por meio do processo de curatela, lhe seja nomeado um curador, responsável por determinados e limitados atos da sua vida civil (Bomtempo, 2014).

Mas não sendo este o caso, não há motivos que impeçam que o idoso opte pelo modelo de regime de bens que considera mais adequado ao seu casamento. Se a pessoa idosa pode casar-se, sem ser a idade avançada uma causa impeditiva ou suspensiva ao casamento, também deveria lhe ser lícito escolher livremente as normas patrimoniais que regulam a relação.

A intervenção do Estado nas relações familiares deve ser mínima, prevalecendo a autonomia privada, considerando que as imposições e moldes estatais são, em geral, invasivos. As regras interventivas se justificam apenas quando excepcionalmente servirem como meio de garantia de proteção de seus membros, em alguma vulnerabilidade. De outra maneira, a interferência estatal deve ser considerada indevida, tendo em vista que a família contemporânea, voltada à realização dos seus membros, não mais aceita as ingerências estatais desmedidas (Guedes; Ghilardi, 2017).

Por fim, se a imposição do regime de separação obrigatória de bens visa proteger a família anterior do idoso, como filhos de outro relacionamento, tal imposição não deveria persistir, quando não houver família a ser amparada. E mesmo que o idoso tenha prole anterior, o ordenamento jurídico brasileiro proíbe tratativas sobre a herança de pessoa viva, de modo que tal especulação recairia sobre negócio jurídico inexistente (Medeiros; Neves; Vilela, 2022). Ademais, é garantia fundamental da pessoa a livre disposição dos seus bens, conforme estabelecido na Constituição Federal (Brasil, 1988).

O casamento é um ato solene que exige a expressão inequívoca de vontade, e o regime de bens também deve estar submetido a essa demonstração de vontade, e não à imposição estatal. É incongruente que o idoso seja capaz e livre para se relacionar e realizar um planejamento familiar, inclusive parental, se desejar ter filhos, mas ser impedido, em virtude da idade, de escolher o regime de bens do seu casamento como melhor lhe parecer (Lopes, 2021).

Fazendo uma análise paralela com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, se pode perceber que este instrumento tem por objetivo a inclusão da pessoa com deficiência, assegurando a igualdade e a não discriminação. À pessoa idosa, de igual forma, não é admitida a restrição de direitos e de sua autonomia, pois tal restrição causaria sua exclusão, em clara ofensa à interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro e dos direitos fundamentais (Ferreira; Carboni, 2017).

O artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece que a capacidade civil da pessoa, inclusive no que se relaciona com a capacidade para se casar ou constituir união estável, não é afetada pela sua deficiência (Brasil, 2015). Conforme o artigo 1.550, inciso IV, do Código Civil, é anulável o casamento do incapaz de consentir ou manifestar o consentimento, de forma inequívoca. Não há referência à enfermidade mental, mas refere-se apenas à falta de discernimento para consentir. O parágrafo 2º deste mesmo artigo afirma que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil pode contrair matrimônio, por meio da expressão direta da sua vontade ou por meio de seu responsável ou curador (Brasil, 2002).

Importante salientar que a curatela é prevista para questões patrimoniais, conforme prevê o artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois o instituto não abarca “o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade [...]” (Brasil, 2015b). As questões existenciais devem ser exercidas pessoalmente pela pessoa com deficiência.

Em relação ao regime de bens aplicado ao casamento ou união estável da pessoa com deficiência, o Estatuto foi silente; assim, será aplicado o regime legal supletivo, ou seja, a comunhão parcial de bens, caso os nubentes não escolham outro regime. Note-se que a aplicação do regime de comunhão parcial de bens ocorre no mesmo caso das pessoas desimpedidas para se casar, com plena capacidade civil: de forma subsidiária, caso não optem por outro regime.

Se o nubente, pessoa com deficiência, consegue expressar sua vontade, ele é plenamente capaz; assim sendo, manifesta seu consentimento de forma inequívoca, sendo válido o casamento. A partir da liberdade para se casar, a pessoa com deficiência deve ter também liberdade de escolha entre qualquer regime de bens que lhe aprouver, considerando que é plenamente capaz para o exercício dos atos da vida civil, inclusive

para se casar. Se a própria lei lhe outorga autonomia para realizar esta escolha, outorga-lhe também a faculdade de escolher o regime de bens do seu relacionamento (Brandão, 2019).

A pessoa relativamente incapaz, com 16 ou 17 anos, também tem a faculdade de escolher o regime de bens do seu casamento. De acordo com o artigo 1.654 do Código Civil, desde que aprovado pelo seu representante legal, é eficaz o pacto antenupcial realizado pelo adolescente, exceto nas hipóteses de regime obrigatório de separação de bens. Tal norma segue o princípio *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, que significa que quem está habilitado para o casamento, também está apto a escolher o regime de bens deste (Brandão, 2019).

O ordenamento jurídico brasileiro revisitou o tema das incapacidades, reformulando-o, com o intento de garantir a inclusão da pessoa com deficiência, preservando a sua autonomia e assegurando o exercício dos seus direitos. Esta alteração de natureza humanista prioriza o sujeito, carrega uma visão mais personalizada da deficiência e instiga a ampliação das formas de proteção, ao passo que reduz as regras limitadoras. A pessoa com deficiência é considerada como capaz, até que se prove alguma limitação capaz de reduzir a sua capacidade (Guedes; Ghilardi, 2017).

Ora, o idoso não é considerado incapaz pela lei em virtude da sua idade, a não ser em relação à escolha do regime de bens do seu casamento. Não faz sentido, em um sistema jurídico que preza pela igualdade, liberdade e dignidade humana, haver privação do exercício da autonomia privada por cidadão capaz. A imposição legal do regime de separação de bens ao septuagenário fere a Constituição Federal, o Direito de Família mínimo, o regime da capacidade civil e afronta os cidadãos mais experientes da nossa sociedade.

4 IMPOSIÇÃO DE REGIME DE BENS AOS SEPTUAGENÁRIOS NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A discussão acerca da constitucionalidade da imposição do regime de separação de bens aos idosos com mais de setenta anos não é um tema recente de debate, mas voltou à tona em 2023, enquanto tramita no Supremo Tribunal Federal o Tema 1236. Neste tema, o que se discute é o cabimento do regime obrigatório de separação de bens nos casamentos e uniões estáveis que envolvem pessoas com mais de 70 anos.

No caso original, um inventário, a parte interessada iniciou união estável quando o *de cujus* já tinha 70 anos completos. Em julgamento, o juízo de primeiro grau decidiu pela inclusão da companheira no concurso com os descendentes do falecido, autorizando a sua participação na sucessão. A decisão sem precedentes declarou inconstitucional a imposição do regime de separação na união estável consolidada e preconizou a regra do artigo 1.725 do Código Civil, que determina que nas uniões estáveis será aplicado o regime de comunhão parcial de bens, caso não haja disposição particular em contrário. Em sede de recurso interposto em face da decisão proferida, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo resolveu conservar a regra que tolhe o direito de escolha do regime de bens por pessoas idosas, reconhecendo à companheira apenas o que prevê a Súmula n. 377.

Elevado o caso à apreciação do Supremo Tribunal Federal, foi dado parecer sobre o caso pela Procuradoria Geral da República. Ao reconhecer como um tema de repercussão geral, a manifestação deixou claro o seu posicionamento a favor da manutenção do *status* de negar a relativização da regra de obrigatoriedade do regime de separação nos casamentos e uniões estáveis de idosos com mais de setenta anos.

As razões, no entanto, não deixaram de soar contraditórias, uma vez que fora reconhecido que a expectativa de vida está aumentando e que os idosos estão levando uma vida mais saudável, com cada vez mais capacidade para realizarem os atos da vida civil na idade em que se encontram, quando comparados com pessoas com idades iguais nas últimas décadas.

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses (Conselho da Justiça Federal, 2012, Enunciado n. 125).

Conforme alegado no parecer nos autos do Recurso Extraordinário 1.309.642/SP, a constitucionalidade da limitação do poder de escolha dos idosos em questão estaria nos princípios de proteção da pessoa idosa

e proteção do direito à propriedade e à herança. A reiterada volta à imposição do regime de separação de bens, iniciado em 1916, não demonstra preocupação com os interesses do nubente septuagenário, mas apenas revela que a preocupação do ordenamento com os aspectos patrimoniais da sua vida e o que virá após a sua morte.

Tartuce (2018) reconhece o caráter patrimonialista mascarado como proteção das pessoas idosas com mais de 70 anos, indo na contramão do valor de preservação da dignidade da pessoa humana, em seus vários prismas, que orienta o Direito. Na sua visão, a limitação da liberdade do nubente e imposição de regime de bens é uma ofensa à sua dignidade e uma prática discriminatória que visa, unicamente, a retenção do patrimônio para que os herdeiros possam usufruir no momento da sucessão.

Ainda que o acontecimento de atingir a idade de setenta anos não seja considerado uma causa de incapacidade pelo Direito, a norma que lhe limita a escolha pelo regime de bens e tolhe a sua autonomia pode ser lida como uma medida incapacitante de iniciativa legislativa. A presunção de que septuagenários não tenham capacidade suficiente para administrar os seus próprios bens, ou de que seus casamentos sejam firmados em meros interesses patrimoniais, rouba a esta parcela da população o tratamento isonômico enquanto pessoas, além dos direitos à dignidade plena e felicidade.

5 CONCLUSÃO

O afeto vem conquistando espaço no Direito brasileiro que, hoje, o reconhece como elemento capaz de formar vínculos familiares válidos. O olhar voltado para o afeto representa o perfeito contraponto ao entendimento instalado quando da vigência do Código Civil de 2016, que trazia uma visão mais patrimonialista sobre as relações.

A Constituição Federal de 1988 cumpre papel essencial na mudança de paradigma dentro do ordenamento. Após a sua promulgação, os passos dados pelo legislador, bem como pelos demais poderes, passaram a ser orientados pelos ordenamentos principiológicos estabelecidos. A preocupação com a garantia da dignidade da pessoa humana, as adaptações legislativas em respeito ao princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres e à isonomia, as considerações acerca da liberdade, todos esses aspectos demonstram a evolução normativa.

No entanto, por mais que esta dita evolução e a atenção à presença do afeto sejam inegáveis no direito brasileiro contemporâneo, ainda existe uma disposição em especial que insiste em compor o nosso regramento desde 1916: a limitação da capacidade de pessoas idosas com mais de setenta anos que desejem se casar ou formar união estável livremente. O ordenamento impõe ao septuagenário o regime obrigatório de separação de bens sob o pretexto de seguir o princípio de amparo à pessoa idosa, mas, ao mesmo tempo, demonstra que o faz com o interesse na proteção do patrimônio a ser herdado pelos familiares. É neste momento que o Direito ignora a recepção da afetividade de volta a demonstrar seu caráter patrimonialista dentro da seara familiarista.

A constitucionalidade compreendida pelo legislador e pelo Judiciário na manutenção da limitação da vedação da escolha de bens pelos nubentes septuagenários reflete a regressão de um direito em evolução que ainda está parado no caminho, renegando ao princípio da isonomia e reduzindo a capacidade e a liberdade de pessoas idosas em função de uma proteção patrimonial que não combina com os novos prismas do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Revisitando o Estatuto do Idoso na perspectiva do Estado Democrático de Direito. **Estud. interdiscipl. envelhec.**, Porto Alegre, v. 19, n. 3, p. 639-653, 2014.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Dilemas na escolha do regime de bens da pessoa com deficiência mental no direito brasileiro: igualdade ou proteção? **Revista Diálogos Possíveis**, Salvador, v. 18, n.2, maio/ago. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro. RJ: Presidência da República, [1916]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 15 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 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/2002/110406.htm. Acesso em: 18 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1977]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm Acesso em: 15 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 12.344, de 09 de dezembro de 2010**. Altera a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aumentar para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12344.htm#art1 Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015**. Dispõe sobre a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Brasília, DF: Presidência da República, [2015b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 18 ago. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. **Recurso Extraordinário com Agravo 1.309.642/SP**. Brasília, 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6096433>. Acesso em: 18 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 377**. Brasília, 1964. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula377/false> Acesso em: 16 ago. 2023.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do afeto**. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, Janaína Vasconcelos; CARBONI, Fábio Pinti. A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para maiores de 70 anos. **Revista Factus Jurídica**, Uberaba, v. 1, n. 2, p. 137-160, 2017.

GUEDES, Ana Paula Antunes; GHILARDI, Dóris. Considerações sobre o regime de separação obrigatória de bens e a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 12, n. 3, 3º quadrimestre de 2017.

LOPES, Washington Luiz Ferreira Dias. A impossibilidade de escolha do regime de bens para maiores de 70 anos. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, v. 6, n. 11, p. 78-87, 2º sem. 2021.

MACIEL, Marcos Gabriel de Almeida; SILVA, Talles Vinicius Brasil da; CASTRO, Priscila Araújo Fraga. Análise da imposição do regime de separação obri-

gatória de bens no casamento de pessoas maiores de 70 anos e sua (in)eficácia. **JNT- Facit Business and Technology Journal**, Araguaína, v. 2, ed.36, p. 564-581, maio 2022.

MEDEIROS, André Araújo de; NEVES, Haroldo Murilo Cotta; VILELA, Janaína Alcântara. Análise da inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens no casamento de pessoas com mais de 70 anos. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, São Paulo, v. 8, n. 06, p. 681-695, jun. 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Na medida da pessoa humana: estudos de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2022.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 10. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 8. ed. São Paulo: Método, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoas do mesmo sexo. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, n. 22/23, p. 89-116, 2007.

TRATA DE MUJERES EN EL ESTADO DE OAXACA, MÉXICO: UN ANÁLISIS DEL SISTEMA DE USOS Y COSTUMBRES

PASTOR SANTA ANNA GUTIÉRREZ¹

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO²

1 INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la trata de mujeres en el estado de Oaxaca, México, se ha convertido en un hecho cotidiano, en la mayoría de las ocasiones amparada bajo los sistemas de usos y costumbres de los pueblos indígenas. No obstante ser un delito que golpea al 95% de las mujeres y el otro 5% a menores de edad; no existen verdaderas cifras oficiales que respalden esta problemática. La trata de personas resulta ser un problema social que hace resaltar el nivel de violencia y vulnerabilidad en que la sociedad se encuentra actualmente, es un fenómeno estrechamente vinculado a la corrupción del país; lo que conlleva a que no exista un Estado democrático pues las instituciones se ven rebasadas, al no existir una cultura de legalidad. Las mujeres su mayoría indígenas y las niñas que hoy en día se encuentran en situación de trata, víctimas de abuso y explotación sexual, nos refiere a una pérdida total de valores; son ellas quienes representan la negación máxima del *zoon politikón*, a que hacía referencia Aristóte-

-
- 1 Maestro en Anticorrupción y Sistema de Justicia Penal por el Centro de Estudios de Posgrado. Licenciado en Derecho por la Universidad Regional del Sureste, Licenciado en Estudios Mexicanos por la Universidad Tecnológica de la Mixteca, Actualmente cursa la Licenciatura en Derechos Humanos en la Universidad Autónoma de Chiapas.
 - 2 Investigador Nacional del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel I, Doctor en Derecho Público, profesor e investigador de la Universidad Autónoma de Chiapas y profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos. Vicepresidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Director de la Revista Primera Instancia. Contacto: alfonso.martinez@unach.mx. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0367-4716>.

les, pues existe indudablemente una expulsión de facto de sus entornos sociales. La trata de personas es un delito serio y una violación grave de los derechos humanos, menoscaba el desarrollo sostenible y el estado de derecho, trastoca la igualdad y la democracia, ideales y valores reconocidos mundialmente, pues las mujeres y los hombres tienen los mismos derechos y las mismas oportunidades en la sociedad.

2 TRATA DE PERSONAS

La trata de personas si bien no es un delito de nueva creación, resulta ser un fenómeno social que se ha venido haciendo más visible en los últimos veinte años. La modalidad de trata de personas por las que se han iniciado más investigaciones es la de explotación sexual. Esto a nivel internacional se encuentra avalado por las estimaciones llevadas a cabo por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, 2009: s/p), esta modalidad representa un 79 por ciento de los casos y dentro de ellos, la mayoría de las víctimas de estos hechos son mujeres. En el caso del estado de Oaxaca, habría que agregar otro elemento; el ser una mujer indígena.

En los últimos años, México ha tenido una importante evolución en cuanto a los derechos indígenas, lo que conllevó a que, en 1992, fuera reconocido como un país multicultural. Resultando Oaxaca³ la región más importante a nivel nacional en cuanto a concentración de pueblos y cultura indígena. Todo ello fue un parteaguas para que la Constitución Política local de Oaxaca, le otorgara reconocimiento a los usos y costumbres de los grupos indígenas en su organización política municipal desde el año 1995; armonizándose esto con la promulgación de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Oaxaca en 1998.

Por otra parte, es bien sabido que, en algunos estados del sureste de México, en los cuales las comunidades indígenas predominan, su organización política municipal se basa en los llamados usos y costumbres, también conocidos como sistemas normativos internos, un reconocimiento ancestral, que ha significado un total respeto a los derechos indígenas;

3 Oaxaca, Estado del sureste mexicano, caracterizado por registrar los mayores indicadores de rezago social y marginación en el país, así como por su alta dispersión poblacional (Inegi, 2010), elementos que lo llegan a convertir en un espacio donde se puede observar con claridad la violencia derivada de condiciones estructurales.

mismo que algunos investigadores señalan que ha contribuido a una mayor democratización del país. Oaxaca es el estado con la mayor población indígena del país; su territorio se encuentra dividido por un gran número de unidades políticas y administrativas. Cuenta con 570 municipios, que representan el 23% de los existentes en México. De estos, 418 municipios se rigen por el sistema normativo de usos y costumbres. Es de reconocer que, a este conjunto de tradiciones, las leyes nacionales han otorgado valor legal, siempre y cuando no exista un choque con nuestra ley suprema.

Contrario a lo anterior, en varias regiones de los estados sureños de Guerrero, Oaxaca y Chiapas, han existido por tradición ancestral, la compra de mujeres y menores, a pesar de que ello atenta contra los derechos humanos y contra distintas leyes nacionales y locales, contra la democracia y contra la dignidad humana. En Oaxaca la problemática de la trata de personas se cobija al amparo de los usos y costumbres de los pueblos indígenas, al mantener como tradición la venta de mujeres y niñas que son entregadas, en matrimonio o incluso para la explotación sexual; siendo este un ritual que en realidad resulta ser una forma ancestral de esclavitud.

Existen evidencias que señalan que los precios de venta de niñas y mujeres van a depender de la edad, de si están o no iniciadas en su vida sexual, si tienen hijos; una transacción puede llegar a alcanzar hasta trescientos mil pesos. Este tipo de situaciones están normalizadas por los usos y costumbres, a pesar de que trasgreden los derechos de la menor, cuya integridad debe salvaguardarse de manera prioritaria. De igual forma, no resulta sorprendente que este tipo de hechos se lleve a cabo de forma cotidiana, a las niñas se les roba la niñez y rápidamente se convierten en mujeres adultas, en madres totalmente inexpertas para su edad. Casi todas las familias indígenas han comprado o vendido alguna de sus hijas. Otro punto importante ante este tipo de tradiciones ancestrales es el de la llamada *dote*, según la cual, las niñas y adolescentes son entregadas en matrimonio a cambio de una remuneración, ya sea en bienes como animales o terrenos, alimentos como azúcar, panes o cajas de cervezas. Sin embargo, hoy en día resulta más común la simple transacción económica por unos diez mil pesos. Todo esto conforma el paquete básico para que un hombre pueda adquirir a una mujer en el sureste de México. Existe otro tipo casos documentados en los cuales se evidencia que se han llegado a vender a mujeres menores de edad hasta en doscientos mil pesos siempre y cuando no hayan llegado a la menstruación. Todos

estos hechos han encendido focos rojos a nivel internacional, por la violación a los derechos humanos que representan, por lo que, actualmente, algunas autoridades municipales han empezado a cancelar la venta de niñas y adolescentes por el bien de sus poblaciones; sin embargo, ante el incumplimiento de estas medidas, sólo existen sanciones administrativas que se ven reflejadas en multas pecuniarias no gravosas. De esta forma, podemos constatar como lejos de lo señalado en los principios rectores constitucionales, los usos y costumbres violan los derechos fundamentales, al permitir ponerle precio a la mujer dependiendo de su juventud y belleza; todo ello respaldado bajo el artículo segundo Constitucional, que hace referencia a la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas (Santa Anna, 2021). Mediante estas prácticas se vulnera el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que indica que, en México todo individuo gozará de las garantías que ésta le otorga. Además, el artículo segundo, párrafo segundo, señala que los pueblos y comunidades indígenas pueden aplicar sus sistemas normativos internos en la regulación y solución de sus conflictos internos, siempre y cuando respeten las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. Por su parte el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 420 establece que el procedimiento especial para pueblos y comunidades indígenas no puede admitirse cuando no se considere la perspectiva de género, afecte la dignidad de las personas, el interés superior de la niñez, o el derecho a una vida libre de violencia de las mujeres. Por último, es de señalar que, en el año 2014, la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, estableció que la edad mínima para contraer matrimonio es de dieciocho años, sin el otorgamiento de dispensas o excepciones.

Los Registros Administrativos de Estadísticas Vitales sobre Nupcialidad del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) muestran que en el año 2015 se encontraban casados formalmente 75 mil 443 adolescentes de entre 12 y 17 años, y más de 300 mil vivían en unión libre. En todas estas situaciones, el 80% de las uniones correspondía a niñas o mujeres adolescentes. Oaxaca es uno de los estados más expuestos por su geo-referencia y por la presencia de problemas sociales, demográficos y políticos, como pobreza, educación y presencia del crimen organizado. Todo ello conlleva a la alta incidencia de trata de personas en sus tres modalidades: de origen, de tránsito y de forma mediática. De acuerdo con

datos de la Fiscalía Especializada en Delitos de Alto Impacto de Oaxaca, la trata de personas se configura como un delito que atañe principalmente a las mujeres, dado que el 95% de las víctimas son del sexo femenino y otro 5%, menores de edad. Entre las carpetas de investigación por trata de personas se incluyen casos de explotación sexual y laboral, así como de adopción ilegal, pues también está considerada como trata.

Es indispensable identificar el nivel de ocultamiento del fenómeno, a fin de sentar las bases para definir políticas públicas que contribuyan a disminuir y erradicar este fenómeno en el Estado de Oaxaca que, en la mayoría de los casos, queda impune al no ser denunciado por el temor que existe de las propias víctimas a sufrir agresiones posteriores por sus victimarios.

De forma paralela, los instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos se han ubicado como fuente importante de derecho y se han incorporado a las legislaciones internas de los Estados. La importancia que ha cobrado la protección de los derechos humanos a nivel internacional se refleja en el hecho de que los Estados, hoy en día, a diferencia del pasado, no niegan las violaciones ocurridas en sus territorios, no argumentan soberanía nacional, y se abren al escrutinio externo.

Actualmente, el catálogo de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos es vasto, y ello también revela la extensa aceptación y discusión que sobre el tema abordan los Estados; además, la variedad de organismos que han surgido para proteger y defender los derechos humanos refleja el compromiso de los Estados de sujetarse a las normas internacionales y su voluntad de aceptar un régimen de monitoreo, investigación y sanción en caso de incumplimiento de esas normas. La internacionalización, más allá de toda expectativa, de los derechos humanos, indica también que cada vez es más difícil que los Estados puedan obviar el cumplimiento de obligaciones relacionadas con los derechos fundamentales.

3 AFECTACIONES DE LA TRATA DE PERSONAS

La trata de personas es un fenómeno que afecta a poblaciones con vulnerabilidades diversas, derivadas de condiciones sociales, económicas y culturales de marginación y/o carencia. Muchas de estas condiciones se ven reflejadas en el entorno sociocultural del Estado. Según datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI, 2020),

en Oaxaca se cuenta con una población de 1,982,954 mujeres. De éstas el 34% (674,204) hablan alguna lengua indígena. Además, casi el 5% de las mujeres (95,000) no hablan español. En cuanto a las zonas de vivienda 1,526,874 mujeres viven en zonas urbanas, representando casi el 77%, en tanto que el restante 23% (456,080) viven en zonas rurales. El 17% de la población en la entidad no sabe leer ni escribir, duplicando el porcentaje nacional que resulta ser del 8%. El promedio de escolaridad del país es de 8.6 años, en la entidad oaxaqueña el promedio de escolaridad es de 6.9 años, lo que significa que la gran mayoría de la población tiene una escolaridad de hasta primero de secundaria. En el Estado existen 1,031,136 mujeres menores de 25 años. De éstas únicamente 7% cursa actualmente el bachillerato y sólo el 3% está estudiando alguna licenciatura. Los datos expuestos señalan una importante carencia educativa y formativa en la entidad, a la población en general y, en particular al sector femenino. Se evidencia que las condiciones que posibiliten el desarrollo de las niñas y adolescentes desde el ámbito educativo se encuentran obstaculizadas. Por otra parte, por lo que respecta a las mujeres jóvenes que habitan las zonas urbanas es de suponer que cuentan con mayores posibilidades de desarrollo personal y profesional, sin embargo, la mera diferencia numérica de mujeres respecto a hombres, que es menos equitativa en las zonas urbanas, incrementa el riesgo y la posible vulnerabilidad de estas mujeres.

Según Monroy (2020) en 2020 se registraron oficialmente 1.8 víctimas diarias de trata de personas en México; unas 620 víctimas se contabilizaron de enero a noviembre del 2020. Activistas sociales alertan que centenares más abundan principalmente en giros negros por todo el país. El rostro más visible de la trata es la explotación sexual o prostitución forzada, que representa el 59% del universo de este delito. Pero también se puede presentar como trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre o a la extirpación de un órgano, tejido o sus componentes. De acuerdo con el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP), de enero a noviembre del 2020 fueron rescatadas 620 víctimas de trata de personas en el país, lo que significó 56.3 por mes y 1.8 por día. En todo el 2019 se registraron 676 víctimas; 574 en 2018; 537 en 2017; 782 en 2016 y 1,171 en 2015. Según el SESNSP, si se compara la incidencia del delito de trata en noviembre del 2020 contra el mismo mes del 2019, hubo una disminución de 14.3%, y de 32.1% si se compara de noviembre con octubre del

2020. La fiscalía general de la República (FGR) aperturó en 2019 unas 61 carpetas de investigación (35 por explotación sexual; 19 por explotación laboral; 3 por trabajos forzados; 4 por publicidad ilícita o engañosa conferida por el artículo 32 de la Ley General de Trata de Personas). Asimismo, tuvo pendientes cuatro averiguaciones previas por explotación sexual y servicios forzados. De enero a abril del 2020, la FGR inició tres carpetas de investigación por posible explotación sexual de personas. Del 1 de enero de 2019 al 15 de abril la FGR judicializó siete carpetas de investigación y obtuvo siete sentencias condenatorias, en ambos casos por el delito de trata de personas en las modalidades de explotación sexual (seis) y mendicidad forzada (una). Hasta noviembre de 2020, en todo México al menos 89,913 mujeres habían sido víctimas de algún delito; la gran mayoría (58.8%) sufrieron lesiones dolosas. Mientras que cerca de 3,455 fueron asesinadas, un promedio de 10.3 mujeres muertas por día, con 888 de estos delitos tipificados como feminicidio. Según cifras del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (SESNSP), de 2015 a noviembre de 2020, la violencia contra las mujeres presenta un incremento constante, especialmente en el caso de los feminicidios, ya que durante este periodo dicho delito se ha duplicado. En 2015, el delito de feminicidio contabilizaba 411 carpetas de investigación, mientras que en 2016 creció a 605; en 2017 fueron 742; en 2018 llegó a 893, siendo que en 2019 se elevaría a 940 casos y finalmente de enero a noviembre de 2020 contando con 860 de estos delitos. Por otra parte, los delitos dolosos contra mujeres también muestran un alza considerable, en 2015 se contaba con un registro de 1,735 de estos delitos; en 2016 se incrementaron a 2,191; en 2017 fue de 2,535; en 2018 fueron de 2,763. En 2019 se rompe el record en los homicidios de mujeres, al registrarse 2,869. Hasta noviembre de 2020 la cifra de homicidios dolosos contra mujeres y niñas registraba 2,567 casos. Según datos del Secretariado Ejecutivo desde 1985 a 2019, en México ocurrieron cerca de 63,324 muertes de mujeres con presunción de homicidio, además de existir un aumento en el uso de armas de fuego para cometer estos crímenes.

Para el año 2018, se crea la “Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos del Estado de Oaxaca”. Con ello, el referido delito deberá ser castigado hasta con 30 años de prisión. Según el dictamen de la iniciativa legislativa, Oaxaca se encuentra entre

las 17 entidades en las que operan 47 grupos de delincuencia organizada, dedicados a la explotación sexual y laboral.

4 REGULACIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS

En México, la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y Para la Protección y Asistencia a las Víctimas de Estos Delitos define la trata de personas como toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación. Se establecen de esta forma once tipos de explotación: esclavitud, condición de siervo, prostitución, explotación laboral, trabajo forzado, mendicidad forzada, adopción ilegal de menores de edad, matrimonio forzado, tráfico de órganos, experimentación biomédica ilícita y utilización de menores de edad en actividades delictivas. No obstante lo señalado, existen ciertas diferencias entre las leyes de la materia, tanto a nivel general como a nivel estatal, atendiendo a los medios comisivos para su realización, toda vez que la ley del Estado de Oaxaca, esgrime como uno de los elementos a través de los cuales se comete dicho delito, la situación de vulnerabilidad, la cual enumera varios factores: a) origen, edad, sexo, condición socioeconómica precaria; b) nivel educativo, falta de oportunidades, embarazo, violencia o discriminación sufridas previas a la trata y delitos relacionados; c) situación migratoria, trastorno físico o mental o discapacidad; d) pertenecer o ser originario de un pueblo o comunidad indígena; e) ser mayor de sesenta años; f) cualquier tipo de adicción; g) una capacidad reducida para formar juicios por ser una persona menor de edad o h) cualquier otra característica que sea aprovechada por el sujeto activo del delito.

La situación de vulnerabilidad, para la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga, precisa dos supuestos básicos: por una parte la incapacidad de la víctima para entender el significado del delito cometido contra ella, dentro de esta situación ubicamos a los menores de edad y a los incapaces; por otro lado, se habla de la incapacidad de las víctimas para resistirse a la comisión de estos hechos; aquí situamos a las personas con discapacidades (física o mental), en condiciones de necesidad económica, sometidas a engaños a través de la coerción o la violencia o procesos culturales o religiosos. Todos estos ejemplos son algunos de los medios que

las redes de trata emplean para acercarse a sus víctimas, engancharlas y someterlas (UNODC, 2010:17). Desde la perspectiva social, la vulnerabilidad ha sido analizada y definida como un “riesgo de enfrentar problemas, lo cual propicia que se aumente de manera significativa la probabilidad de padecer una enfermedad o de morir” (Meza; Cuellar, 2009, p. 9), esta concepción va a depender en gran medida también del entorno social en que las personas se desenvuelvan, es decir, que dicha condición de vulnerabilidad se vincula con relaciones de poder (Bustamante, 2002; p. 339). La vulnerabilidad también es una concepción de naturaleza cultural debido a los elementos que llegan a intervenir para crear un sentido despectivo hacia quien se infiere y tratar de justificar diferencias de poder entre ellos, tales como estereotipos, prejuicios, racismo, xenofobia, ignorancia y discriminación institucional (Bustamante, 2002, p. 339).

Por lo que se refiere a la concepción de explotación, es a partir de este elemento donde se puede distinguir la trata de personas de otras figuras como la prostitución voluntaria. La explotación indica la obtención de “beneficios financieros, económicos o de cualquier otro tipo a través de la participación forzada de otra persona”, significa que a una persona se le exige realizar actividades o se le obliga a ello por medio de la amenaza o alguna situación de engaño o presión; situación para la cual la víctima no otorgó su consentimiento o éste estaba viciado (UNODC, 2010, p. 12, 15, 17).

Para concluir, el delito de trata ha incitado a una grave desorganización social, a un alarmante trastorno, influenciado por el miedo como herramienta privilegiada de control social. Por su parte, los derechos humanos son libertades básicas que, por el solo hecho de ser seres humanos, tenemos todas las personas, entre ellos podemos mencionar la libertad, la integridad personal, la seguridad jurídica entre otros. El conjunto de instrumentos internacionales firmados por la mayor parte de los países definen y promueven la defensa de los derechos humanos, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas. Si se observa con detenimiento el hecho de que, durante el proceso de la trata de personas, las víctimas son convertidas en “cosas” con las que comercializan sus traficantes, se desprende que a partir del trato que se les da a esas personas, se les limita y restringe el acceso a las libertades y derechos citados (UNODC, 2010, p. 12; Torres, 2010, p. 14).

5 CRITERIOS JUDICIALES NACIONALES DE TRATA DE PERSONAS

a) Declaraciones de la víctima de trata de personas. Deben valorarse conforme al método de juzgar con perspectiva de género.

Hechos: Para emitir la sentencia condenatoria contra dos sujetos por el delito de trata de personas con fines de prostitución ajena, en las hipótesis de captar, retener y transportar, previsto y sancionado en el artículo 10, párrafos primero y segundo, fracción III, de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, con las agravantes previstas en el artículo 42, fracciones I y VII, de la misma ley, se valoraron con perspectiva de género las declaraciones ministeriales de las víctimas, con quienes los activos del delito tenían una relación sentimental, no obstante que una de ellas no les había realizado imputación, sino hasta su tercera comparecencia y, posteriormente, se retractó de las acusaciones que les hizo inicialmente.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que las declaraciones de la víctima de trata de personas deben valorarse conforme al método de juzgar con perspectiva de género, no obstante que inicialmente no declare en contra de sus captores, o bien, de hacerlo, se retracte de la realizada en un primer momento.

Justificación: En el delito de trata de personas generalmente convergen en la víctima interseccionalidad de factores que incrementan su vulnerabilidad e influyen en sus declaraciones, como pueden ser circunstancias de violencia o desintegración familiar, culturales, pobreza, bajo nivel de escolaridad, minoría de edad y dependencia emocional de su captor, entre otros, por lo que de conformidad con el artículo 2, incisos c) y d), de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), a efecto de garantizar una protección efectiva, sus testimonios deben ser analizados aplicando la metodología de juzgar con perspectiva de género, conforme a la cual debe tomarse en consideración: i) el contexto objetivo, que se refiere al escenario generalizado que enfrentan ciertos grupos; y, ii) el contexto subjetivo, relativo al ámbito particular y situación concreta de la persona en posición de vulnerabilidad.⁴

4 Tesis: IX.P.2 P (10a.). Semanario Judicial de la Federación. Libro 23, Marzo de 2023, Tomo IV, página 3840. Registro digital: 2026104,

b) Dictámenes periciales oficiales recabados en la averiguación previa. Los jueces locales del sistema penal tradicional deben ordenar su ratificación en los procesos seguidos por delitos previstos en la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos.

Hechos: Un tribunal de segunda instancia del fuero local del sistema penal tradicional dictó sentencia definitiva condenatoria por el delito de trata de personas agravado, previsto y sancionado en la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos; resolución contra la cual el sentenciado promovió juicio de amparo directo, en el cual se advirtió que la autoridad jurisdiccional no aplicó supletoriamente el Código Penal Federal ni el Código Federal de Procedimientos Penales (abrogado) y, en consecuencia, tampoco ordenó la ratificación de un dictamen pericial oficial, en términos de la tesis aislada 1a. LXIV/2015 (10a.), de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que en los procesos penales del sistema tradicional que se instruyen por los delitos previstos en la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, las autoridades judiciales locales deben ordenar la ratificación de los dictámenes periciales oficiales recabados durante la averiguación previa.

Justificación: Del artículo 9o. de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, se advierte que independientemente de que el proceso penal seguido por los delitos previstos en esa ley se sustancie por autoridades del fuero local, las leyes supletorias son, entre otras, el Código Penal Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales (abrogado). Por tanto, si a las autoridades judiciales les está prohibido aplicar las disposiciones adjetivas y sustantivas locales tratándose de los delitos previstos en la ley general mencionada, es claro que por cuanto hace a la cuestión adjetiva, el impacto de la supletoriedad trasciende en que el artículo 235 del Código Federal de Procedimientos Penales (abrogado) ha sido materia de análisis por parte de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la

tesis aislada 1a. LXIV/2015 (10a.), de título y subtítulo: “Dictámenes periciales. El artículo 235 del código federal de procedimientos penales, al eximir a los peritos oficiales de ratificarlos, vulnera el derecho fundamental de igualdad procesal.”, en el sentido de que transgrede el principio de igualdad, porque exenta a los peritos oficiales de ratificar sus dictámenes. Así, ordenar su ratificación, incluso para los Jueces penales locales, es una exigencia necesaria porque, de esta manera, dota de certeza y seguridad jurídica al acto contenido en la prueba pericial. En consecuencia, de advertirse en el juicio de amparo directo que no se actuó de esa forma, debe concederse la protección constitucional y ordenarse la reposición del procedimiento para que en diligencia formal y con la presencia de las partes se ratifique el dictamen pericial oficial correspondiente.⁵

c) Trata de personas, en su vertiente de explotación laboral. Para que se configure este delito, previsto y sancionado en el artículo 21 de la ley general para prevenir, sancionar y erradicar los delitos en materia de trata de personas y para la protección y asistencia a las víctimas de estos delitos, es innecesario acreditar como “verbos rectores” del tipo, alguna de las conductas contenidas en el artículo 10 del mismo ordenamiento.

Hechos: En la sentencia de segunda instancia que constituye el acto reclamado, la Sala penal absolvió al sentenciado de la comisión del delito de trata de personas, en su vertiente de explotación laboral, previsto y sancionado en el artículo 21 de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, bajo la premisa de que había atipicidad, por no haberse acreditado alguno de los “verbos rectores” contenidos en el diverso artículo 10 del mismo ordenamiento, consistentes en captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas; haciendo patente, incluso, la aplicación del Protocolo de Palermo y puntualizando que para entrar al estudio del delito era necesario acreditar un verbo rector (reclutar, captar, enganchar, acoger, transportar, trasladar); en consecuencia, dejó de analizar el resto de los elementos del tipo penal por no tener por acreditada dicha premisa rectora.

5 Tesis: I.10o.P7 P (11a.). Semanario Judicial de la Federación. Libro 19, noviembre de 2022, Tomo IV, página 3413. Registro digital: 2025536.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito establece que para que se configure el delito de trata de personas, en su vertiente de explotación laboral, previsto en el artículo 21 citado, es innecesario acreditar como “verbos rectores” del tipo, alguna de las conductas contenidas en el artículo 10 del mismo ordenamiento.

Justificación: Lo anterior, porque dichas acciones se advierten independientes, es decir, los elementos de los tipos penales ahí plasmados refieren situaciones diversas, tan es así que tanto para las conductas del artículo 10, como para las del diverso 21, ambos de la referida ley general, se prevén penas independientes y específicas y descripciones que regulan actividades diversas; de ahí que para analizar la comisión del delito de trata de personas, en su vertiente de explotación laboral, la Sala responsable debió establecer de manera concreta la descripción típica de los elementos contenidos en el artículo 21 citado, sin recurrir a los verbos previstos en el diverso artículo 10. Por tanto, la interpretación que sobre la norma se puede realizar al momento de aplicar el tipo penal a la conducta reprochable al activo del delito, para que se pueda realizar la acreditación de los elementos objetivos, subjetivos y normativos, no podrá versar únicamente sobre las conductas rectoras descritas por el tipo penal, toda vez que no nos encontramos ante un ilícito compuesto de diversas conductas que se deban o puedan materializar, para estar en presencia de la comisión del injusto penal, sin que tengan que ir precedidas unas de las otras; máxime que el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocido como “Protocolo de Palermo”, en su artículo 3 establece que el delito de trata de personas cometido contra un menor de edad podrá acreditarse, aun cuando el sujeto activo no desplegara la conducta sancionada (captar, transportar, enganchar, etcétera); lo anterior, dado que las legislaciones internacionales rechazan conductas o elementos como el engaño y la violencia o coacción, tratándose de menores, pues éstos no podrían participar de manera voluntaria en una situación propia de trata.⁶

6 Tesis: I.9o.P.321 P (10a.). Semanario Judicial de la Federación. Libro 1, mayo de 2021, Tomo III, página 2649. Registro digital: 2023185.

6 CONCLUSIONES

El fenómeno que desde épocas inmemoriales ha establecido como objeto de intercambio a mujeres y niñas en su mayoría indígenas de algunas zonas del Estado de Oaxaca, violandoles sistemáticamente sus derechos humanos fundamentales, como son el poder vivir en un entorno libre, teniendo una identidad cultural, el coartarles su derecho de movilidad y transgredir la dignidad del ser humano, actualmente podemos afirmar que se está aún viviendo una forma de esclavitud negociada y consecuentada por las propias autoridades. No obstante que a nivel global se han hecho esfuerzos para erradicar este tipo de esquemas delictivos. Encontrándonos que desde el año 2000 se elevaron dos importantes instrumentos siendo de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños; ambos instrumentos levantados en la ciudad de Palermo, Italia. Éstos, además de constituir el marco jurídico internacional en contra de este delito, resultan ser el modelo armonizante de las legislaciones de los países miembros.

Así pues, la importancia de los instrumentos internacionales radica en que los Estados voluntariamente y de buena fe aceptan compromisos para garantizar y respetar los derechos humanos a los ciudadanos bajo su jurisdicción. Ese compromiso, si bien se asume frente a la comunidad internacional, se traduce también en mayores garantías en espacios nacionales. Algunas veces esos compromisos implican también la aceptación de que organismos internacionales creados para vigilar el cumplimiento de las obligaciones internacionales, atiendan demandas de personas que aleguen el incumplimiento por parte del Estado de una obligación internacional, es decir, una violación a derechos humanos.

La otra cuestión no menos importante, y relacionado con lo antes dicho, tiene que ver con el alcance interno del compromiso internacional asumido por los Estados al celebrar tratados. Según la interpretación antes mencionada, los tratados, al celebrarse con las formalidades constitucionales requeridas, son asumidas por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional.

La Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas del 27 de noviembre de 2007, resulta ser el primer instrumento que establece las bases jurídicas para perseguir y sancionar a los responsables del delito de trata en México, además de establecer diversas acciones para la prevención y protección a las víctimas. A partir de ahí han venido evolucionando jurídicamente las leyes de la materia, así como los reglamentos y protocolos a nivel nacional y a nivel estatal, tratando de armonizarlos y adecuándolos a la realidad cotidiana. La mayor parte de los once tipos de explotación señalados en la ley, encajan en una forma de esclavitud moderna, en los cuales, las víctimas de estos delitos, en varios de los casos, no lo llegan a denunciar por las represalias que esto les origina, ya que en su mayoría son comunidades indígenas, con lenguas originarias y que en su mayoría no hablan el español, comunidades que son regidos bajo los sistemas de usos y costumbres, donde se llevan a cabo estas prácticas ancestrales, que al día de hoy, se han mantenido normalizadas y a la vez soterradas en varias regiones del Estado de Oaxaca. Actualmente en el sureste de México y en especial en Oaxaca, se llevan a cabo situaciones de trata de personas, amparadas bajo el sistema de usos y costumbres de los pueblos indígenas, prácticas centenarias que merecen ser erradicadas por catalogarse como delitos *per se*; sin embargo no basta que quede estipulado en los sistemas normativos internos, es necesario también, dar apoyos financieros y técnicos, tratar de sensibilizar y capacitar a los servidores públicos encargados de su aplicación y que exista el compromiso social para denunciar estas prácticas que llegan a desprestigiar al ser humano en general, a vulnerar los derechos humanos y a trastocar el derecho de las mujeres, niñas y adolescentes mayoritariamente pertenecientes a diversos grupos indígenas. A pesar de la escasez de datos oficiales específicos sobre la corrupción y la trata de personas, existen indicios consistentes en que la corrupción desempeña un papel importante para facilitar y fomentar el delito de la trata de personas, motivo por el cual, mientras no se puedan poner en práctica acciones contundentes para la erradicación de este mal, va a seguir siendo un delito que conlleva a una desigualdad social y que vulnera la democracia de nuestras instituciones. Sólo existiendo paz, dignidad e igualdad podremos empezar a tener una sociedad más sana y consciente para poder avanzar a una democracia plena; pues la violencia jamás será subjetiva y mucho menos susceptible de justificación alguna.

REFERENCIAS

BRICEÑO, Patricia en Excelsior. **Padres venden a su hija por 40 mil pesos en Oaxaca**. 05 de marzo de 2014. Disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/nacional/2014/03/05/946830>. Consultado el: 12 fev. 2022.

BUSTAMANTE, Jorge A. Immigrants vulnerability as subject of human rights. **International Migration Review**, New York, v. 36, n. 2, p. 333-354, 2002.

EL UNIVERSAL. **En trata de personas, culpables quedan sin castigo**. 30 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/estados/en-trata-de-personas-culpables-quedan-sin-castigo-en-oaxaca>. Consultado el: 12 fev. 2022.

EL UNIVERSAL. **Oaxaca es origen, tránsito y destino para trata de personas**. 11 de septiembre de 2018. Disponible en: <https://oaxaca.eluniversal.com.mx/especiales/11-09-2018/oaxaca-es-origen-transito-y-destino-para-trata-de-personas>. Consultado el: 12 fev. 2022.

EL UNIVERSAL. **Redacción**. Rescatan a dos mujeres víctimas de trata que eran explotadas en un bar de Oaxaca. 12 de septiembre de 2021. Disponible en: <https://oaxaca.eluniversal.com.mx/seguridad/rescatan-dos-mujeres-victimas-de-trata-que-eran-explotadas-en-un-bar-de-oaxaca>. Consultado el: 13 fev. 2022.

INEGI (Instituto Nacional de Estadística y Geografía). **Perfil sociodemográfico Estados Unidos Mexicanos**. México: INEGI. 2010. Disponible en: http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/censos/poblacion/2010/perfil_socio/uem/702825047610_1.pdf. Consultado el: 16 fev. 2022.

INEGI (Instituto Nacional de Estadística y Geografía). **Registros Administrativos de Estadísticas Vitales sobre Nupcialidad**. México: INEGI. 2015. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/nupcialidad/>. Consultado el: 12 fev. 2022.

INFOBAE. **Compró a una niña de 12 años como esposa, lo detuvieron y luego lo liberaron porque no había delito**, 24 de mayo de 2018.

INFOBAE. **Venta de niñas, la tragedia que aún viven comunidades indígenas de Guerrero, Oaxaca y Chiapas**. 04 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.infobae.com/america/mexico/2019/12/04/venta-de-ninas-una-tra>

dicion-centenaria-en-comunidades-indigenas-de-guerrero-oaxaca-y-chiapas/. Consultado el: 19 fev. 2022.

MEZA GONZÁLEZ, Liliana; ÁLVAREZ, Miriam Cuéllar (comp.). **La vulnerabilidad de los grupos migrantes en México**, México, Universidad Iberoamericana, 2009.

MONROY, Jorge; PÉREZ, Maritza. En 2020 se registraron 1.8 víctimas diarias de trata de personas: SESNSP. **El Economista**. 25 de febrero de 2021. Disponible en: <https://www.economista.com.mx/politica/En-2020-se-registraron-1.8-victimas-diarias-de-trata-de-personas-SESNSP-20210225-0091.html>. Consultado: 13 fev. 2022.

Quadratin, Oaxaca. Detienen a mujer en Oaxaca por trata de personas. 07 de enero de 2021. <https://oaxaca.quadratin.com.mx/detienen-a-mujer-en-oaxaca-por-trata-de-personas/>. Consultado el: 20 fev. 2022.

RODRÍGUEZ, Oscar. Oaxaca, entre los 8 estados con más casos de trata. **Diario Marca**. 10 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.diariomarca.com.mx/2020/02/oaxaca-entre-los-8-estados-con-mas-casos-de-trata/>. Consultado el: 20 fev. 2022.

Rodríguez, Oscar en InformativoOax. Lucha contra la trata en Oaxaca, se han logrado vincular a proceso a 23 implicados y se han rescatado a 15 víctimas. 25 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://informativoax.net/lucha-contrala-trata-en-oaxaca-se-han-logrado-vincular-a-proceso-a-23-implicados-y-se-han-resctado-a-15-victimas> (consultado el 20 de febrero de 2022).

SANTA ANNA, Pastor. Corrupción: La cara menos visible de la trata en Oaxaca. Íntegrus. **Revista de la Secretaría Ejecutiva del Sistema Estatal Anticorrupción de Aguascalientes**. 2021. Disponible en: https://www.seaaguascalientes.org/revista_integrus/docs/revista/integrus_num_3.pdf

Tesis: I.10o.P.7 P (11a.). Semanario Judicial de la Federación. Libro 19, noviembre de 2022, Tomo IV, página 3413. Registro digital: 2025536.

Tesis: I.9o.P.321 P (10a.). Semanario Judicial de la Federación. Libro 1, mayo de 2021, Tomo III, página 2649. Registro digital: 2023185.

Tesis: IX.P.2 P (10a.). Semanario Judicial de la Federación. Libro 23, marzo de 2023, Tomo IV, página 3840. Registro digital: 2026104.

UNODC, 2009, Global report on Trafficking in Persons, Costa, Antonio María, director ejecutivo, Nueva York, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el delito.

UNODC, 2010, Manual sobre la investigación del delito de Trata de Personas. Guía de Autoaprendizaje, Costa Rica, UNODC – Representación Regional para México, Centroamérica y el Caribe Proyecto regional: Proyecto Regional contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes.

UMA NOVA ANÁLISE SOBRE DIREITOS REPRODUTIVOS E PLANEJAMENTO FAMILIAR: PERSPECTIVAS DA LEI 14.443/2022

GEÓRGIA MANFROI¹

1 INTRODUÇÃO

Os direitos reprodutivos e de planejamento familiar que se conhecem atualmente tiveram uma longa trajetória, que, em muitos momentos, foi obscura. Essa trajetória carrega consigo a herança dos métodos contraceptivos utilizados desde a antiguidade, a opressão religiosa que rompeu com a autonomia dos corpos femininos, a divisão sexual do trabalho, bem como a intenção de controlar a natalidade no caso de pessoas de baixa renda. Essas e outras tangentes a serem mencionadas ao longo da pesquisa culminaram na Lei do Planejamento Familiar, que, recentemente, passou por alterações em seus dispositivos.

A Constituição de 1988 assegurou o planejamento familiar com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo aquele de livre decisão do casal e competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Esse diploma legal precisou de uma regulamentação específica, o que ensejou a elaboração da Lei 9.263/1996.

Entretanto, com as transformações sociais, os operadores do direito passaram a questionar pontos específicos dessa Lei, que violaria alguns princípios relevantes, correndo o risco de ser vista como retrocesso.

1 Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões, e, em Direito Público, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Bacharela em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Integrante do Grupo de Pesquisa Família Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa, vinculado ao PPGD da FMP/RS. georgia27.m@gmail.com

Entre os alvos, podem ser mencionados a necessidade de consentimento expresso de ambos os cônjuges para o processo de esterilização voluntária, na vigência de sociedade conjugal, e a condição de que os indivíduos que solicitarem o procedimento sejam maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, tenham dois filhos vivos.

Após muitas discussões, além do oferecimento de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, finalmente foi sancionada a Lei 14.443/2022, responsável por alterar os pontos que geravam incômodo na legislação anterior.

Dessa forma, o presente artigo busca questionar se as modificações realizadas colaboraram, de fato, para o progresso social, principalmente para as mulheres, ou se ainda existem lacunas a serem discutidas e aprimoradas.

Para atingir a finalidade a que se propõe, na presente pesquisa, que possui natureza aplicada, utiliza-se o método dedutivo abordado qualitativamente com objetivo exploratório, sendo que, dentre as técnicas de pesquisa, são privilegiadas a bibliográfica, documental legislativa, a fim de formar uma imagem completa sobre o tema e sua complexidade.

2 HISTÓRICO DOS MÉTODOS CONTRACEPTIVOS: O ÚTERO E O ESTADO

Ao longo da história, os direitos reprodutivos e referentes ao planejamento familiar passaram por diversas fases antes de serem interpretados como, propriamente, direitos. Em especial, foram buscadas formas de prevenir-se gestações indesejadas, tendo sido os egípcios (Museum of Contraception and Abortion) (1850 A.C) reconhecidos como a primeira civilização a utilizar métodos contraceptivos. Entre os mais utilizados, constavam esponjas ou tampões vaginais embebidos em substâncias que neutralizavam os espermatozoides (USHIKUSA), à base de excrementos de crocodilo e leite azedo, ou mel e bicarbonato de sódio (BBC News Brasil, 2019).

Na Grécia Antiga (460-377 A.C), Hipócrates preconizava a prevenção da gravidez com a ingestão de sementes de cenoura selvagem. Também os dispositivos intrauterinos (DIU) foram introduzidos por Hipócrates há mais de dois milênios, inseridos no útero com ajuda de um tubo de chumbo (Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina, 2015).

Já na Ásia, mais especificamente na China (BBC News Brasil, 2019), eram ingeridas substâncias perigosas para evitar-se a gravidez. Metais pesados, como mercúrio líquido, eram utilizados como bebidas quentes para que a mulher não engravidasse ou abortasse (Flo, 2021).

Dessa forma, é possível perceber que, desde o início da humanidade, havia uma preocupação com o planejamento familiar. Os conhecimentos científicos eram escassos, e recorria-se a fórmulas “mágicas” e a rituais, popularmente testados e compartilhados, com base em experiências e crenças. Um ponto relevante que deve ser ressaltado é a não politização da sexualidade (Federici, 2017, p. 80), isto é, o controle sobre as gestações, ou, ainda, o planejamento familiar, era uma prática concernente apenas aos indivíduos no âmbito de seu lar, sem, ou ao menos, com a quase inexistente, influência externa de coação moral.

Durante a Idade Média, as mulheres haviam contado com muitos métodos contraceptivos, que consistiam, basicamente, em ervas transformadas em poções e “pessários” (supositórios vaginais), usados para estimular a menstruação, para provocar um aborto ou para criar uma condição de esterilidade (Federici, 2017, p. 80). Para os camponeses, o período medieval não fornecia um espaço seguro à procriação por conta da escassez de terras e do feudalismo, que, sustentado por uma política abusiva de impostos, criava um regime de sociedade estamental que inviabilizava o aclave de classe social (Domingues, 2017). Entretanto, essa realidade foi radicalmente modificada depois que o cristianismo se tornou a religião estatal no século IV (Federici, 2017, p. 80).

A classe clerical, correspondente aos bispos e sacerdotes, passou a reconhecer o poder que o desejo sexual conferia às mulheres sobre os homens e tentou persistentemente exorcizá-lo, identificando o sagrado com a prática de evitar as mulheres e o sexo. O clero passou a expulsar as mulheres de qualquer momento da liturgia e dos sacramentos e fazer da sexualidade um objeto de vergonha (Federici, 2017, p. 80).

À medida que o fenômeno da mercantilização se expande nos séculos XII e XIV, o controle da reprodução feminina se tornou uma política vantajosa, sob a perspectiva de se obter uma ampliação da massa trabalhadora e confinar as mulheres a seus lares, designando a elas o trabalho reprodutivo. Do ponto de vista religioso cristão, o sexo foi instituído como uma obrigação que impedia à esposa qualquer autonomia

sobre seu corpo, pois este pertencia ao marido. Assim, se a finalidade do sexo era a procriação, a contracepção era considerada uma falta mortal (Attuati, 2016).

A criminalização da contracepção expropriou as mulheres desse saber, que havia sido transmitido de geração a geração, proporcionando-lhes certa autonomia em relação ao nascimento dos filhos (Federici, 2017, p. 81). Ao comparar os ideais pagãos e cristãos, percebe-se que os primeiros divinizavam a mulher, dando-lhe forma de deusas. A igreja cristã, entrando em desacordo com essa ideia, associou rapidamente à mulher o ideal concretizado pela Virgem Maria, colocando as demais mulheres na posição de responsáveis pela desgraça dos homens (Attuati, 2016).

Com os avanços tecnológicos, foi possível compreender com maior profundidade a biologia humana, assim como o sistema reprodutivo masculino e feminino. Em 1677, Anton Van Leeuwenhoek desenvolveu o microscópio composto e foi o primeiro a observar, através dele, o esperma vivo (Robertson, 1921, p. 53). Em contrapartida, o óvulo dos mamíferos foi descoberto em 1827, por Carl Ernst Von Baer. Apesar das descobertas tardias, já havia um senso comum sobre a relação entre o sêmen e a geração de uma gravidez, tanto que os preservativos masculinos foram presumivelmente utilizados em Roma, fabricados com bexigas de animais (Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina, 2015). Apenas na segunda metade do século XIX, em 1843, surgiram os preservativos de borracha vulcanizada, aperfeiçoados e utilizados até hoje (Robertson, 1921, p. 114).

Por sua vez, os métodos irreversíveis para produzir infertilidade datam de 1823. Nessa época, foi realizada, em Londres, a primeira cirurgia de laqueadura tubária (fechamento cirúrgico de trompas, ou tubas, impossibilitando a gravidez). A vasectomia (fechamento cirúrgico dos canais deferentes do homem, impedindo a saída dos espermatozoides) foi realizada em animais naquele mesmo ano, sendo, depois, em homens (Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina, 2015).

A necessidade de se desenvolverem estratégias que possibilitassem a prevenção de gravidez ganhou maior enfoque na modernidade ocidental a partir da luta pelos direitos das mulheres, estimulada pela Revolução Francesa de 1789. As reivindicações pela igualdade de tratamento entre homens e mulheres pautaram uma série de necessidades ex-

pressas por mulheres que estavam integrando a mão de obra industrial (Figueiredo; Borges; Bastos, [s.d.]).

No começo da década de 1960, a pílula anticoncepcional hormonal de uso oral foi lançada e significou mais um avanço rumo à liberdade e à autonomia das mulheres nos contextos de lutas sociais feministas, que buscavam meios para sua plena existência como sujeitos de direito (Figueiredo; Borges; Bastos, [s.d.]). Finalmente, a decisão do momento certo para se ter um filho, ou mesmo para manter relações sexuais sem risco de gravidez passou a ser de domínio das mulheres, com segurança e eficácia comprovada.

3 O PODER DE DECISÃO SOBRE O PLANEJAMENTO FAMILIAR NO BRASIL

O instituto do planejamento familiar passou por uma jornada turbulenta até ser, efetivamente, implantado no Brasil. Muito mais do que a idealização de se garantirem direitos às pessoas, o instituto foi essencialmente modelado a partir de pressões internacionais e receios de uma ameaça comunista.

Eis que, além de uma medida com o fim de assegurar as famílias uma maior estabilidade pessoal, a política do planejamento familiar estava envolvida pela intenção de conter o crescimento da população mais pobre do país. Na década de 1960, países de primeiro mundo e organismos internacionais intensificaram uma pressão para que os países de terceiro mundo adotassem controles mais rígidos de natalidade, sob a justificativa de que a causa dos problemas sociais nas nações mais pobres seria, justamente, o crescimento desordenado da população. Não obstante, a influência para que os países desenvolvidos adotassem uma política demográfica tornou-se requisito para empréstimos financeiros (Petersen, 2004, p. 136).

No mesmo sentido, a redução da população pobre seria uma medida de segurança com o objetivo de conter uma ameaça política, por seu potencial de subversão. Havia, então, o temor de que a Revolução Cubana, ocorrida em 1959, pudesse despertar interesse revolucionário na população mais pobre de outros países da América Latina, de modo que aderisse a influências comunistas que, por sua vez, pudessem prejudicar e ameaçar o poder de países desenvolvidos (Petersen, 2004, p. 137).

Nesse período, o Brasil vivenciava a ditadura militar. Enquanto, em outros países democráticos, as décadas de 60 e 70 caracterizavam-se pela eclosão de movimentos feministas, que geravam discussões relativas ao controle reprodutivo das mulheres, no Brasil, a censura e a repressão se instalavam progressivamente, e as possibilidades de debate eram restringidas, quando não impedidas (Petersen, 2004, p. 137).

Em virtude da exploração de mão de obra, o aumento da jornada de trabalho e a redução de salários, combinados com baixos investimentos na saúde pública culminaram em uma grave crise nacional, cujas consequências foram a diminuição do padrão de vida da população e um déficit sanitário (Souza; Moura, 2020). Diante da insatisfação da população, da crise que se instalou e da dependência de capital Internacional, e apesar da resistência da igreja, e de representantes do próprio governo, que justificavam a importância de uma grande população, tanto do ponto de vista estratégico como econômico, o governo militar acabou por render-se às exigências quanto ao planejamento familiar (Souza; Moura, 2020).

Assim, quando o ano de 1975 foi proclamado pela ONU como o Ano Internacional da Mulher, foi aberta a possibilidade de um espaço de articulação para as mulheres, para que as causas do planejamento familiar e da contracepção tivessem uma maior visibilidade social. Até a década de 80, o Estado não havia tomado atitudes relevantes; entretanto, foi aberto espaço para que as entidades civis internacionais atuassem de forma a instituir programas de controle de natalidade (Petersen, 2004, p. 137). O *International Planning Parenthood Federation* – IPPF, com sede em Londres, foi órgão financiador de programas de controle de natalidade como a Sociedade Civil de Bem-Estar Familiar – BEMFAM, que distribuiu, gratuitamente, pílulas para milhares de mulheres hipossuficientes no Brasil (Petersen, 2004, p. 137).

Também surgiram movimentos sociais liderados por mulheres, que questionavam o planejamento familiar, momento em que se instituiu a assistência à contracepção como uma política de saúde reprodutiva (Souza; Moura, 2020). Por sua vez, as mulheres voltaram a emergir de forma organizada no cenário político nacional.

Como reflexo, em 1983, foi criado o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher, representando um avanço do Poder Público no compromisso com questões reprodutivas. Pela primeira vez, o Brasil for-

mulava uma política pública de saúde que contemplava esse ponto, com ênfase no atendimento ginecológico de qualidade, na oferta informada das opções de métodos contraceptivos disponíveis e em ações educativas para mulheres e para profissionais de saúde, visando a garantir as livres escolhas e o direito das mulheres, de decidirem sobre o próprio corpo (Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher, 1983). É válido ressaltar, contudo, que o Programa não abrangia nenhuma responsabilidade masculina quanto à regulação de fecundidade (Souza; Moura, 2020).

Finalmente, a Constituição de 1988, em seu art. 226, § 7º., assegurou o direito ao livre planejamento familiar. O artigo dispõe que, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma de coerção por parte de instituições oficiais ou privadas.

Entretanto, apesar da previsão constitucional quanto ao planejamento familiar, tal instituto ainda carecia de regulamentação, uma vez que as esterilizações cirúrgicas eram consideradas ilícitos penais (configuradas como crimes de lesão corporal à ofensa da integridade física ou à saúde de outrem no art. 129 do Código Penal). Mesmo assim, as taxas de esterilizações cirúrgicas realizadas no País eram as mais elevadas do mundo (Souza; Moura, 2020).

Do ponto de vista formal, o dispositivo foi responsável por “preparar o terreno” para as legislações que viriam a seguir. Como exemplo disso, mais adiante, o Código Civil de 2002 reiterou o conceito do planejamento familiar em seu art. 1.565, § 2º (Brasil, 2002). Viu-se necessário o aprofundamento do diploma federal para que fosse democratizado o acesso aos meios de anticoncepção ou de concepção nos serviços públicos de saúde, ao mesmo tempo em que eram regulamentadas essas práticas na rede privada, sob o controle do SUS (Brasil, 2002, p. 07)¹⁴. Assim, surgiu o escopo da criação da Lei do Planejamento Familiar.

O planejamento familiar é um ato de autonomia e liberdade; um direito pertinente a todos os indivíduos, para que deliberem acerca da formação de uma família, com base na atuação de seus membros, de forma privada, com o propósito da realização de interesses comuns. Tal direito está atrelado ao princípio da dignidade humana e ao direito à saúde,

eis que o Estado tem o dever de oferecer métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos, garantida a liberdade de opção. O planejamento familiar integra o conjunto de ações, independentemente de gênero, em uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Em 1996, foi sancionada a Lei 9.263, que afastou a omissão histórica do Brasil no planejamento familiar, eis que carecia de regulamentação, e passou a legislar, inclusive prevendo o custo da esterilização cirúrgica no sistema público de saúde. Essa lei foi responsável por regulamentar o art. 226, § 7º., da Constituição Federal, ao explicitar o entendimento de planejamento familiar como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Entretanto, apesar do grande avanço, um detalhe passou a causar estranhamento, uma vez que a lei previa a necessidade de concordância expressa de ambos os cônjuges para a realização de esterilização (art. 10º., § 5º., da Lei 9.263/96). Antes da regulamentação, não havia exigência legal da anuência do cônjuge, mas os conselhos de medicina prestavam orientação sobre esse requisito. Em particular, a laqueadura era vista sob um aspecto de liberdade sexual para a mulher, o que desagradava seus companheiros e gerava uma estigmatização. O relato a seguir demonstra a vulnerabilidade de mulheres hipossuficientes e o moralismo que envolvia os seus corpos (Alves, 2017):

Jocélia (68 anos, oito filhos) lembra-se das discussões que travava com seu falecido marido, que era absolutamente contra a esterilização: “meu marido é daquela época de antigamente, muito ignorante. Ele falava: ‘mulher que faz isso [ligadura] é porque quer dar o rabo na rua’”. Seu desejo de não ter mais filhos era para poder ter mais tempo para se cuidar e cuidar dos filhos que já tinha.

[...]

Eu queria, era isso mesmo que eu queria [fazer a ligadura de trompas]. Eu queria ficar livre porque meu marido até se morresse, eu acho que ia me deixar grávida, porque o homem era muito fértil. Mas, aí a mãe dele ficou do meu lado. Ela disse: “Newton, deixa ela fazer esse trabalho aí, porque vai ser bom para você mesmo. Vai ser menos filho, entendeu? Por que você é o quê? Você é um... simplesmente um motorista, motorista não ganha tanto assim. A mulher tem que trabalhar para poder te ajudar. Aí, quer dizer, com

muito filho, como é que ela vai poder trabalhar?” Aí ele se conformou, a mãe dele falando, porque comigo não.

No âmbito social, percebe-se que essa exigência tornava-se prejudicial em especial às mulheres, visto que, apesar da evolução da sociedade em diversos aspectos, a vulnerabilidade do gênero feminino ainda é evidente. Esse cenário é reflexo das construções de gênero em torno da maternidade e daquilo que é considerado “próprio” para a mulher, sendo peça fundamental a geração de uma família.

Outro ponto que causou atritos foi a exigência estipulada pela referida Lei, de se ter idade superior a 25 anos ou de haver dois filhos vivos para que pudesse ser realizada a esterilização cirúrgica. Novamente, ficava evidente a não observância dos direitos à autonomia corporal, à autonomia reprodutiva e à liberdade individual, o que infringia gravemente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sob a perspectiva de que o respeito ao livre exercício dos direitos reprodutivos e sexuais é peça fundamental para que os indivíduos obtenham bom desenvolvimento físico, mental, intelectual e moral, foi oferecida a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5097/2014 pela Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP, com a participação do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM como *amicus curiae*. No mérito, a ação pede que seja declarada a inconstitucionalidade parcial quanto à exigência de idade superior a 25 anos ou à existência de dois filhos vivos para a realização da esterilização cirúrgica, e a inconstitucionalidade total do parágrafo 5º. do artigo 10º. da mesma Lei. Em 2018, foi elaborada a ADI 5911, tratando da mesma temática e sendo julgada conjuntamente com a ADI 5097/2014 (Ibdfam, 2021).

4 A NOVA LEI DO PLANEJAMENTO FAMILIAR (14.443/22)

As críticas à legislação pertinente ao planejamento familiar resultaram na elaboração do Projeto de Lei 14.443, em 2022, de autoria da deputada Carmen Zanotto (Cidadania). Em março de 2022, o projeto foi aprovado na Câmara e, em agosto do mesmo ano, no Senado (Senado Notícias, 2022).

Em vigor no primeiro semestre de 2023, a Lei (Brasil, 2022) foi responsável por alterar pontos de discussão e divergência entre os operadores

do direito. Entre as mudanças a serem destacadas, pode ser mencionada a diminuição da idade mínima de homens e mulheres para realização de esterilização voluntária, de 25 para 21 anos. É válido ressaltar que esse limite mínimo de idade não é exigido a quem já tem, ao menos, dois filhos vivos.

Além disso, concretizou a dispensa absoluta do aval do cônjuge para o procedimento de laqueadura e vasectomia, crítica mais recorrente entre os operadores do direito, eis que o antigo dispositivo legal estava estreitamente relacionado ao modelo de família tradicional, inclusive patriarcal.

Uma vez que a responsabilidade quanto à gravidez e à criação dos filhos ainda recaí com um maior peso sobre a mulher, o reflexo de requerer autorização do cônjuge também incide de forma muito mais abrasiva sobre a mulher, pois existe, no imaginário social, o padrão que a vincula à imutável função materna. Além disso, as diversas modalidades de família afastam o antigo entendimento de que, para a construção de uma família, é necessária a procriação. Prova disso é que o estudo “Estatísticas de Gênero – Indicadores sociais das mulheres no Brasil”, relativo ao ano de 2021, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), aponta que a presença de crianças de até 3 anos no domicílio é fator marcante no que tange à determinação da ocupação de mulheres no mercado de trabalho (2021).

Tal presunção não mais pode subsistir atualmente, porquanto as diversas modalidades de família existentes na sociedade contemporânea afastam o entendimento que outrora prevalecia, segundo o qual, para a construção de uma família, era necessária a procriação. O fato da desbiologização dos vínculos materno ou paterno-filiais desde há muito já era percebido por João Baptista Villela (1979, p. 408), para quem “ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir”.

Outra alteração relevante foi o fato de permitir à mulher a esterilização cirúrgica durante o período de parto, procedimento que não era autorizado na lei anterior, exceto em casos de comprovada necessidade, como sucessivas cesarianas anteriores. O procedimento deve observar o prazo mínimo de 60 dias entre a manifestação da vontade e o parto, bem como as devidas condições médicas.

Ainda, o mesmo prazo de 60 dias deve ser observado entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico nos demais casos. Nesse período, é propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, inclusive aconselhamento por equipe multidisciplinar, com vistas a desencorajar a esterilização precoce. A pessoa interessada deverá, ainda, receber informações sobre os métodos contraceptivos reversíveis, como pílulas anticoncepcionais, dispositivos intrauterinos (DIU), entre outros, como também sobre riscos e benefícios da realização da laqueadura ou da vasectomia. Se, ainda assim, decidir pelo procedimento, deverá assinar um termo de consentimento livre e esclarecido, atestando que está ciente de todas as informações fornecidas.

A Lei incluiu o prazo máximo de 30 dias para disponibilização de qualquer método e técnica de contracepção cientificamente aceitos, que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. Reiterou que o processo deve se dar mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

Resta questionar se as mudanças foram efetivas para salvaguardar o direito ao livre planejamento familiar, bem como os direitos sexuais e reprodutivos. Ao analisar-se a questão sob um panorama ampliado, verifica-se que a Lei ainda apresenta pontos que podem ser discutidos, o que, porém, não anula os avanços que, graças à atualização promovida, foram obtidos.

Primeiro, pode-se levar em consideração o paradoxo referente à idade estipulada para fins de esterilização voluntária. Claramente, em comparação à primeira Lei do Planejamento Familiar, de 1996, houve uma melhora significativa. A nova Lei, ao estipular a idade mínima de 21 anos para o procedimento de esterilização voluntária, ponderou que essa seria a idade ideal para que o indivíduo tenha refletido suficientemente sobre suas escolhas e o caminho que deseja tomar quanto à constituição de uma família.

Por outro lado, há uma relativização da capacidade dos indivíduos, pois, frente à tenra idade núbil, conforme dispõe o Código Civil (16 anos), e à idade considerada da capacidade civil plena (18 anos), a Lei acaba não abrangendo todos os indivíduos, que podem arriscar-se em procedimentos clandestinos ou, ainda, privados de um acompanhamento médico de qualidade. Um jovem de 18 anos tem plenitude de direitos

e deveres, mas é privado da integralidade do planejamento familiar. Também há uma desproporção no fato de, aos 16 anos, ser possível contrair casamento e gerar uma família, inclusive ser emancipado, porém não ser capaz de dispor sobre o próprio corpo. Em contrapartida, entende-se que o corpo do adolescente ainda está em formação, inclusive quanto ao aspecto psicológico.

Outro tópico que merece reflexão é a possibilidade, conferida pela Lei, de recorrer-se ao procedimento de esterilização quando se tem ao menos dois filhos vivos. Essa contraposição à idade anteriormente estipulada invalidaria o argumento de que o indivíduo, somente aos 21 anos, seria capaz de tomar decisão tão significativa, eis que o fato de ter dois filhos vivos, independentemente de sua idade, já o capacitaria. Da mesma forma, é válido questionar a razão do número de dois filhos vivos, e não de um, ou de três, ou qualquer outro número, ou ainda, e principalmente, a necessidade de se ter filhos como uma alternativa para realizar o procedimento.

5 CONCLUSÃO

A sociedade evolui rapidamente, e o Direito precisa avançar para regular as relações jurídicas, estabelecer limites e garantir direitos que são conquistados pela sociedade após as mudanças. A evolução promovida pela Lei 14.443/2022 é um exemplo. Proporcionar condições benéficas para a esterilização voluntária permite um maior exercício da autonomia reprodutiva, ou seja, o direito de decidir livremente sobre ter ou não filhos, quando e como ter, consolida um grande passo para a ampliação dos direitos sexuais e reprodutivos.

A Constituição Federal assegura o direito à vida, à saúde, à igualdade, à integridade pessoal e ao tratamento humano e à liberdade de expressão, que se relacionam diretamente com a temática aqui abordada. Sendo assim, as alterações que permitem a laqueadura e a vasectomia sem a necessidade de aval do cônjuge e com redução da idade mínima como requisito apresentam maior consonância com os tratados internacionais e com a legislação brasileira, sob a perspectiva de proteção dos direitos humanos.

Da mesma forma, a nova Lei preocupou-se para que a pessoa esteja plenamente esclarecida sobre suas opções de planejamento familiar e os riscos envolvidos na realização da laqueadura e da vasectomia,

permitindo uma escolha consciente sobre o procedimento. Ademais, determina que os profissionais de saúde sejam capacitados e treinados para prestar informações claras e garantir que a pessoa interessada esteja plena em suas faculdades mentais e seja capaz de expressar sua vontade de forma livre e esclarecida.

Em suma, diante do longo período de estagnação dos direitos do planejamento familiar, a aprovação da Lei 14.443/2022 representa um avanço na garantia dos direitos humanos e na promoção dos direitos sexuais e reprodutivos, ao mesmo tempo em que representa importantes avanços sociais para a sociedade brasileira. É um desfecho para o caminho trilhado em busca da efetivação da dignidade humana e da liberdade individual das pessoas, especialmente em relação às mulheres, considerando que a antiga condição gerava problemas especialmente em casos de violência doméstica, separação, divergências quanto ao planejamento familiar ou relativização das autonomias individuais.

REFERÊNCIAS

ADIADO JULGAMENTO de ADI que questiona consentimento do cônjuge sobre esterilização. **IBDFAM**, 10 dez. 2021. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/noticias/9211/Adiado+julgamento+de+ADI+que+questiona+consentimento+do+c%C3%B4njuge+sobre+esteriliza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 23 abr. 2023.

ALVES, Andrea Moraes. Memória da esterilização feminina: um estudo geracional. **Sociologia & Antropologia**, v. 7, n. 1, p. 187-207, jan. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sant/a/HhscKBBV4YsrL7GdVz6XMQD/?lang=pt>. Acesso em: 23 abr. 2023.

ANCIENT BIRTH Control Methods: How Did Women Prevent Pregnancy Throughout the Ages? **FLO**, 04 fev. 2021. Disponível em: <https://flo.health/menstrual-cycle/sex/birth-control/ancient-birth-controlmethods#:~:text=All%20across%20the%20world%2C%20ancient,of%20these%20E2%80%94%20to%20prevent%20conception>. Acesso em: 23 abr. 2023.

ATTUATI, Carolina *et al.* A origem dos dogmas de inferiorização, opressão e exclusão das mulheres: um olhar a partir do papel da mulher no medievo. **Salão**

do Conhecimento Unijui, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaconhecimento/article/view/7142/5909>. Acesso em: 23 abr. 2023.

BBC News Brasil. 6 métodos estranhos usados no passado para evitar a gravidez. 30 abr. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-48112377>. Acesso em: 23 abr. 2023.

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: 23 abr. 2023.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL. **Lei n. 14.443/2022**. Altera a Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, para determinar prazo para oferecimento de métodos e técnicas contraceptivas e disciplinar condições para esterilização no âmbito do planejamento familiar. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14443.htm. Acesso em: 23 abr. 2023.

DOMINGUES, Carla Letícia. Aborto: da demonização da mulher na Idade Média à criminalização no ordenamento jurídico contemporâneo. **Cadernos Pet Filosofia**, v. 19, n. 1, 2017.

FEDERICI, Sylvia. **Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017.

FIGUEIREDO, Regina; BORGES, Ana Luiza Vilela; BASTOS, Silvia. **A Contracepção de Emergência como Conquista de Direitos Sexuais e Reprodutivos**. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Regina-Figueiredo/publication/308750173_Introducao_-_A_contracepcao_de_emergencia_como_conquista_de_direitos_sexuais_e_reprodutivos/links/57ee62ea08ae886b8973f1d0/Introducao-A-contracepcao-de-emergencia-como-conquista-de-direitos-sexuais-e-reprodutivos.pdf. Acesso em: 23 abr. 2023

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estadísticas de Gênero**: indicadores sociais das mulheres no Brasil. 2021. 2ª ed. p. 3. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf. Acesso em: 08 jul. 2023.

LEI REDUZ idade para laqueadura e dispensa consentimento do cônjuge. **Senado Notícias**, 05 set. 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/09/05/lei-reduz-idade-para-laqueadura-e-dispensa-consentimento-do-conjuge>. Acesso em: 23 abr. 2023.

MUSEUM OF CONTRACEPTION AND ABORTION. Crocodile or elephant dung. Disponível em: <https://muvs.org/en/contraception/barriers/crocodile-or-elephant-dung-id2519/>. Acesso em: 23 abr. 2023.

PEQUENA HISTÓRIA dos anticoncepcionais. **Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM – Reprodução Humana**, 23 jul. 2015. Disponível em: <https://spdm.org.br/blogs/reproducao-humana/pequena-historia-dos-anticoncepcionais/>. Acesso em: 23 abr. 2023.

PETERSEN, Janine. Os feminismos e a polêmica da contracepção no Brasil (1970-1980). **Revista Esboços**, v. 11, n. 11, p. 136-144, 2004. p. 136. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/esbocos/article/view/475>. Acesso em: 23 abr. 2023.

PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA INTEGRAL À SAÚDE DA MULHER/ PAISM. 1983. Disponível em: https://www.cfemea.org.br/plataforma25anos/_anos/1983.php?iframe=lanc_paism_1983. Acesso em: 23 abr. 2023.

ROBERTSON, William H. **An Illustrated history of contraception**: a concise account of the quest for fertility control. 1921. The Parthenon Publishing Group. p. 53. Disponível em: <https://www.muvs.org/media/pdf/an-illustrated-history-of-contraception.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2023.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 21, p. 400-418, 1979. p. 408. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/62>. Acesso em: 08 jul. 2023.

SOUZA, Natália Esteves de; MOURA, Karina Gusmão. O consentimento do cônjuge na esterilização voluntária. **IBDFAM**, 18 maio 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1448/O+consentimento+do+c%C3%B4njuge+na+esteriliza%C3%A7%C3%A3o+volunt%C3%A1ria>. Acesso em: 23 abr. 2023.

USHIKUSA, Thaís Emy. Contraceção pode salvar vidas: a história dos métodos anticoncepcionais. **Gineco.com**. Disponível em: <https://www.gineco.com.br/saude-feminina/materias-2/contracepcao-pode-salvar-vidas-a-historia-dos-metodosanticoncepcionais#:~:text=Os%20eg%C3%ADpcios%20foram%20reconhecidos%20como,subst%C3%A2ncias%20que%20neutralizavam%20os%20espermatozoides>. Acesso em: 23 abr. 2023.

PREÇO DO CUIDADO E AS CONSEQUÊNCIAS DO CAPITAL INVISÍVEL DA MATERNIDADE

MARINA MARQUES GONTIJO¹

1 INTRODUÇÃO

O capital invisível da maternidade representa um componente essencial e muitas vezes subestimado pela sociedade. À medida que o mundo evolui, as mulheres desempenham papéis multifacetados, não apenas como profissionais, mas também como mães sendo este o ponto principal de análise na presente pesquisa. O conceito de capital invisível abrange uma série de recursos intangíveis, não diretamente mensuráveis em termos financeiros, que as mães contribuem para suas famílias, comunidades e, por extensão, para a economia e o meio social.

O trabalho não remunerado, o cuidado com os filhos, o suporte emocional, a transmissão de valores e conhecimentos, a dedicação ao lar e ao marido são apenas algumas das facetas desse capital muitas vezes invisível que passa de forma despercebida, mas que sobrecarrega essas mulheres.

Neste artigo, será explorado o conceito do capital invisível da maternidade analisando seu impacto nas vidas das mães e da sociedade. Serão abordadas as implicações sociais, econômicas e culturais desse capital negligenciado a fim de demonstrar como elas impactam na vida das mulheres e que sua valorização e reconhecimento são cruciais para promover a igualdade de gênero, o bem-estar das famílias e o desenvolvimento de uma sociedade mais igualitária. Além disso, serão apresentadas as políticas públicas e as mudanças necessárias para reequilibrar a equação

1 Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões. Integrante do Grupo de Pesquisa sobre “Família, Sucessões, Criança e Adolescente e Constituição Federal”, junto ao Programa de Mestrado em Direito da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa. Advogada. Membro do IBDFAM. Endereço eletrônico: marina.gontijo.adv@gmail.com.

do trabalho não remunerado e o empoderamento das mães em nossa sociedade em constante evolução.

Para atingir o objetivo traçado, essa pesquisa se baseou na revisão bibliográfica de publicações na seara jurídica como doutrinas, leis e artigos científicos sobre o tema abordado.

2 DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO

O papel da mulher é fator indiscutível ao desenvolvimento da sociedade e da economia, isso porque é através do capital invisível da maternidade que outros membros da família, conseguem desempenhar suas funções remuneradas e realizam suas atividades com eficácia no ambiente externo ao lar. Essas contribuições, no entanto, não são reconhecidas da mesma forma que o trabalho remunerado, o que pode levar à desvalorização das mães e à falta de apoio adequado.

Sob uma perspectiva de senso de justiça, é inadmissível que se desconsidere as repercussões negativas que a sobrecarga dos trabalhos maternos e domésticos traz para os sonhos, projetos, saúde física, mental, e evolução profissional das mães, sendo clara que essa situação tem sua base na desigualdade de gênero pautada em uma cultura que ainda chancela que o dever de cuidado deve ser direcionado as mulheres fazendo com que sejam sobrecarregadas por duplas e triplas jornadas, enquanto ao homem é reservado pequeno espaço nas tarefas domésticas e de responsabilidade com a prole.

A normalização dessa situação dá ao homem a chance de almejar progressões na carreira sem se preocupar com o cuidado com os filhos e com o lar, por exemplo, enquanto a mulher fica com um espaço de retaguarda onde deve apoiar e cuidar de tudo, abrindo mão muitas vezes de seus sonhos e carreiras em troca do cuidado com os filhos e a família, para que esse marido possa desempenhar seu papel na sociedade como provedor e profissional de sucesso. Cuidar de uma criança é dever parental que não deveria ser visto como uma atribuição de gênero, no entanto, não é o que se verifica na prática.

Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio de 2009, 90% das mulheres ocupadas realizam tarefas domésticas além da jornada de trabalho, enquanto esta proporção era de 49,7% entre os homens (IBGE,

2009, p. 20). Observa-se que a maioria das mulheres hoje, especialmente as de classes mais baixas, estão divididas entre o cuidado da família e o exercício da profissão, na chamada dupla jornada. Nesse contexto, a maternidade passou a ser fator determinante da inserção e permanência da mulher no mercado de trabalho.

Historicamente, verifica-se que a igualdade de gêneros no Brasil apenas foi reconhecida com a Constituição Federal de 1988 e, civilmente, com o Código Civil de 2002, momento em que foram atribuídas as mesmas liberdades e responsabilidades para homens e mulheres. Muito embora a Constituição Federal de 1988 tenha sido um avanço, foi apenas com o Código Civil de 2002 que expressões como “pátrio poder” e “chefe de família” foram substituídos por “poder familiar” referindo-se ao casal como todo (Tosi 2017, p. 62). À vista disso, a linha do tempo em relação à tamanha desigualdade pode ser sintetizada da forma a seguir:

Durante muito tempo a família foi patriarcal, o homem era a autoridade e a esposa e filhos seus subordinados. Neste período, o objetivo primordial do casamento era a transmissão de bens. Em um segundo momento, a família passou a embasar sua formação na afetividade e, em um terceiro momento, a partir dos anos 60 privilegiou-se a realização do indivíduo, o que permitiu considerações sobre as possibilidades de desquite, separação e divórcio, bem como a facilitação destes institutos.

Ao trazer esse ponto para o Direito de Família, há uma excessiva naturalização dos deveres de cuidado direcionados às mulheres e uma inviabilização do capital investido na maternidade. Isto é, as mulheres costumam ser sobrecarregadas com o cuidado com os filhos e com o lar, enquanto que os homens são encorajados há monetizar as horas úteis do seu dia. Analisando por essa vertente, ainda pode existir aqueles que enxergam tal afirmação como exagero ou, até mesmo, como um argumento exclusivo da “quarta onda feminista”². Ao fazer a leitura de um artigo

2 A luta das mulheres passou por mudanças relevantes com a popularização da internet e das redes sociais, isto é, mulheres de diferentes origens, etnias e classes sociais passaram a se conectar e se fortalecer em prol do mesmo objetivo. Por isso, alguns pesquisadores entendem que o feminismo no século XXI já não é mais como o das décadas passadas, de forma que representa uma nova fase do movimento, a chamada quarta onda feminista.

publicado em 1974, pelo autor Alan Freiden³, nota-se que para muitos, infelizmente, o papel da mulher na família era cuidar do trabalho doméstico e proporcionar o bem-estar familiar, enquanto que o do homem era prover através dos ganhos do trabalho externo.

Retomando para os dias atuais, por mais que tenha havido uma evolução nesse sentido, nota-se que ainda é possível observar o mesmo problema. Em 2019, em um artigo publicado na internet, Ana Lucia Dias da Silva Keunecke, traz a seguinte indagação:

[...] uma criança, para seu pleno desenvolvimento e assegurando-lhe a prioridade absoluta que a lei confere, necessita muito mais do que a matéria para viver. Precisa de atenção, olhar, direcionamento, cuidados diários, que alguém – em razão da vulnerabilidade da criança – esteja responsável por ela. Quase que em sua totalidade a responsável é a mãe ou uma figura feminina da família. Ora, se assim acontece – e é público e notório que de fato é assim – porque não considerar o tempo investido nessa educação no cálculo dos alimentos? (Keunecke, 2019).

O questionamento é válido quando se verifica que o próprio Poder Judiciário propaga uma relação desigual entre os genitores, ao colocar a genitora na função de cuidadora, sem considerar a sobrecarga que vem com essa atribuição. Ao falar de pensão alimentícia, habitualmente o magistrado considera as despesas materiais e utiliza o trinômio (necessidade, possibilidade e proporcionalidade), muito embora seja claro e evidente que uma criança/adolescente necessita de outras demandas, sem contar ainda a possibilidade de se remunerar o genitor que dedica cuidados exclusivos a prole. Para que se entenda sobre o objeto do presente trabalho, é necessária compreensão acerca da divisão sexual do trabalho. (Dias, 2020, p. 59)

O referido conceito sustenta que existe uma diferença de poder entre mulheres e homens e que o ocultamento do trabalho não remunera

3 “Explica que quando o homem recebe um salário maior do que o da mulher trabalhando há ganhos no casamento quando ele se especializa no trabalho externo e ela no trabalho doméstico para aumento do bem-estar familiar. Freiden (1974, p. 35) indica que nenhum “macho” aceitará um ganho menor do que o que ele pode conseguir sozinho e o que espera com o casamento é um aumento de bem-estar, não apenas com valores, mas nas vantagens da divisão de tarefas com base na especialização e no seu proporcional ganho.”

rado das mulheres, por trás do disfarce da inferioridade natural, tornou possível a sobrevivência do capitalismo. A referida terminologia foi utilizada, portanto, para designar uma repartição das tarefas entre homens e mulheres (Federici, 2017, p. 232-234).

A divisão sexual do trabalho é a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais de sexo; essa forma é historicamente adaptada a cada sociedade. Tem por características a destinação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a ocupação pelos homens das funções de forte valor social agregado (políticas, religiosas, militares etc.) (Kergoat, 2009, p. 67).

A divisão sexual do trabalho foi objeto de pesquisa em diversos países, mas foi na França, no início dos anos 1970, que o paradigma da divisão sexual do trabalho fortaleceu o debate sobre o trabalho da mulher nos espaços público e privado (Castro, 1992, p. 80-105).

Esse conceito sustenta a construção social que destina os homens, prioritariamente, à esfera produtiva e às funções de forte valor social agregado, ao passo que, às mulheres, é reservada a atividade reprodutiva (Hirata, 2007, p.2).

Significa dizer que a atividade feminina continua concentrada em setores como serviços sociais, pessoais, saúde e educação. Isso porque, em que pese as tendências recentes para a inovação no trabalho feminino, com relação ao trabalho doméstico, as mudanças são menores e muito mais lentas (Hirata, 2009, p. 24-41).

Uma das principais justificativas ideológicas para a divisão sexual do trabalho é a naturalização da desigualdade que atribui a uma essência biológica a construção do masculino e feminino no trabalho. A emergência desse conceito teve um papel muito importante para questionar a destinação dos trabalhos produtivos aos homens e a destinação prioritária para as mulheres ao trabalho reprodutivo.

Como contrapartida dessa associação, aos homens cabe o trabalho produtivo, ou seja, trabalhar para o sustento da casa e da família. Essas associações estão ligadas a tal ponto que a proposta de que os homens não trabalhem e cuidem da casa e dos filhos é inconcebível para muitos, quer sejam mulheres ou homens. São dois os princípios organizadores desta divisão, segundo Hirata: o da separação existem trabalhos de ho-

mens e outros de mulheres e o da hierarquização um trabalho de homem “vale” mais do que um de mulher (Hirata, 2009, p. 24-41).

O “trabalho reprodutivo” é aqui entendido como o trabalho da manutenção da vida e reprodução das pessoas, ou seja, aquele que envolve um conjunto de atividades realizadas na esfera privada e familiar sem as quais a reprodução humana não estaria assegurada, como o cuidado com os filhos e dependentes e as tarefas domésticas (limpeza da casa, preparo das refeições, etc.). “Trabalho doméstico” não remunerado, “cuidados” ou “atividades / tarefas de manutenção da casa e dos filhos” têm aqui o mesmo sentido de “trabalho reprodutivo”, opondo-se ao trabalho produtivo, ou seja, aquele que resulta na produção de bens ou serviços com valor econômico no mercado, também chamado de “trabalho remunerado” (ainda que possa não ser de fato remunerado).

3 FORMAS DO TRABALHO FEMININO E SEUS IMPACTOS NA VIDA DAS MULHERES

O valor econômico do trabalho materno é muitas vezes subestimado e não devidamente reconhecido, no entanto, as mulheres e principalmente as mães desempenham uma série de funções vitais na economia e na sociedade, que não podem passar despercebidos. Segundo dados da Organização das Nações Unidas Mulheres, o trabalho doméstico não remunerado representa até 39% do PIB dos países, sendo que esse trabalho de cuidado não remunerado e o trabalho doméstico suprem carências em matéria de serviços públicos e infraestrutura, e são realizados majoritariamente por mulheres, sendo uma carga e uma barreira injustas para a igualdade de participação no mercado de trabalho e na igualdade de remuneração.

Partindo dessa premissa, o trabalho materno não remunerado tem um impacto na vida das mulheres que se pode deixar de analisar, citando quais as formas de contribuição dos cuidados majoritariamente femininos, no lar, na sociedade e na economia na totalidade.

O trabalho doméstico não remunerado na maioria das vezes desempenhado por mulheres faz com que elas tenham um papel fundamental na manutenção do lar, realizando tarefas como limpeza, cozinha, cuidados com os filhos e gerenciamento das finanças familiares. Tudo isso economiza dinheiro que a família teria que gastar com serviços pagos, assim contribui diretamente na economia do lar, muito embora seja

exaustivo e invisível, uma vez que é visto como obrigação apenas da mulher, principalmente se ela não trabalhar fora.

Além disso, as mães são em sua maioria responsáveis pela criação de capital humano, já que seu investimento na educação e desenvolvimento de seus filhos é crucial para o futuro da força de trabalho, uma vez que as habilidades e valores transmitidos tem impacto duradouro nas perspectivas econômicas de seus filhos.

Lado outro, dispensa cuidados de saúde que obviamente não são remunerados, já que, muitas vezes, assumem o papel de cuidadoras primárias quando membros da família ficam doentes, além de fornecerem apoio emocional e mental valioso para suas famílias, o que é crucial para o bem-estar de todos os membros da família e, contribui indiretamente, para seu desempenho econômico sem falar no envolvimento comunitário, já que não raras às vezes muitas mães também contribuem para suas comunidades por meio de atividades voluntárias, o que pode ter um impacto econômico positivo em termos de fortalecimento dos vínculos sociais. No entanto, todas essas funções têm um preço, que não se trata apenas de custo financeiro. O impacto do trabalho não remunerado, da maternidade e do dever de cuidado na vida das mulheres é uma realidade significativa e multifacetada que molda suas experiências pessoais e profissionais de maneira profunda que traz consigo consequências que podem ser irreversíveis se não tratadas a tempo.

Em primeiro lugar, as mães frequentemente enfrentam uma carga desproporcional de responsabilidades domésticas e de cuidados, o que pode limitar suas oportunidades de desenvolvimento de carreira. Isso pode resultar em menos tempo disponível para buscar oportunidades de trabalho remunerado e, em última análise, afetar seus ganhos ao longo da vida, abrindo caminho para dependência financeira, vulnerabilidade econômica e em alguns casos violência das mais variadas formas. Dessa forma, o trabalho materno não remunerado pode ter um impacto na saúde física e mental das mulheres. O estresse e a exaustão resultantes da conciliação de múltiplas responsabilidades podem levar a problemas de saúde e a um aumento dos níveis de estresse, afetando negativamente sua qualidade de vida. A falta de reconhecimento e valorização do trabalho não remunerado da maternidade pode gerar um sentimento de subestimação e invisibilidade nas mulheres, impactando sua autoestima e senso de realização. Isso

pode ter implicações em sua confiança para buscar oportunidades profissionais e o pleno desenvolvimento de seu potencial que se somado aos impactos ocasionados a saúde mental, pode levar a depressão.

4 PROTOCOLO DE JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO E O CAPITAL INVISÍVEL DA MATERNIDADE

O protocolo de julgamento com perspectiva de gênero foi criado em 2021 como mais um instrumento que visa alcançar a igualdade de gênero, atendendo ao objetivo de Desenvolvimento Sustentável – ODS 5 da Agenda 2030 da ONU, à qual se comprometeram o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça. Visto inicialmente como uma recomendação, em 14 de março de 2023, após votação unânime, tornou-se obrigatório, por meio da Resolução 492 do Conselho Nacional de Justiça, trazendo considerações teóricas e práticas nas questões de gênero para que os julgamentos não incorram na repetição de estereótipos e na perpetuação de diferenças, buscando isonomia e nortear o judiciário.

Portanto, ao tomar decisões, os tribunais brasileiros devem considerar as especificidades das pessoas envolvidas, a fim de evitar a perpetuação de atitudes preconceituosas e discriminatórias com base em gênero e outras características. A igualdade de gênero, além de ser um direito humano básico, previsto na Constituição Federal, é considerada um dos pilares para a construção de uma sociedade livre.

A abordagem feita através do protocolo reconhece que as experiências e desafios enfrentados por indivíduos podem variar significativamente com base no seu gênero e que as estruturas judiciais devem levar isso em consideração, já que os tribunais devem estar atentos às formas como o gênero pode influenciar o tratamento de uma pessoa perante a lei.

Quando a discussão é acerca do reconhecimento do “capital invisível da maternidade”, o tema trata do conjunto de desafios e discriminações que as mães enfrentam na sociedade e que muitas vezes são invisíveis ou ignorados pelos sistemas judiciais. São mães que frequentemente enfrentam obstáculos no mercado de trabalho, como salários mais baixos e oportunidades limitadas de carreira, devido a expectativas culturais e sociais sobre seu papel na criação dos filhos. Além disso, questões relacionadas à custódia de crianças em casos de divórcio ou separação podem ser particularmente desafiadoras para as mulheres.

A implementação do protocolo reconhece esses desafios e busca mitigar qualquer viés de gênero que possa afetar o resultado de um julgamento. Isso significa que os tribunais devem considerar cuidadosamente as circunstâncias individuais de cada caso e as implicações de gênero que podem estar em jogo. É uma abordagem importante para garantir que a justiça seja verdadeiramente cega ao gênero, que todas as pessoas, incluindo as mães, recebam um tratamento justo perante a lei.

Além disso, o protocolo de julgamento com perspectiva de gênero também busca educar os profissionais do direito sobre as questões de gênero e maternidade, para poderem tomar decisões informadas e sensíveis a essas questões. Isso envolve a sensibilização para as realidades da maternidade e como ela pode afetar a vida das mulheres de maneiras complexas e multifacetadas, bem como a promoção de cursos de formação inicial e continuada, que devem incluir conteúdos relacionados a direitos humanos, gênero e raça e etnia, conforme as diretrizes estabelecidas no protocolo.

Em resumo, o protocolo de julgamento com perspectiva de gênero é mais uma ferramenta na busca pela promoção a igualdade de gênero no sistema legal, reconhecendo e abordando as questões específicas enfrentadas pelas mulheres, incluindo o capital invisível da maternidade. Ao adotar essa abordagem, os tribunais podem trabalhar para garantir que todas as pessoas tenham acesso à justiça e sejam tratadas com equidade, independentemente de seu gênero ou status parental.

5 MECANISMOS PARA AMENIZAR IMPACTOS DA SOBRECARGA DE TRABALHO

Primeiramente, programas de licença-maternidade remunerada são essenciais para permitir que as mães cuidem de seus filhos nos primeiros meses de vida, enquanto mantêm uma segurança financeira. Isso reconhece o valor do trabalho materno e ajuda a construir um capital humano saudável e ainda ajuda a minimizar gatilhos de violência patrimonial que possam surgir, dada a dependência econômica financeira, que a saída da mulher do mercado de trabalho pode gerar.

Tudo isso porque, ao mesmo tempo em que essa mulher se afasta do mercado de trabalho para se dedicar ao cuidado do lar e dos filhos, surge uma dependência financeira tendo em vista que nesse momento

passa a depender do marido ou de outros membros da família para ter provido o seu sustento e do filho, essa situação pode acabar por desencadear uma vulnerabilidade que não raras às vezes é usada como meio de perpetração de violência.

Além disso, políticas de creche acessíveis e de qualidade são fundamentais, já que permitem que as mães retornem ao trabalho, se desejarem, sabendo que seus filhos estão bem cuidados. Essa infraestrutura de apoio não só através de creches, mas também por meio de incentivo das empresas e órgãos públicos, não apenas alivia o fardo do trabalho materno, mas também aumenta a participação das mulheres no mercado de trabalho, contribuindo positivamente para a economia, isso porque a falta de rede de apoio para os cuidados com o filho é um dos fatores determinantes para que as mulheres possam voltar ao mercado de trabalho, já que a maioria não tem com quem deixar os filhos e acabam por permanecer em casa.

Outra medida importante é o reconhecimento do trabalho não remunerado na contabilidade nacional. Isso envolve a valorização do trabalho doméstico e do cuidado, dando-lhe visibilidade na economia. Além disso, políticas que promovem a igualdade de gênero no local de trabalho e facilitam a flexibilidade no horário de trabalho ajudam as mães a equilibrar suas responsabilidades familiares e profissionais.

Por último, a educação e a conscientização sobre a importância do “capital invisível” da maternidade também são essenciais. Isso pode envolver campanhas de sensibilização e programas educacionais que destacam o valor do trabalho materno e o impacto econômico positivo que ele tem. Em conjunto, essas políticas podem não apenas apoiar as mães, mas também fortalecer a economia e promover a igualdade de gênero em toda a sociedade. O investimento de tempo que as mulheres dedicam na criação dos filhos é inestimável e deve ser valorizado em todos os âmbitos da sociedade, inclusive pelo poder judiciário, isso porque ele deve ser levado em consideração no momento de fixação da pensão alimentícia se prestando a compensar financeiramente o genitor que detém de forma exclusiva a prole, em sua maioria as mulheres já que o mais comum é a guarda unilateral destinada à mãe ou compartilhada, porém, com fixação do lar de referência materno.

Dessa forma, é válido reconhecer como devido que, no momento do cálculo da pensão alimentícia, seja levado em consideração uma compensação financeira ao genitor incumbido da guarda do filho menor e da gestão da pensão alimentícia. Vale ponderar que não está se discutindo sobre o preço do amor e do cuidado, mas sim o múnus que é exercer essa função de forma integral e exclusiva. (Rosa, 2021, p.769-770). Trata-se, porém, de se fazer justiça ao fato de que o exercício da guarda, consome grande energia e tempo do genitor, guardião que, por vezes, tem de abdicar de projetos pessoais na sua profissão e até no seu lazer para cuidar do filho.

Esses sacrifícios pessoais, obviamente, importam prejuízos financeiros, emocionais e físicos à mulher, os quais não aconteceriam se não estivesse a cumprir o seu múnus ou poderiam ser minorados caso houvesse alguém para compartilhar de fato essas responsabilidades, assim poderia dedicar seu tempo, sua energia e seu talento para outras atividades. Esse sacrifício pessoal é, plenamente, passível de ser objeto de eventual compensação financeira, que estaria embutida na própria pensão alimentícia, ou ainda que seja calculado e fixado em ação própria, como forma de reparar o grande esforço dedicado a exaustiva tarefa da criação. (Oliveira, 2020, p.16-19). O valor da compensação deverá ser fixado pelo juiz de forma equitativa à luz do caso concreto, observando a condição financeira das partes e a intensidade de dedicação exigida do genitor guardião, o valor da compensação financeira poderá ser maior a depender das particularidades do caso concreto. Em alguns casos o genitor guardião, sozinho, dedica-se integralmente ao filho menor pelo fato de este ter alguma vulnerabilidade, como se dá nos casos de uma criança que seja portadora de alguma necessidade especial, que tenha alguma síndrome ou faça parte do espectro autista, nesse caso a depender da rotina de cuidados existe a impossibilidade total de se trabalhar fora uma vez que é preciso cuidar de forma integral da criança.

Portanto, não se pode ignorar o fato de o genitor que se encontra nesta situação tem que renunciar a alguns projetos pessoais, e que essa dedicação, ainda que feita por amor e zelo que se tem na maioria das relações familiares devem ser compensadas de forma adequada e razoável, evitando um desequilíbrio das funções parentais e uma sobrecarga nociva que na maioria das vezes atinge as mães. Atualmente, esse assunto vem sendo tratado de forma mais frequente e as questões que versam sobre gênero tem tido maior visibilidade, no entanto, é necessário prosseguir

com o debate para que ele se alcance mais avanços do ponto de vista prático como foi o caso da implementação e obrigatoriedade do protocolo de julgamento com perspectiva de gênero.

Ainda, assim, é possível encontrar decisões como exemplo à decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª região que aplicou o protocolo de julgamento com perspectiva de gênero para reconhecer a qualidade de segurado de uma mulher que teve que sair do emprego, pois não tinha ninguém para cuidar do filho. Nesse sentido, o magistrado reconheceu que: “No presente caso, é perfeitamente possível compreender que a alegação da autora de que saiu do último emprego por conta das dificuldades de encontrar alguém para acompanhar seu filho no horário não escolar é absolutamente razoável, e retrata a infeliz realidade social em que a responsabilidade de cuidar dos filhos na infância é atribuída, de modo absolutamente desproporcional, às mulheres”, disse João Augusto Carneiro de Araújo, juiz da 1ª Vara Federal de Caçador em Santa Catarina.

Segundo o Magistrado, “em regra [seria possível] concluir que a autora não comprovou a situação de desemprego involuntário, pois não houve uma conduta ativa com a intenção de retornar ao mercado de trabalho e estabelecer um novo vínculo empregatício”. Entretanto, “essa não seria a melhor interpretação da legislação previdenciária à luz da prova produzida nos autos”.

O Conselho Nacional de Justiça recomenda aos membros do Poder Judiciário a observância do Protocolo de Gênero, que “consiste na orientação para prolação de decisões judiciais que realizem o direito à igualdade e a não discriminação de todas as pessoas, de modo que o exercício da função jurisdicional se dê para concretizar um papel de não repetição de estereótipos e de não perpetuação de diferenças, constituindo-se um espaço de rompimento com culturas de discriminação e de preconceitos”, explicou o juiz.

Desse modo, “entendo que a prova oral produzida em audiência de instrução e julgamento corroborou as alegações da demandante de que mantinha a qualidade de segurada na data do parto, em razão do direito à prorrogação do período de graça pelo desemprego involuntário, a teor do § 2º do art. 15 da Lei n.º 8.213/91”, decidiu o juiz.

Na sentença, o magistrado lembrou, também, que a recomendação “expressa o exato conteúdo e alcance do disposto no art. 5º da Lei de

Introdução às normas do Direito Brasileiro, que dispõe sobre o dever de o julgador, na aplicação da lei, atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, assim como está em consonância com o objetivo n.º 5 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas)”.
A exemplo da decisão acima citada existe também um projeto de lei 3062/21 elaborado deputado Paulo Bengtson do Partido Trabalhista Brasileiro-PA, o qual dispõe sobre o cálculo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social e assegura adicional no valor do benefício no caso de mulheres que se dedicam ao cuidado de filhos.

Para as mulheres que tenham se dedicado ao cuidado de filhos serão acrescidos até dez pontos percentuais no valor do benefício nas seguintes situações, consideradas em conjunto para efeito do limite de acréscimo: I – dois pontos percentuais por filho ou filha nascido vivo; II – quatro pontos percentuais por criança adotada; e III – dois pontos percentuais adicionais aos previstos nos incisos I e II quando o filho ou filha nascido vivo ou criança adotada for inválido, ou tiver deficiência intelectual, mental ou grave.

A justificativa do projeto se baseia na ideia de que “a sociedade precisa oferecer a proteção social adequada para as mulheres que se dedicam ao cuidado de filhos. Sabe-se que essas mulheres possuem jornadas extensas de trabalho, seja somando o tempo que se dedicam a uma atividade remunerada com a tarefa de cuidado da casa e dos filhos, ou mesmo somando as horas daquelas que, embora não exerçam atividade remunerada, permanecem em casa e precisam conciliar as tarefas domésticas e o tempo de cuidado aos filhos. De acordo com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Anual do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, de 2019, “Em média, mulheres dedicam 10,4 horas por semana a mais que os homens aos afazeres domésticos ou ao cuidado de pessoas”.

É por essa razão que, mesmo diante da reforma recente do sistema previdenciário, manteve-se o reconhecimento do direito de a mulher se aposentar em idade inferior à do homem. Restou assegurado às mulheres o direito a se aposentarem aos 62 anos, ou seja, 3 anos antes dos homens, em reconhecimento ao desgaste a que são submetidas em face da

dupla jornada de trabalho. No entanto, acredita-se que é possível avançar na proteção oferecida às mulheres, em especial àquelas que se dedicam ao cuidado de filhos.

Outro projeto de Lei n.º 2757/2021 foi proposto pela deputada Talíria Petrone (Partido Socialismo e Liberdade/RJ) para criar a aposentaria para mulheres com 60 anos ou mais que não completaram o tempo necessário de atuação no mercado para se aposentar devido à maternidade. O tempo gozado de licença maternidade será computado para fins de aposentadoria e se aprovado irá alterar a Lei n.º 8.213/1991, que trata dos Planos de Benefícios da Previdência Social.

A Argentina, por exemplo, já reconhece a tarefa de ser mãe para fins previdenciários desde agosto de 2021, no país a mulher precisa de 30 anos de contribuição para aposentar, ocorre que grande parte das mulheres, quando se dedicam ao cuidado dos filhos, permanece um bom tempo fora do mercado de trabalho e, portanto, não consegue alcançar o requisito mínimo de tempo de contribuição exigido, dessa forma a regra adotada no país tem por objetivo assegurar que as mulheres consigam somar tempo suficiente para obter a aposentadoria utilizando o tempo dedicado a criação dos filhos.

As regras são distintas conforme a quantidade de filhos, e se os mesmos são biológicos, adotivos ou se são pessoas com deficiência. Assim, na hora de se aposentar as mães podem deduzir um ano de contribuição para cada filho biológico, dois anos de contribuição para cada filho adotivo e três anos de contribuição para cada filho com deficiência.

6 CONCLUSÃO

O trabalho não remunerado das mães e o capital invisível da maternidade revela um quadro claro e inegável: a contribuição das mães para a sociedade e a economia é profunda e fundamental, apesar de passar frequentemente despercebida e subvalorizada. O trabalho incansável das mães em tarefas domésticas, cuidado infantil e educação de seus filhos é pilar essencial na construção do capital humano e social da sociedade, devendo ser reconhecido, para fins econômicos e previdenciários. Isso porque, se gera benefícios financeiros e é fato que compõe na maioria a econômica de uma sociedade, não pode ser negada sua característica comercial, devendo ser atribuído a essa forma de trabalho todos os direitos a ele inerentes.

Este estudo destaca a necessidade premente de reconhecer e valorizar adequadamente o trabalho materno não remunerado, não apenas políticas que apoiem as mães em sua jornada multifacetada, como licenças, maternidade remunerada, creches acessíveis e flexibilidade no local de trabalho, mas também a incorporação desse trabalho invisível nas estatísticas econômicas e na tomada de decisões políticas para dar visibilidade ao assunto, garantindo uma discussão que leve a garantia de direitos a todas as mulheres que dispõem cuidados inesgotáveis na criação dos filhos e no cuidado ao lar e a família.

Além disso, a conscientização pública sobre o “capital invisível” da maternidade é crucial. À medida que a sociedade compreende o valor econômico do trabalho das mães, caminha-se em direção a uma realidade em que todas recebam o reconhecimento e o apoio. Não se trata apenas de equidade de gênero, mas de fortalecer nossa economia e construir um futuro mais sustentável e igualitário para todos. Portanto, é imperativo que se avance em direção a uma sociedade que não apenas respeite, mas também celebre o trabalho das mães e mulheres como uma força motriz invisível e vital de nossa prosperidade coletiva.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Maria Betânia; FERREIRA, Verônica. **Trabalho remunerado e trabalho doméstico - uma tensão permanente**. ONU MULHERES: Recife, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/hfkrxjk394hGLSK8W8fyCsR/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero**, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 22 set. 2023.

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/constituicaocompilado.htm. Acesso em 20 de set. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Dispo-

nível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2757/2021, de 2 de agosto de 2021. Altera a Lei nº 8213/1991, de 24 de julho de 1991 para dispor sobre a aposentadoria por cuidados maternos. [S. l.], 2 ago. 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2054102&filename=PL%202757/2021. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Projeto de lei nº 3062/21, de 2 de setembro de 2021. Dispõe sobre o cálculo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social e assegura adicional no valor do benefício no caso de mulheres que se dedicam ao cuidado de filhos. [S. l.], 2 set. 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2068290&filename=PL%203062/2021. Acesso em: 23 set. 2023.

DIASKEUNECKE, Ana Lúcia Dias das Silva. **O capital investido na maternidade**. In:

CARTA CAPITAL, 03 mai. 2019. Carta Capital. 2019. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/opinia/o-capital-invisivel-investido-na-maternidade/>>. Acesso em: 16 set.2023.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos – Direito, Ação, Eficácia, Execução**. 3. ed, juspodvim,2020.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. Tradução de Coletivo Sycorax. São Paulo: Editora Elefante, 2017. Disponível em: http://coletivosycorax.org/wp-content/uploads/2019/09/CALIBA_E_A_BRUXA_WEB-1.pdf. Acesso em: 24 set. 2023.

FEDERICI, Silvia. **O ponto zero da revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista**. São Paulo: Elefante, 2019. Disponível em: http://coletivosycorax.org/wp-content/uploads/2019/09/Opontozerodarevolucao_WEB.pdf. Acesso em: 22 set. 2023.

GUEDES, Olegna de Souza; DAROS, Michelli Aparecida. **O cuidado como atribuição feminina: contribuições para um debate ético**. Serviço Social em Revista, [S. l.], v. 12, n. 1, p. 122–134, 2009. DOI: 10.5433/1679-4842.2009v12n

1p122. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/10053>. Acessado em 17 de set.2023.

HIRATA, Helena. A precarização e a divisão internacional e sexual do trabalho. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 11, n. 21, p. 24-41, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/TFYst3YmzhMvgZxJpXC983R/?lang=pt&format=pdf> Acesso em: 16 set. 2023.

HIRATA, Helena. Globalização e divisão sexual do trabalho. **Cadernos Pagu**, n. 17-18, p. 139-156, 2002.

HIRATA, Helena. Globalização, Trabalho e Gênero. **Revista de Políticas Públicas**, Universidade Federal do Maranhão, v. 9, n. 1, p. 111-127, jul./dez. 2005. Disponível em: <http://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/3770/1848> Acesso em: 16 set. 2023.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. **Cadernos de Pesquisa**, Fundação Carlos Chagas, São Paulo, v. 37, n. 132, p. 595-609, set./dez. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/cCztcWV-vvtWGDvFqRmidsBWQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 set. 2023.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2016-2019**. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. 4/6/2020. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=de_talhes&id=2101722. Acesso em: 22 set. 2023.

KERGOAT, Daniele. Divisão sexual do trabalho e as relações de sexo. **Dicionário crítico do feminismo**. Ed. UESP, p. 67. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/345998/mod_resource/content/0/KERGOAT.%20Divisao%20sexual%20do%20trabalho%20e%20relacoes%20sociais%20de%20sexo.pdf. Acesso em 20 set. 2023.

KEUNECKE, Ana Lucia Dias da Silva. **O capital invisível investido na maternidade**. Carta Capital. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/opinio/o-capital-invisivel-investido-na-maternidade/>. Acesso em: 20 set. 2023.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Questões polêmicas sobre a irrepeticibilidade dos alimentos no Direito de Família**. Brasília: Núcleo de Estudos e

Pesquisas/CONLEG/Senado, Agosto 2020 (Texto para Discussão nº 283). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td283>. Acesso em 23 set.2023.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 8 ed. Salvador: Juspodvm, 2021.

ROSA, Luciana. A Argentina passa a reconhecer a dupla jornada feminina nos cálculos para a aposentadoria. **Carta Capital**, 22 ago. 2021. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/mundo/a-argentina-reconhece-a-dupla-jornada-feminina-como-tempo-de-servico-para-aposentadoria/>. Acesso em: 17 set. 2023.

TOSI, Caroline Hammerschmidt Amaro; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Teoria econômica do namoro e do matrimônio: formação do processo decisório e suas consequências jurídico-econômicas. **R. de Dir. Empresarial**, Belo Horizonte, a. 14, n. 2, maio/ago. 2017.

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira; LACERDA, Bárbara Figueiredo Miguel de; OLIVEIRA, Renata Cerqueira Nabuco; ANDRADE, Tales Almeida; LACERDA, Vinícius Matias Figueiredo de. Vínculo empregatício entre cônjuges e a Teoria do Capital Invisível Investido na Maternidade. **Rev. TST**, Porto Alegre, vol. 89, nº 1, p. 184-204, jan./mar. 2023. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/217734/2023_wyzykowski_adriana_vinculo_empregaticio.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=A%20Teoria%20do%20Capital%20Invis%C3%ADvel%20Investido%20na%20Maternidade%20exp%C3%B5e%20a%20igualdade%20entre%20os%20g%C3%AAneros. Acesso em: 22 set. 2023.



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)