

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
ROGÉRIO GESTA LEAL
HANDEL MARTINS DIAS
Organizadores

COLETÂNEA DO V SEMINÁRIO INTERNACIONAL

TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

VOLUME 2



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

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



DIALÉTICA
EDITORA

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia	Luiz Carlos de Souza Auricchio
André Luís Vieira Elói	Marcelo Campos Galuppo
Bruno de Almeida Oliveira	Marcos Vinício Chein Feres
Bruno Camilloto Arantes	Maria Walkiria de Faro C. G. Cabral
Bruno Valverde Chahaira	Marilene Gomes Durães
Cintia Borges Ferreira Leal	Rafael Alem Mello Ferreira
Flavia Siqueira Cambraia	Rafael Vieira Figueredo Sapucaia
Frederico Menezes Breyner	Rayane Araújo
Jean George Farias do Nascimento	Régis Willyan da Silva Andrade
José Carlos Trinca Zanetti	Renata Furtado de Barros
José Luiz Quadros de Magalhães	Robson Araújo
Leonardo Avelar Guimarães	Rogério Nery
Ligia Barroso Fabri	Vitor Amaral Medrado

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
ROGÉRIO GESTA LEAL
HANDEL MARTINS DIAS
Organizadores

**COLETÂNEA DO
V SEMINÁRIO INTERNACIONAL**

TUTELAS À EFETIVAÇÃO
DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

VOLUME 2

Copyright © 2020 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2020 by Anizio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal e Handel
Martins Dias.

Capa e diagramação: Giovana Acciarini
Revisão: Responsabilidade do autor

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C694s Coletânea do V Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de
Direitos Indisponíveis – Volume 2 / organização Anizio Pires Gavião
Filho, Rogério Gesta Leal, Handel Martins Dias. – Belo Horizonte:
Editora Dialética, 2020.
460 p. = (Coletânea; v. II)

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-5956-297-8

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



CDD 340

CDU 340

Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB-1/3150



DIALÉTICA
EDITORA

 /editoradialetica
 @editoradialetica

www.editoradialetica.com



CONSELHO ADMINISTRATIVO

Fábio Roque Sbardello - Presidente

Luciano de Faria Brasil - Vice-Presidente

Gilberto Thums - Secretário

Alexandre Lipp João - Representante do Corpo Docente

DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO

Gilberto Thums

COORDENADOR DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

Anizio Pires Gavião Filho

COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Luis Augusto Stumpf Luz

CONSELHO EDITORIAL

Anizio Pires Gavião Filho

Fábio Roque Sbardello

Guilherme Tanger Jardim

Luis Augusto Stumpf Luz

SUMÁRIO

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL CONSUMIDOR DENTRO DEL MARCO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS EN EL PERÚ | 11

- Tula Benites Vásquez

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: DOGMÁTICA Y RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL EN EL PRECEDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA | 21

- Edgar Andrés Quiroga Natale

A MODULAÇÃO DE EFEITOS DECISÓRIOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA | 39

- Handêl Martins Dias e Diego Geraldo

A APLICAÇÃO DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE NA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA | 67

- Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra

DESAPARICIÓN FORZADA EN MÉXICO | 85

- Alfonso Jaime Martínez Lazcano

AS MUTAÇÕES DO ESTADO E A PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO NA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE | 111

- Vanderlei Salazar Fagundes da Rocha

A INCIPIENTE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO BRASIL E A SUBUTILIZAÇÃO DE SEUS INSTRUMENTOS: UM OLHAR SOBRE PORTO ALEGRE | 125

- Ramiro Crochemore Castro

A IMPORTÂNCIA DE UMA POLÍTICA PÚBLICA EFICIENTE: O EXERCÍCIO DA CIDADANIA VIA ORÇAMENTO PARTICIPATIVO | 145

- Richard dos Santos Dias

INTERFACES ENTRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A NOÇÃO DE GOVERNABILIDADE: A RESPONSABILIDADE FISCAL COMO INSTRUMENTO PARA A CONVALIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO | 165

- Eduarda Schilling Lanfredi

LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM AMBIENTE VIRTUAL ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA | 183

- Ana Luiza Liz dos Santos e Lucas Moreschi Paulo

A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS | 205

- Flávia Holz Angst

O DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS | 219

- Cristina Stringari Pasqual e Maria Gabriela Borges Puente de Souza

A TUTELA DOS DADOS PESSOAIS DO CONSUMIDOR E AS PRÁTICAS DE GEODISCRIMINAÇÃO ELETRÔNICA: GEOPRICING E GEOBLOCKING | 235

- Bárbara Guerra Chala e Cíntia Burille

TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A PARTIR DE UN ESTATUTO PROCESAL CIVIL RESIDUAL | 255

- Héctor Francisco Arévalo Fόμεque

UMA ANÁLISE DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA
CONDUÇÃO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS | 273

- Nathália Soares Corrêa

REPERCUSSÃO GERAL COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE
DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: FILTRO AO ACESSO À JUSTIÇA E
DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO | 289

- Fernanda Rosa Coelho e Laura Vogado Lima

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM
CARÁTER ANTECEDENTE COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS
TRANSINDIVIDUAIS | 309

- Alana Gabriela Engelmann

HACIA UNA FLEXIBILIZACIÓN EN LOS PROCESOS COLECTIVOS EN
MÉXICO Y LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES | 331

- Hugo Carrasco Soulé

JUSTIÇA RESTAURATIVA: INSTRUMENTO DE TUTELA COMPOSITIVA NA
DEFESA DE BENS TRANSINDIVIDUAIS | 353

- Ricardo Tonon Lourenço

A NECESSIDADE DO CONTROLE OPE IUDICIS DA
REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO
DE DEMANDAS REPETITIVAS | 371

- Gustavo Ledur e Vitória Pagnussat

O INSTITUTO DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA
NO BRASIL (IDC) À LUZ DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA | 385

- Gilmar Bianchi e Laura Dill

A EXTENSÃO DA EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 405

- Eduardo Gonçalves Spitaliere

O DIREITO FUNDAMENTAL À RESISTÊNCIA: UM OLHAR ACERCA DA
CONQUISTA DO VOTO FEMININO NO BRASIL | 425

- Arthur Künzel Salomão e Luiza Beskow Pelegrini

A UTILIZAÇÃO DO PROVIMENTO 100 DO CONSELHO NACIONAL
DE JUSTIÇA COMO MEDIDA ALTERNATIVA À REALIZAÇÃO DE
TESTAMENTO PÚBLICO NO BRASIL EM ÉPOCA DE PANDEMIA | 439

- Luiza de Aguiar Maia e Thalita Carpin Hatzfeld

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL CONSUMIDOR DENTRO DEL MARCO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS EN EL PERÚ

TULA BENITES VÁSQUEZ¹

1. INTRODUCCIÓN

En la visión panorámica sobre el funcionamiento de las fuerzas del mercado se observan problemas que no hacen posible pueda asegurarse una defensa adecuada de los intereses de los consumidores y usuarios

En esta ponencia se analizan los alcances de la protección constitucional al consumidor dentro del marco de la economía social y desarrollan algunas reflexiones para enfrentar esta temática.

El Estado peruano por mandato constitucional debe preocuparse por defender los intereses de los consumidores y usuarios, en tal sentido son inconstitucionales las disposiciones protectoras del proveedor que afectan al consumidor

La primera sección presenta el marco global de la protección al consumidor en tiempos de coronavirus. La segunda, hace una breve revisión de los contenidos y alcances del artículo 65 de la Constitución Política de 1993. La tercera sección analiza la procedencia del procedo de amparo, en defensa de los derechos constitucionales del consumidor.

Es propósito de este artículo determinar los alcances y contenidos de la protección constitucional del consumidor en tiempos de pandemia causada por el COVID-19, sin la pretensión de ser una propuesta que se agote en sí misma.

1 Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad Privada Antenor Orrego, Abogada graduada en la Universidad Nacional de Trujillo. Profesora de Pre y Postgrado UPAO. (tulalbenites@gmail.com)

2. EL MARCO DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN TIEMPOS DE CORONAVIRUS EN EL MARCO DE UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

Son diversas las razones que sustentan la necesidad de tutela efectiva de los consumidores, particularmente, la denominada asimetría de información (Sola, 2009). Las empresas poseen, indudablemente, amplio conocimiento de los bienes o servicios que proveen pero que informan de modo limitado e insuficiente. Por ello los consumidores desconocedores de información fidedigna no se encuentran en condición de adoptar decisiones objetivas al momento de definir la compra, es posible que observe algún problema al analizar aspectos como calidad, utilidad, durabilidad y precio.

En orden al problema, la protección del consumidor es uno de los instrumentos más importantes de una economía social de mercado. De su buen funcionamiento depende que la verdadera libertad de elección y el trato justo y equitativo predominen en las relaciones económicas y en el desarrollo del proceso competitivo. (Roca y Céspedes 2011). Por estos motivos la protección del consumidor en los últimos años encuentra reconocimiento en las Constituciones de Europa, América Latina y el Caribe. Por ejemplo, Argentina, Ecuador, Perú, o España. El mundo, hoy por hoy, se inscribe en el escenario de una sociedad de consumo, pues, enfrenta diariamente los desequilibrios del poder negociador entre el consumidor o usuario y el productor, el cual exige una legislación tuitiva en beneficio de la parte débil del contrato: el consumidor o usuario lo que supone protección permanente

La Constitución Política de Perú de 1979 establece por primera vez la economía social de mercado, en el que el Estado se compromete a promover la competencia, la libre iniciativa y la tutela del consumidor. Según Blume (1997), si bien es cierto no hizo referencia expresa al Derecho de la Competencia, no obstante, no debe afirmarse, que fue ajeno a una marcada preocupación por el fenómeno de la competencia económica pues en el artículo 133, al prohibir los monopolios, oligopolios, acaparamientos, y acuerdos respectivo en la actividad industrial y mercantil, como también la delegación al legislador para que regule la actividad del mercado y sancione, ingresó a los predios del Derecho de la Competencia.

Con la llegada de la pandemia causada por el COVID-19, afirma García (2020), los Estados establecen ciertos límites al ejercicio de los derechos fundamentales para evitar contagios masivos y pérdidas de vidas

humanas. Tales limitaciones generan la imposibilidad de que los consumidores o usuarios puedan obtener entrega de un producto o servicio por la escasez provocada por el coronavirus.

La pandemia obligó a reaccionar al Poder Ejecutivo a través de decretos supremos para facilitar el ejercicio de los derechos del consumidor, pues nuestra normatividad no incluye situaciones de emergencia como hoy en día nos toca vivir. Las medidas adoptadas por el gobierno peruano para enfrentar este problema mundial provocado por el Coronavirus (COVID-19), determinó la limitación y restricción a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio nacional en el marco del Estado de emergencia, conforme establece el artículo 137 inc. 1 de la Constitución Política del Perú de 1993.

El presidente de la República, Martín Vizcarra, anunció el 15 de marzo de 2020 al país que el Consejo de Ministros aprobó un Decreto Supremo que declara el Estado de emergencia nacional -por un plazo de 15 días calendario- debido a las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del coronavirus, plazos que, como es de conocimiento público, se han venido ampliando hasta la actualidad. Según el Diario Oficial El Peruano (2020), el presidente Vizcarra dijo que, durante este periodo, se garantizará el abastecimiento de alimentos, medicinas, así como la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustible, telecomunicaciones, limpieza, recojo de residuos sólidos, servicios funerarios y otros. La Policía Nacional y las Fuerzas Armadas adoptarán las medidas para garantizar los servicios públicos. Las prórrogas del Estado de emergencia obligaron al Poder Ejecutivo a tener que adoptar medidas inmediatas para restablecer y garantizar el orden económico basado en el principio de subsidiariedad.

El Perú se enfrenta a un choque múltiple. Como exportador de materias primas sufre la caída de precios y la baja de los volúmenes de intercambio, el confinamiento restringe el consumo por mucho tiempo del inicialmente previsto, provoca una serie de despidos y altísima tasa de la informalidad que llega al 70% de los trabajadores que no tienen contrato de trabajo, una cifra sumamente elevada incluso a escala regional que termina de complicar aún más las cosas encontrándose ante la mayor crisis de la historia peruana.

El Diario Gestión (2020), tituló que Perú está enfrentando la crisis económica más profunda en su historia, las medidas gubernamentales para contener la expansión de la pandemia han ocasionado costos muy altos y daños económicos recuperables a largo plazo.

Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020), el Producto Bruto Interno se desplomó 17,37% en el primer semestre debido al impacto de una cuarentena nacional de más de 100 días por la pandemia del Coronavirus, con lo que la economía peruana entra en recesión. La cifra de junio (-18,06%) fue mejor que la de abril (-40,49%) y mayo (-32,75%) gracias a la reanudación de operaciones de cerca de 56 actividades económicas a inicios de julio, después de la etapa más rígida de la cuarentena. Con la reapertura de la economía la producción crece lentamente, pues el segundo trimestre cayó en 32%. El desempleo sube a 10.2 % en agosto.

Conforme al INEI (2020), más de un millón de ciudadanos buscaron empleo activamente en el país durante el mes de agosto, aun cuando solo a partir de mediados de mayo el Gobierno estableció la reactivación económica en la mayoría de actividades productivas del país. Esta cifra representa cerca del triple que la reportada en el segundo trimestre del año 2019, cuando la tasa de desempleo nacional se situó en 3,6 %.

3. CONTENIDOS Y ALCANCES DEL ARTÍCULO 65 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Revisemos el artículo 65 de la Constitución Política de 1993, muy importante para este análisis por cuanto establece:

Artículo 65.

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

Sobre la norma fundamental el Tribunal Constitucional en la STC 0008-2003-AI7TC, afirma:

Que la Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo.

El supremo intérprete remarca que el referido artículo tiene por objeto fijar el postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica y tiene como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. Reconocer la facultad de defensa de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión de sus legítimos intereses y garantizar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que estén a su disposición en el mercado. Ello implica la consignación de datos veraces, suficientes, apropiados y fácilmente accesibles, como también velar por la salud y la seguridad de las personas su condición de consumidoras o usuarias.

La posición expresada por el Tribunal Constitucional del Perú, centra su atención en que si bien es cierto, se reconoce expresamente el derecho a la información, a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, no cabe duda que estos no son todos los derechos que protegen a los consumidores o usuarios, por ello, el Gobierno a través de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N.º 716), no sólo ha regulado los derechos vinculados con la información, salud y seguridad, sino que ha comprendido a otros de naturaleza análoga para los fines que contrae el artículo 65º de la Constitución, que son los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se erigen también en derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios.

En sentido similar Lucchetti (2005) explica que “el Tribunal Constitucional ha incidido en que el problema del consumidor medio en el Perú que no sólo debe limitarse a los derechos vinculados a la información, salud y seguridad, sino otros comprendidos como de naturaleza análoga, destacándose los derechos de acceso al mercado, la protección de los intereses económicos, la reparación por daños y la defensa corporativa del consumidor. Se debería fomentar una corriente que modifique la normatividad existente y determine que la labor de la Comisión deba ser de capacitación y elevación del nivel del consumidor medio peruano, para lo cual debe de implementarse de manera especial mecanismos que garanticen la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, elaborándose directivas y procedimientos administrativos de acuerdo con los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana como fin supremo de la sociedad y el Estado.”

Sin embargo, el artículo 65 de la Constitución Política ni la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo N.º 716) no han previsto

como enfrentar los efectos devastadores generados en la sociedad por la pandemia del COVID-19 que propicia circunstancias de desconcierto, incomodidad, preocupación e inseguridad jurídica en los ciudadanos en su condición de consumidores.

La doctrina autorizada, y tampoco la interpretación del Tribunal Constitucional, han considerado argumentos para la protección de usuarios y consumidores en tiempos de pandemia, motivo por el cual es urgente contar con un Tribunal Constitucional que no espere procesos constitucionales a instancias de parte, sean procesos constitucionales de amparo o de inconstitucionalidad, para pronunciarse en temas tan emblemáticos como el que estamos abordando.

En esta línea de pensamiento, estimamos que nuestro Supremo Tribunal para responder a su papel de garante de la Constitución debe volver a interpretar el artículo 65 sin esperar pronunciarse a pedido de parte y exhortar al Congreso de la República la dación de legislación que regule estos nuevos acontecimientos ocasionados por la pandemia del coronavirus. La posición expresada considera que el Tribunal Constitucional, como órgano de justicia, debe plantear el problema reconociendo como urgente y más significativo la protección de la vida, salud y la protección de los consumidores o usuarios en tiempos de pandemia.

La doctrina constitucional nacional, Bullard (1996), Elías (1997), Espinoza (2004), Gutiérrez (2005), Durand (2006), Vilela (2010) Roca y Céspedes (2011) al estudiar el derecho del consumidor o usuario solo se ha dedicado a interpretar el artículo 65 de la Constitución Política en tiempos de normalidad. Es evidente que la Constitución debe necesariamente ser interpretado en ambos contextos: de normalidad y anormalidad, máxime si la anormalidad se convierte en la normalidad de la convivencia diaria.

Para Vilela (2010), “la protección constitucional al consumidor se erige como un mecanismo que forma parte del sistema económico previsto en la Constitución Política del Perú y que se condice con el esquema de una economía social de mercado. El artículo 65 de la Constitución Política de 1993 garantiza tres derechos de los consumidores: i) derecho a la información; ii) derecho a la salud; y, iii) derecho a la seguridad. Estos derechos deben ser garantizados debido a que los consumidores se encuentran en una situación de desigualdad –desventajosa para ellos– frente a los proveedores de bienes y servicios. El elemento que indica con mayor claridad dicha situación de desigualdad es, precisamente, la diferencia en la cantidad y calidad de información de la que disponen los consumidores y los proveedores, lo cual se denomina asimetría informativa”.

Igualmente, Gutiérrez Camacho, (2005) al analizar el alcance de la norma fundamental afirma: “que la línea de interpretación del artículo 65 de la Constitución plantea que en él se aloja un principio general de nuestro derecho, de importantes implicancias para el Estado y los particulares, del que se desprenden derechos mínimos o básicos. Esto conduce a reconocer, en este ámbito, un rol del Estado mucho más dinámico, siendo su responsabilidad no solo proteger al consumidor en situación que se agraven sus derechos, sino principalmente crear las condiciones para que tales agravios no se den. Todo lo cual permite afirmar que, en materia económica, la obligación constitucional al consumidor es una de las más importantes, porque es la que da sentido a todo el sistema”.

En el mismo sentido para Escudero, (2017) del artículo 65° de la Constitución solo se desprenden derechos mínimos y recibe la influencia normativa de Naciones Unidas en relación a la protección del consumidor, aprobadas en 1985 y ampliadas en 1999 que otorga una importante legitimidad a los derechos de los consumidores, detallando una serie de derechos como el de información, a la salud, a un medio ambiente sano a través del consumo sostenible, a la educación en el consumo, a la reparación, entre otros.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2016) expresa que las directrices de la ONU para la protección del consumidor son un conjunto valioso de principios que establecen las principales características que deben tener las leyes de protección del consumidor, las instituciones encargadas de aplicarlas y los sistemas de compensación para que sean eficaces. Además, las directrices ayudan a los Estados miembros interesados a formular y aplicar leyes, normas y reglamentos nacionales y regionales adaptados a sus circunstancias económicas, sociales y ambientales.

En este sentido, en el Perú se han valorado significativamente las Directrices emitidas por la Organización de las Naciones Unidas para la protección del consumidor. Sus principios se encuentran incorporados en la legislación interna tanto constitucional como legal.

4. LA PROCEDENCIA DEL PROCEDO DE AMPARO, EN DEFENSA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL CONSUMIDOR

La ONU, reconoce la importancia que juega el consumidor en el mercado, y exhorta a los Estados miembros a implementar medidas judiciales para que el consumidor repare o evite la vulneración a sus derechos.

El Código Procesal Constitucional incorpora una serie requisitos para la procedencia de los procesos constitucionales. Se incorpora del modelo argentino el carácter residual del amparo con la finalidad de garantizar la tutela urgente y efectiva que se espera obtener por su intermedio. Sin embargo, la interpretación de los requisitos de procedencia no ha sido pacífica por parte de la magistratura constitucional toda vez, que las demandas de amparo eran rechazadas de manera liminar.

Siguiendo a Donayre (2015): “la procedencia del amparo con el del contencioso administrativo, una vez agotada la vía administrativa ante el Indecopi, es el proceso a seguir. Y es que con la entrada en vigencia de la Ley N° 27584 se pasó de un contencioso de nulidad u objetivo a uno subjetivo o de plena jurisdicción, lo que lo posicionó como un escenario judicial idóneo para la tutela de derechos fundamentales frente a agresiones de la Administración Pública.”

La vigencia de la Ley 27584, muestra nuevo escenario frente a la amenaza o violación del derecho al consumidor en sede administrativa, de esto se colige que tiene a su a disposición dos procesos, el proceso constitucional de amparo y el contencioso administrativo. A este respecto vale la pena precisar que la defensa de los derechos fundamentales del consumidor y usuario en la vía constitucional a través del proceso de amparo muestra escenario complicado de atender por parte del defensor y el juzgador debido a la ausencia de criterios para determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso “Manuel Anicama Hernández” (Expediente N° 1417-2005-AA/TC) ha desarrollado el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión; sin embargo, no ha delimitado el contenido constitucional del consumidor, el cual permitirá conocer los criterios para recurrir a la jurisdicción constitucional en caso de presentarse conflictos en esta materia.

5. CONCLUSIONES

En relación, al contenido constitucional del derecho del consumidor, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado, y en la práctica procesal significa que estos conflictos jurídicos se diluciden en la vía ordinaria a través del proceso contencioso administrativo, tarea pendiente de nuestro supremo intérprete, máxime si en tiempos de pandemia es de suma importancia para poder reclamar este derecho constitucional.

El consumidor o usuario frente al proveedor es la parte débil de la relación económica en el marco de una economía social de mercado. El modelo económico peruano determina que la protección de estos derechos le corresponde al Estado. Del artículo 65 de la Constitución Política solo se desprenden derechos mínimos, que permite relacionarlos con una serie de derechos como el de información, a la salud, a un medio ambiente sano a través del consumo sostenible, a la educación en el consumo, a la reparación, entre otros.

Es necesario contar con la interpretación de los derechos constitucionales de protección del consumidor en tiempo de pandemia, esto permitirá una mayor seguridad jurídica y respeto irrestricto a este derecho fundamental que tiene relación directa con la salud y la vida.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Blume, E. (1997). “La Constitución Económica peruana y el derecho de la competencia”, Themis Revista de Derecho. Núm. 36, Pontificia Universidad Católica del Perú.

Bullard, A. (1996). “Lo que no mata, engorda”, Revista Ius Veritas. Núm. 12, Pontificia Universidad Católica del Perú.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo (2016) Directrices para la protección del consumidor. Nueva York.

Diario Gestión (2020). Crisis en la Economía Peruana impactará negativamente en la Bolsa de Valores de Lima (BVL) y Tipo de Cambio. <https://gestion.pe/blog/bullabear-by-ruartes-reports/2020/07>.

Diario El Peruano (2020). Gobierno declara Estado de emergencia nacional y aislamiento social obligatorio por 15 días. <https://www.elperuano.pe/noticia-gobierno-declara-estado-emergencia-nacional-y-aislamiento-social-obligatorio-15-dias-92075.aspx>

Donayre, C. (20115). La protección del consumidor desde una perspectiva constitucional. Fundamentos, garantías y mecanismos de protección. Indecopi. Lima.

Durand, J. (2006). Derecho del consumidor. Cultural Cuzco. Lima.

Elías, E. (1997), “Lo barato sale caro: Mata y no engorda”, *Ius Veritas*, 13, Pontificia Universidad Católica del Perú.

Espinoza, J. (2004). *La Ley de Protección al Consumidor*. Editorial Rodhas. Lima.

García, A. (2020). Derechos del consumidor en tiempos de pandemia. <https://consumoyciudadania.org/derechos-del-consumidor-en-tiempos-de-pandemia/>

Gutiérrez, W. (2005). *La Constitución Comentada*. Tomo II. Segunda edición. Lima: Editorial El Buho.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020). Perú entra en recesión. www.hhppinei.gob.pe › prensa › noticias › en-el-segundo trimestre.

Lucchetti, A. (2005). “El Tribunal Constitucional y la protección de los consumidores y usuarios”. *Revista Foro Jurídico de la Pontificia Universidad Católica del Perú*.

Medina, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. McGraw-Hill. Medina.

Roca, S. y Céspedes, E. (2011). “La ley y las prácticas de protección al consumidor en Perú”. *Revista Gestión y Política Pública*. Vol. XX. Núm. 2.

Vilela, E. (2010). *Fundamento de la protección del consumidor*. Diario El Peruano. <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/biblioteca>.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: DOGMÁTICA Y RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL EN EL PRECEDENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

EDGAR ANDRÉS QUIROGA NATALE¹

La Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en la Organización de los Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969, fue aprobada mediante la Ley 16 de 1972 y entró en vigor para Colombia, en virtud de su ratificación, el día 18 de julio de 1978; por lo tanto, esta Convención se integra a nuestra Constitución ya que hace parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido al constituirse en un Tratado de Derechos Humanos que contiene prescripciones que se ajustan a las normas de envío establecidas en los artículos 93-1 y 93-2 de la Carta Política de 1991.

Por lo tanto, el efecto amplificador del bloque genera que el respeto y acatamiento de la Convención por parte de los Estados que lo suscribieron se convierta en el respeto y acatamiento de sus propias Cartas Constitucionales, y, el mecanismo o herramienta que ha servido para la defensa efectiva de la Convención respecto de las violaciones a sus valores, principios y reglas es a lo que se ha denominado “control de convencionalidad”.

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

1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL:

Aunque el control de convencionalidad fue utilizado desde los mismos inicios de labores de los órganos de control del sistema interamericano, como concepto fue acuñado a partir de 2003 (Caso Myrna Mack Chang VS Guatemala²) y 2004 (Caso Tibí VS Ecuador³) mediante votos concurrentes razonados del Juez Sergio García Ramírez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y acogido por el pleno de la CIDH⁴ en 2006 (Caso Almonacid Arellano y otros VS Chile⁵ y posteriormente reiterado en el caso Trabajadores Cesados VS Perú⁶), haciendo una semejanza entre las funciones de las Cortes Constitucionales de los Estados respecto del control al ordenamiento interno y las desarrolladas por la CIDH respecto de la verificación que debe hacerse para que las normas, acciones u omisiones de los Estados miembros no vulneren la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sobre el alcance conceptual del tópico en estudio, han sido múltiples las definiciones formuladas por la doctrina especializada. Sagüés sostiene que el control de convencionalidad es “(...) *una herramienta para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos en la Convención Americana de Derechos Humanos, asimismo es de utilidad para la práctica e inmediata elaboración de un ius commune en la región (...)*”⁷.

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Myrna Mack Chang VS Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez.

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Sentencia del 7 de diciembre de 2004. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez.

4 En lo adelante se utilizará esta sigla para referirse a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia del 24 de noviembre de 2006.

7 Sagüés, Néstor. 2010. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. En “Estudios Constitucionales”. Año 8. No 1. pp. 117 – 136. Chile: Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Tela. En igual sentido, afirma Bustillo que el control de convencionalidad es: “(...) el mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajustan a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos principalmente,

Por su parte, Ramelli enseña que por control de convencionalidad se entiende: “(...) *aquel que se encamina a asegurar la vigencia del Pacto de San José de Costa Rica (...) así como de los demás tratados internacionales que conforman el sistema americano (bloque de constitucionalidad), bien sea por órganos internacionales (control de convencionalidad en sentido estricto) o internos (control de convencionalidad difuso) (...)*”⁸.

Por lo tanto, se puede colegir a título preliminar que el control de convencionalidad nace de la necesidad de dotar a la Convención Americana de Derechos Humanos de un instrumento o herramienta que permita materializar los valores, principios y reglas en ella contenida, y, que en caso de vulneración de sus preceptos se pueda acudir a éste para procurar un restablecimiento del statu quo de protección; es decir, el control de convencionalidad es el instrumento orgánico procesal para efectivizar el principio de supremacía convencional⁹.

en la que funda la competencia contenciosa de la Corte IDH. (...) En otras palabras, es la revisión que debe hacerse para constatar que la conducta de los órganos que son revisados está de acuerdo con el tratado internacional y demás disposiciones aplicables en el caso en cuestión (...)” BUSTILLO Marín, Roselía. Líneas Jurisprudenciales. “El Control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral”. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México, 2013. P. 6 y 7.

- 8 RAMELLI, Alejandro. “Relaciones entre los controles de convencionalidad y de constitucionalidad en Colombia”. En: “Derecho Procesal Constitucional”. VC Editores. Tomo III, Volumen III, Bogotá, 2012. p. 230.
- 9 Sumado a lo anterior, vale la pena precisar que “la convencionalidad” y “control de convencionalidad” resultan ser dos conceptos íntimamente relacionados pero escindibles. Por “convencionalidad” entiende Santofimio que “(...) es un concepto amplio, omnicompreensivo, complejo y en proceso de consolidación en el ámbito del derecho, que involucra, dada su configuración, un claro e inobjetable elemento amplificador del ordenamiento jurídico vigente en cada Estado, no solo por el hecho de la pertenencia de estos a la comunidad internacional, sino también, y adicionalmente, por estar ligados a ella, a través de instrumentos jurídicos vinculantes como pueden ser, entre otros, los tratados, convenios, protocolos y acuerdos internacionales de todo orden (...)” SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando. “El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ideas fuerza rectoras”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017. P. 27-28.

2. CARACTERÍSTICAS

De la aproximación conceptual que antecede y del estudio de algunos desarrollos jurisprudenciales de la CIDH sobre el “control de convencionalidad”, se pueden establecer que algunas de sus principales características son a saber:

2.1. RESPECTO DEL SISTEMA DE CONTROL:

El sistema se identifica con el elemento orgánico del control; es decir, quién tiene la competencia funcional para realizarlo. Los principales sistemas de control de convencionalidad son.

a) Control Concentrado: Ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual funge como un órgano especializado creado para ejercer vía jurisdiccional la defensa de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰.

b) Control Difuso: Ejercido por parte de las autoridades internas de cada Estado perteneciente al Sistema Interamericano¹¹.

10 “(...) El marco regulatorio del control de convencionalidad concentrado, aparece estipulado por los artículos 2, 33 y 62 de la Convención Americana de DH, concediendo competencia a la Corte para controlar que los Estados cumplan con sus compromisos internacionales, en caso de no hacerlo, impulsa a que expidan leyes compatibles con los derechos humanos evitando el incumplimiento (...)”. VILLALBA Bernié, Pablo Darío “Derecho procesal constitucional. Contenidos esenciales”. Ed. Nueva Jurídica, Bogotá, 2016, p. 297.

11 “(...) La forma más típica del control de convencionalidad constituye el control difuso, por el cual se obliga a los jueces nacionales de todos los fueros, jerarquías y materias, en el desarrollo de sus competencias específicas, practiquen el control difuso de convencionalidad. No solo es la Corte IDH la obligada aplicar la Convención, sino que cada uno de los jueces nacionales deben ejercer y adherir a las regulaciones contenidas en la Convención, tratados internacionales, protocolos adicionales y jurisprudencia de la Corte IDH, en el caso concreto a resolver. De esta suerte, conferir el mayor rango de efectividad a la tutela de las garantías fundamentales (...) El control difuso de convencionalidad tiene aval normativo en lo dispuesto por el artículo 29 b) de la Convención, en el sentido que ninguna disposición acredita ser interpretada para limitar el goce o libre ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocida de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes (...)” VILLALBA, Ob. Cit. p. 298.

2.2. RESPECTO DEL TIPO DE CONTROL:

El tipo define el elemento material del control; es decir sobre qué se hace el control de convencionalidad. Los tipos más relevantes de control son a saber:

- a) Abstracto: Cuando el objeto del control es una norma jurídica (Constitución, ley, reglamento, resolución, etc.) la cual entra en oposición con alguno o varios de los valores, principios o reglas de la Convención.
- b) Concreto: Se da cuando el objeto del control es una acción u omisión desplegada por parte de las autoridades de los Estado miembros que conlleva a la violación de la Convención.

2.3. RESPECTO DE LAS VÍAS DE CONTROL:

Las vías se traducen en el elemento adjetivo del control; es decir, el cómo se llega al control y los diferentes instrumentos procesales para desatarlo. Algunas vías de control de convencionalidad son:

- a) Acción: Cuando se acude formalmente a las autoridades de control mediante una demanda que persigue un pronunciamiento en sede jurisdiccional.
- b) Ex – Officio: Cuando sin necesidad de haber ejercido la acción (demanda), la autoridad competente para ejercer el control avoca conocimiento y se pronuncia formalmente sobre el caso.
- c) Excepción: Cuando la autoridad competente para ejercer el control inaplica una norma interna y en su lugar aplica la Convención.

2.4. RESPECTO A LOS EFECTOS DEL CONTROL:

El efecto se erige como el elemento consecuencial del control; es decir, determina de conformidad con el sistema, tipo y vía aplicada cuál es el efecto y/o alcance del control de convencionalidad. Los principales efectos son:

- a) Hermenéutico: Se corresponde con un alcance interpretativo de la Convención Americana de Derechos Humanos entorno a la comprensión de sus cláusulas, principios, reglas, valores y mandatos. A través del efecto hermenéutico se va decantando la doctrina y el precedente convencional.
- b) Sancionador: Es un alcance coercitivo ligado a la potestad de condenar y sancionar a quien viole la Convención.

c) Prospectivo: Obedece a un alcance de generación y cumplimiento de orden u órdenes futuras; es decir, que el control puede ir mucho más allá del hecho de interpretar y sancionar, generando órdenes futuras de acción y/o abstención¹².

d) Armonizador: Se constituye en un alcance integrador de la Convención con las Constituciones y ordenamientos internos de los Estados miembros del Sistema Interamericano; es decir, se traduce en una armonización normativa al ejecutar de manera concomitante el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad¹³.

12 En torno al particular anota Quinche: "(...) Un cierto número de casos resueltos ilustran mejor el punto. Así por ejemplo y al nivel de las normas constitucionales, la Corte Interamericana, además de declarar la responsabilidad internacional del Estado chileno, le ordenó modificar el artículo 19 de su Constitución Política, a efectos de asegurar el cumplimiento del derecho a la libertad de expresión, mediante la supresión de la censura previa. Dentro de la misma línea y en el nivel de las normas legales, la Corte le ha ordenado a diversos estados modificar normas de su sistema legislativo. Así, declaró que una norma del Código Penal de Ecuador era violatoria *per se* del artículo 2 de la Convención, lo que implicaba su retiro del ordenamiento; le ordenó a Perú, que modificara las normas que permitían el juzgamiento de civiles por militares, a través de la "justicia sin rostro", por ser contrarias a la Convención; y más recientemente, dispuso en contra de México, que en un plazo razonable, debía "completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano". Ya en el plano estrictamente judicial, el alcance de las decisiones de la Corte Interamericana también ha sido notable. Así, ordenó nuevas investigaciones sobre las ya realizadas por jueces internos, que incluían un fallo de la Corte Suprema de Guatemala; le ordenó al mismo Estado, "dejar sin efectos" la pena impuesta a un ciudadano, señalando que debía "emitir otra que en ningún caso podrá ser la pena de muerte". Igualmente y en la misma dimensión, le Corte le ha ordenado al Estado colombiano en diversas ocasiones, que reabra investigaciones cerradas en contra de miembros del Ejército, por paramilitarismo. (...) "QUINCHE Ramírez, Manuel Fernando. "El control de convencionalidad y el sistema colombiano". Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional No. 12, 2009, p. 163.

13 En punto de este efecto anota la CIDH: "(...) Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercer- se siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones (...) "CIDH. *Caso*

3. RECEPCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONALIDAD COLOMBIANA:

El debate y recepción del control de convencionalidad en Colombia se da de forma concomitante y sistemática con el desarrollo y sistematización del bloque de constitucionalidad; no obstante, resulta de valía precisar el valor y fuerza vinculante que tiene la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la CIDH en la doctrina constitucional de nuestra Corte.

3.1. En un primer momento o etapa de recepción, la Corte Constitucional parecía dar un uso similar y homogéneo tanto a la Convención como a los fallos de la CIDH al elevarlos a normas de rango constitucional de aplicación directa vía bloque. La referida interpretación puede decantarse de sentencias tales como la C-481 de 1998 en donde la Corte sostuvo:

“(…) es lógico que nuestro país acoja los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos. Esa doctrina internacional vincula entonces a los poderes públicos en el orden interno (...)”¹⁴.

3.2. En una segunda fase de recepción la Corte morigeró su tesis inicial al establecer que la Convención Americana de Derechos Humanos de ninguna forma se constituye en una norma supranacional, y, que sus disposiciones aunque tienen rango constitucional vía bloque no se aplican de forma directa, pues resulta necesario que exista un estudio de armonización entre la Convención y la Constitución.

Sumado a lo anterior, la Corporación muta el uso y/o alcance de vinculación al bloque de constitucionalidad de la jurisprudencia de la CIDH al pasar de ser de aplicación directa¹⁵ a un criterio relevante de

Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párrafo 128.

14 Corte Constitucional. Sentencia C-481 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

15 Ya que se constituye en una subregla de la Convención y en consecuencia adquiere también rango constitucional como precedente.

interpretación. Dicha postura fue la adoptada por la Corporación mediante sentencia C-028 de 2006¹⁶ posteriormente reiterada en la C-488 de 2009¹⁷ a través de las cuáles se refirma la tendencia de reducir los márgenes de aplicación y uso de la jurisprudencia de la CIDH¹⁸.

3.3. En la tercera etapa de recepción, la Corte Constitucional mantiene su postura de morigeración, reiterando que la Convención a pesar de ser de rango constitucional no puede ser aplicada de forma directa sin el previo “test” de armonización con la Constitución, y se vuelve mucho más exigente con la adopción de la jurisprudencia de la CIDH al establecer que solo obliga de forma directa cuando Colombia es parte del fallo y que en los demás casos solo actúa como criterio relevante de interpretación; además, sostiene que dicho criterio de interpretación también debe ser “armonizado” con la Constitución y el precedente constitucional sobre la

16 “(...) Esta Corporación estima que la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen. Así las cosas, la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales se operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador. (...) En lo que respecta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en diversas ocasiones, la Corte ha considerado que hace parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 Superior. Bajo este contexto, es claro que el mencionado instrumento internacional forma parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, debe ser utilizado como parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas, pero ello no significa que las normas pertenecientes al bloque adquieran el rango de normas supraconstitucionales. En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución.(...)”

17 “(...) Si bien es cierto que las normas que se integran al bloque de constitucionalidad tienen la misma jerarquía que los preceptos de la Carta Política, también lo es que existen diversas formas para su incorporación al ordenamiento jurídico. Además, en ningún caso la disposición internacional constituye un referente autónomo para el control constitucional, por cuanto la integración normativa debe partir de una interpretación armónica, teleológica y sistemática de la Carta Política en su conjunto (...)”.

18 Esta etapa de recepción además se caracteriza por la negativa de la Corporación a considerarse per se juez de convencionalidad; dicha postura se esgrime en providencias tales como C-1189 de 2000, C-025 de 2004, C-028 de 2006, C-750 de 2008, C-446 de 2009, C-941 de 2010 y C-442 de 2011.

materia. La postura hermenéutica en cita puede evidenciarse en providencias tales como SU-712 de 2013¹⁹, C-500 de 2014²⁰ y C-327 de 2016²¹.

Se observa con sorpresa el cambio o mutación en la doctrina constitucional establecida por la Corte, pues cada vez más se amplía y reconocen instrumentos jurídicos que se imbrican al corpus del bloque de constitucionalidad, pero de forma paradójica y contrasistémica, el nivel

19 “(...) En este orden de ideas, la aplicación de la Convención Americana debe tener en cuenta la arquitectura institucional de cada Estado, esto es, del contexto en el que se inserta, como lo reconoce la Convención al indicar que corresponde a la ley reglamentar el ejercicio de los derechos políticos y el mecanismo de sanción.(...)”.

20 “(...) La Corte destaca, como premisa central, que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo obligan al Estado colombiano cuando éste ha sido parte en el respectivo proceso. Esta conclusión, que reconoce el carácter definitivo e inapelable asignado por el artículo 67 de la Convención Americana de Derechos Humanos a los fallos de la Corte Interamericana, encuentra apoyo normativo directo en lo prescrito en el artículo 68.1 de la referida convención conforme al cual los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. (...) La relación profunda entre la Constitución y los tratados de derechos humanos es reconocida no solo por la Carta sino también por la jurisprudencia de este Tribunal. Ese vínculo encuentra fundamento directo, entre otros, en los artículos 44, 53, 93 y 214. A partir de tales disposiciones y con fundamento en ellas la Corte ha aceptado que normas incorporadas a tratados de derechos humanos aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente que prohíben su limitación en los Estados de excepción, se erijan en parámetro de control de constitucionalidad, en tanto le es reconocida su prevalencia en el orden interno (función integradora). El reconocimiento de los tratados internacionales en esta específica materia impone a la Corte Constitucional el deber de establecer fórmulas de interpretación que hagan posible, en lugar de confrontar los órdenes jurídicos nacional e internacional, armonizarlos adecuadamente. No puede entonces plantearse una relación de predominio incondicionado de uno sobre otro sino, considerando que los derechos fundamentales constituyen un eje de ambos, identificar posibilidades interpretativas que aseguren su máxima realización. (...) La armonización que se plantea no supone integrar al bloque de constitucionalidad la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ella es un criterio hermenéutico relevante que deberá ser considerado en cada caso. (...)”.

21 “(...) En conclusión, la línea jurisprudencia trazada por la Corte ha sido pacífica y reiterada en afirmar que la jurisprudencia proferida por organismos internacionales, y en este caso en particular por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sirve como criterio relevante que se debe tener en cuenta para fijar el alcance y contenido de los derechos y deberes que se encuentran consagrados en el ordenamiento jurídico interno. No obstante, también ha dicho que el alcance de estas decisiones en la interpretación de los derechos fundamentales debe ser sistemática, en concordancia con las reglas constitucionales y que además cuando se usen precedentes de derecho internacional como criterio hermenéutico se deben analizar las circunstancias de cada caso particular para establecer su aplicabilidad (...)”.

de recepción de la convencionalidad cada vez más se hace derivado, tamizado y restrictivo, lo cual no resulta compatible con la idea de concebir un corpus constitucional extendido.

3.4. La cuarta etapa de recepción se encuentra especialmente caracterizada por la marcada diferencia de posiciones de la Corporación entorno al estándar y nivel de recepción de la convencionalidad en su precedente. Tres temas en particular han sido objeto de profundas diferencias en su tratamiento, a saber:

a) Recepción amplia pero armonizada. En la revisión respecto de los instrumentos que hacen parte del marco jurídico emanado del Acuerdo de Paz suscrito por el Gobierno colombiano con el grupo insurgente de las FARC.

En el control de constitucionalidad realizado al acto legislativo 01 de 2016²², Decreto Ley 121 de 2017²³ y Decreto Ley 588 de 2017²⁴ se puede advertir que se mantiene un criterio armonizador pero mucho más tendiente al “diálogo” fluido entre Cortes y a una recepción prudencial pero con reconocimiento directo de los estándares convencionales. En evidencia de esta nueva postura doctrinal se destacan las sentencias C-699 de 2016²⁵,

22 Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

23 Por el cual se adiciona un capítulo transitorio al Decreto 2067 de 1991.

24 Por el cual se organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición.

25 En esta providencia, la Corte Constitucional cita como fuente directa a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*, s.l.i., OEA/Ser. L/V/II.102 Doc 9 rev 1, 1999, nota 115. y adopta los criterios formulados por la CIDH en la opinión consultiva OC-6/86. En punto de lo referido sostiene la Corte: “Es relevante, si bien en el marco constitucional, tener en cuenta la Opinión Consultiva OC-6/86 de la Corte IDH. La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6. La Corte dijo que los términos ‘ley’ o ‘leyes’ dentro de la Convención, *cuando se emplean para referirse a las restricciones de derechos* autorizadas por ese instrumento, deben entenderse en principio de la siguiente manera: “la palabra leyes en el artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes(...)” M.P. María Victoria Calle.

C-174 de 2017²⁶ y C-017 de 2018²⁷.

Se puede colegir que la actual posición de la Corte (en el tema sub-examine), se podría llegar a mantener en los próximos años con una proclividad a profundizar el nivel de recepción debido a que el “Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera” incorpora en su corpus (extendido a sus instrumentos de implementación) múltiples principios convencionales y valores propios del derecho internacional²⁸.

26 Reitera la aplicación de los criterios establecidos por la CIDH en la opinión consultiva OC-6/86.

27 (...)En este orden de ideas, las reglas fundamentales que se derivan del bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia de la Corte y el alcance que la Corte IDH ha dado al derecho a la información consagrado en el artículo 13 de la CADH, en relación con el derecho de acceso a la información pública, pueden ser sintetizadas de la siguiente manera: (i) Existe un derecho fundamental y una prerrogativa general de acceso a la información y los documentos públicos en cabeza de toda persona y de entidades públicas y privadas.(ii) Esta prerrogativa general se rige por el principio de la máxima divulgación, según el cual, toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal. (iii) Se admiten, sin embargo, restricciones al acceso a la información pública, respecto de documentos reservados o clasificados, siempre que, además de la reserva de ley, se cumplan con los demás requisitos establecidos en la jurisprudencia de la Corte (supra fundamento 223.3.). (iv) En todo caso, no es admisible restricción alguna al acceso a la información pública relacionada con violaciones a los DDHH y delitos de lesa humanidad, sin perjuicio del deber de protección de los derechos de las víctimas de tales violaciones. (v) Los órganos judiciales y extrajudiciales de investigación oficial de la verdad y reconstrucción de la memoria, en escenarios de transición, deben tener acceso pleno a toda la información pública, con independencia de su contenido o de que pueda ser reservada o clasificada, siempre que sea necesaria para el cumplimiento de sus objetivos, mandato y/o funciones, dada su intrínseca relación con la garantía del derecho de las víctimas y la sociedad a conocer la verdad. En todo caso, deberán protegerse los derechos de las propias víctimas (...)” M.P. Diana Fajardo Rivera.

28 Sobre el particular anota Santofimio: “Esto se concluye sin mayor dificultad de la siguiente relación de mandatos (de optimización) convencionales reconocidos e incorporados de manera específica en el acuerdo respectivo: i) sujeción del acuerdo al principio de la paz como derecho humano universalmente aceptado (principio enunciado: orden pacífico); ii) sujeción a los principios del derecho internacional (orden mínimo convencional); iii) sujeción a los principios del derecho internacional de los derechos humanos; iv) sujeción a los principios del derecho internacional humanitario (convenios y protocolos; principio enunciado: reglas de la guerra); v) sujeción a los precedentes de los fallos proferidos por la CIDH relativos a los conflictos y su terminación (recursos efectivos y garantía de

b) Recepción estricta y limitada. En tratándose del análisis de las competencias de la Procuraduría General de la Nación (autoridad administrativa) para limitar los derechos políticos de servidores públicos de elección popular, en donde la Corte (so pretexto de armonizar), mediante sentencias C-086 de 2019²⁹ y C-111 de 2019³⁰ se apartó del precedente convencional en la materia³¹ y mantuvo la exequibilidad de las normas que permiten que la Procuraduría pueda investigar, suspender, destituir e inhabilitar a ésta clase de servidores públicos.

No obstante, la referida posición jurisprudencial de la Corte Constitucional debe ser modificada ya que la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante Sentencia del 08 de julio de 2020 resolviendo el Caso Petro Urrego Vs Colombia, condenó al Estado Colombiano por violación de los artículos (8.1, 8.2d y 23.2) de la Convención, y en consecuencia, ordena al Estado a que en un término razonable adecúe su ordenamiento jurídico interno (efecto mutación) a los parámetros vertidos en el párrafo 154 de la referida sentencia.

protección de los DDHH bajo estándares de verdad, justicia y reparación); vii) sujeción a las demás sentencias de organismos internacionales con competencias reconocidas, y a los dictámenes e informes de los temas suscritos por los organismo universalmente aceptados (interpretación extendida); viii) sujeción a la interpretación conforme con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, sin que su goce o ejercicio pueda ser objeto de limitación (principio de progresividad); ix) sujeción al principio de la no taxatividad de los derechos y garantías convencionales y constitucionales (...) (inalterabilidad de los derechos); x) sujeción a los tratados y declaraciones internacionales que consagran la igualdad, la no discriminación de las personas y la tolerancia como conductas universales, tanto como principio y como valor (justicia material); xi) sujeción a las normas del derecho internacional consuetudinario que siguen rigiendo las cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales no mencionados en el Acuerdo Final, incluyéndose el mandato imperativo que ordena que “en los casos no previstos por el derecho vigente la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de la exigencia de la conciencia pública (principio pro homine, principio de humanidad y principio de ius cogens); y xii) sujeción de los mecanismos de acompañamiento, implementación y verificación a estándares internacionales (adecuación institucional y normativa)”. SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando. Ob. Cit. p. 158-162.

29 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

30 M.P. Carlos Bernal Pulido.

31 Casos: (i) López Mendoza Vs. Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011, (ii) Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005 y (iii) López Lone y otros Vs. Honduras. Sentencia de 5 de octubre de 2015.

c) Recepción amplia y directa. En la adopción del precedente convencional sobre el tratamiento del principio de doble conformidad en materia penal.

En sentencia de Unificación SU-146 de 2020³² la Corte Constitucional realiza una aplicación del estándar convencional establecido en el caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (del 30 de enero de 2014) mediante el cual se determinó que el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, previsto en el artículo 8.2.h., también debía ser garantizado a quienes fueran juzgados, por razón de su fuero, por la máxima autoridad de Justicia en materia penal.

Se advierte que respecto al estándar convencional en cita (principio de doble conformidad), a pesar de no ser Colombia uno de los Estados parte del contradictorio jurisdiccional, la Corte Constitucional aplicó el precedente convencional de forma directa y a título de rango superior sin realizar ningún “test de armonización”.

CONCLUSIONES

a) La internacionalización del Estado Colombiano a partir de las cláusulas de apertura contenidas en la Carta Política de 1991 ha permitido establecer y profundizar múltiples procesos de integración, algunos de ellos, entorno a la intención de concebir y desarrollar un derecho “regional” que parte del reconocimiento de unas máximas fundamentales de coexistencia como los principios, valores, reglas y garantías establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

El referido proceso de internacionalización del Estado ha permitido un concomitante proceso de trasplantes jurídicos que deben ser estudiados de forma holística y multidimensional y no de forma reduccionista limitándolos a un proceso de subordinación del hegemónico hacia el receptor.

Respecto del particular, Rodríguez plantea que los trasplantes jurídicos no pueden verse como el rompimiento de la relación derecho y sociedad bajo el entendido que el derecho no está determinado por las estructuras de la sociedad que las produce y por lo tanto puede ser trasplantado de un lugar a otro (tesis propuesta por Watson³³), a con-

32 M.P. Diana Fajardo Rivera.

33 Ver. WATSON, A. “From Legal Transplants to Legal Formants”. *American Journal*

trario sensu, afirma que los procesos de trasplante jurídico obedecen a la multiplicidad de objetos en interacción en los momentos de la transferencia y recepción³⁴, pues el objeto de trasplante (en mayor o menor grado) no solo son leyes sino también doctrina, jurisprudencia y de una forma holística “cultura jurídica”³⁵.

b) La Constitución es un “pluriverso”³⁶ debido a las complejas y disímiles dimensiones que la integran, pues no solo es el universo normativo (como suele verse de forma mayoritaria), sino además existe el universo económico y político (al cual se adscribe el social) y por lo tanto el abordaje de su estudio implica un “giro ontológico” (tanto lingüístico como hermenéutico)³⁷, para entender su tipicidad, sentido y alcance.

c) Constitución, Bloque de Constitucionalidad, Control Constitucional y Control de Convencionalidad, son conceptos dinámicos y en permanente construcción los cuales lejos de ser neutros, se imbrican dentro de una lógica y modelo determinado del ejercicio del poder político; por lo tanto, y, consecuencia de ello, nuestra tipicidad constitucional resulta inacabada y en permanente desarrollo.

d) La Convención Americana de Derechos Humanos no se trata de un catálogo aspiracional o de buenas intenciones, a contrario sensu, se erige como una norma de rango constitucional (vía bloque de constitucionalidad) respecto de la cual los países pertenecientes al sistema interamericano deben respetar, acatar y aplicar en su integridad, y, en caso de que sus disposiciones sean conculcadas ya sea por la producción normativa y/o la acción u omisión de las autoridades de los Estados, se habilita la existencia de un control de convencionalidad para restablecer el statu quo,

of Comparative Law, 1995, 43 (3), 469-476.

34 Ver. RODRIGUEZ Villabona, Andrés Abel. “La interacción entre ordenamientos jurídicos: trasplante recepción, adaptación e influencia en el derecho”. En Revista IUSTA. Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2009, páginas 1-24.

35 Ver. RODRIGUEZ Villabona, Andrés Abel. La circulation des modeles juridiques: L'exemple de la réception en Colombie de la doctrine constitutionnelle française du début du vingtième siècle. En Revista Virtual “Vía inveniendi et iudicandi” (<http://viei.usta.edu.co/>), 2009, páginas 1-56.

36 Ver. MEJÍA Quintana, Oscar. “Postontológico, posfuncional, posjurídico. Mas allá (de la filosofía y teoría) del derecho en la sociedad global”. Work Paper Posdoctorado en Derecho, Universidad Nacional, Bogotá, 2017.

37 Ver. i) HEIDEGGER, Martin. “Ser y Tiempo”, Fondo de Cultura Económica, México, 1974. ii) WITTGENSTEIN, Ludwig “Tractatus Logico – Philosophicus”, New York, 1922.

interpretar, sancionar y/o impartir órdenes de obligatorio acatamiento según sea el caso.

e) De la anterior descripción de las diferentes etapas de recepción de la convencionalidad por parte de la Corte Constitucional Colombiana, puede colegirse que no existe unos criterios o metodologías claras que estandaricen su uso y aplicación, por el contrario, resulta evidente que depende de la temática en estudio y/o los sujetos intervinientes se aplican estándares disímiles generando una clara inseguridad jurídica en ausencia de un precedente claro, homogéneo, coherente e integrador.

No obstante, se observa un escenario de debate en donde la tendencia es a la armonización entendiendo que es mucho más conveniente hablar de sistema jurídico integral o multinivel que de conceptos como la dualidad o supranacionalidad, pues resulta por lo menos inconveniente poner a “competir” la Convención con las Constituciones, ya que existen muchas más semejanzas que diferencias; es más provechoso entender que ambos constituyen el Derecho Constitucional del ordenamiento jurídico y tal vez más adelante un Derecho Constitucional para la Integración.

FUENTES DE CONSULTA

BIBLIOGRÁFICAS

BUSTILLO Marín, Roselia. Líneas Jurisprudenciales. “El Control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral”. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México, 2013.

MEJÍA Quintana, Oscar. “Postontológico, posfuncional, posjurídico. Mas allá (de la filosofía y teoría) del derecho en la sociedad glocal”. Work Paper Posdoctorado en Derecho, Universidad Nacional, Bogotá, 2017.

QUINCHE Ramírez, Manuel Fernando. “El control de convencionalidad y el sistema colombiano”. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional No. 12, 2009.

RAMELLI, Alejandro. “Relaciones entre los controles de convencionalidad y de

constitucionalidad en Colombia”. En: “Derecho Procesal Constitucional”. VC Editores. Tomo III, Volumen III, Bogotá, 2012. p. 230.

RODRIGUEZ Villabona, Andrés Abel. “La interacción entre ordenamientos jurídicos: trasplante recepción, adaptación e influencia en el derecho”. En Revista IUSTA. Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2009.

RODRIGUEZ Villabona, Andrés Abel. La circulation des modeles juridiques: L'exemple de la réception en Colombie de la doctrine constitutionnelle française du début du vingtième siècle. En Revista Virtual “Vía inveniendi et iudicandi” (<http://viei.usta.edu.co/>), 2009.

SAGÜÉS, Néstor. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. En “Estudios Constitucionales”. Año 8. No 1. Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Tela. Chile, 2010.

SANTOFIMIO Gamboa, Jaime Orlando. “El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ideas fuerza rectoras”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

VILLALBA Bernie, Pablo “Justicia Constitucional Supranacional”. Ed. Nueva Jurídica. Bogotá, 2017.

WATSON, A. “From Legal Transplants to Legal Formants”. American Journal of Comparative Law, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig “Tractatus Logico – Philosophicus, New York, 1922.

JURISPRUDENCIALES

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Caso Suarez Rosero VS Ecuador. Sentencia de noviembre 12 de 1997.

Caso Castillo Petruzzi y otros VS Perú. Sentencia de mayo 30 de 1999.

Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) VS Guatemala. Sentencia de noviembre 19 de 1999.

Caso “La última tentación de Cristo” VS Chile. Sentencia de febrero 5 de 2001.

Caso Myrna Mack Chang VS Guatemala. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez.

Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia del 7 de diciembre de 2004. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez.

Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005.

Caso Raxcacó Reyes VS Guatemala. Sentencia de septiembre 15 de 2005.

Caso de “La Masacre de Mapiripán” VS Colombia. Sentencia de septiembre 15 de 2005.

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia del 24 de noviembre de 2006.

Caso Castañeda Gutman VS Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de agosto 6 de 2008.

Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011.

Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Sentencia de 5 de octubre de 2015.

Caso Petro Urrego Vs Colombia. Sentencia del 08 de julio de 2020.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.

Sentencia C-481 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-028 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia C-488 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia SU-712 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Sentencia C-500 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo.

Sentencia C-327 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado.

Sentencia C-699 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa,

Sentencia C-174 de 2017 M.P. María Victoria Calle Correa.

Sentencia C-017 de 2018 M.P. Diana Fajardo Rivera.

Sentencia C-086 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Sentencia C-111 de 2019. M.P. Carlos Bernal Pulido.

Sentencia SU-146 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera.

A MODULAÇÃO DE EFEITOS DECISÓRIOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA¹

HANDEL MARTINS DIAS²
DIEGO GERALDO³

1. INTRODUÇÃO

A ideia do controle de constitucionalidade está ligada à de supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e à da proteção dos direitos fundamentais

- 1 Artigo resultado de investigação realizada no âmbito do grupo de pesquisa *Garantias processuais civis dos bens transindividuais* do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), publicado originalmente na obra *Direitos Fundamentais e sua Tutela*, organizada pelo Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra (PPGD/FDV), Prof. Dr. Dauri Cesar Fabríz (PPGD/FDV), Prof. Dr. Handel Martins Dias (PPGD/FMP) e o Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral (PPGD/ITE), publicada em 2020 pela Editora Dialética.
- 2 Doutor em Direito Processual pela USP. Mestre em Direito Processual pela UFRGS. Coordenador da Pesquisa e Professor de Direito Processual nos cursos de Graduação, Especialização e Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Membro da Associação Mundial de Justiça Constitucional, do Colégio de Advogados Processualistas Latino-Americanos, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Brasileira de Justiça Constitucional. Diretor no Brasil do Colégio de Advogados Processualistas Latino-Americanos e Vice-Presidente da Associação Mundial de Justiça Constitucional para a América do Sul. Advogado. E-mail: handel.dias@fmp.com.br.
- 3 Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio do Rio Grande do Sul e Licenciado em História pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Especialista em Direito e Planejamento Tributário pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Pesquisador do grupo de pesquisa *Garantias processuais civis dos bens transindividuais* da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Advogado. E-mail: diego.geraldo@gmail.com.

(MORAES, 2010). As resultantes do controle de constitucionalidade produzem duplo efeito: de um lado reafirmam e fortalecem o texto constitucional em seu aspecto de superioridade hierárquica e formal e, por outro lado, garantem a segurança dos tutelados que confiam na jurisdição e dela dependem, dando eficácia material plena aos direitos fundamentais. Neste contexto, a lei ou o ato normativo declarado inconstitucional jamais deveria gerar efeitos jurídicos válidos. Mas como muitas vezes o efeito *ex tunc* do pronunciamento de nulidade produz consequências que se distanciam ainda mais da vontade constitucional, constatou-se a necessidade de mitigar, em situações excepcionais, o dogma da retroatividade dos efeitos da declaração de nulidade de lei ou de ato normativo por inconstitucionalidade. Assim, as Leis n.ºs 9.868 e 9.882 de 1999 passaram a permitir que o Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle de constitucionalidade, por maioria qualificada, module no tempo os efeitos da decisão quando presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Recentemente, o novo Código de Processo Civil ampliou as possibilidades de o Supremo Tribunal Federal modular as suas decisões no âmbito do controle interpretativo da Constituição.

O presente ensaio versa precisamente sobre a possibilidade da delimitação pelo Supremo Tribunal Federal da eficácia temporal de suas decisões em matéria tributária. Trata-se de tema de grande relevância, envolvendo supremacia da Constituição, segurança jurídica, interesses públicos versus interesses privados, entre outras questões de natureza constitucional. A temática revela ainda mais importância neste cenário de constantes tentativas governamentais de instituir novas fontes de tributação, nem sempre conforme os ditames constitucionais, e de acentuadas transformações da jurisdição constitucional. O problema da pesquisa está em verificar se é legítimo que o Supremo Tribunal Federal module efeitos decisórios de modo a negar ao contribuinte o direito ao ressarcimento de valor de tributo que lhe tenha sido exigido indevidamente ou a maior à luz da Constituição. Pretende-se averiguar os limites e consequências da relativização da retroatividade dos efeitos decisórios em matéria tributária, em especial quanto aos eventuais impactos ao direito dos contribuintes. Para isso se analisam, a título propedêutico, os efeitos dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal em sua missão de guarda da Constituição Federal e o regime jurídico da modulação dos efeitos na jurisdição constitucional. A pesquisa abarcou a legislação, a literatura jurídica e a jurisprudência, tendo sido utilizada a metodologia participante para a interpretação do fenômeno jurídico e normativo.

2. EFEITOS DAS DECISÕES NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade repressivo realizado pelo Poder Judiciário no Brasil é chamado de misto porque exercido tanto da forma concentrada como da forma difusa. Também conhecido como aberto ou incidental, o controle difuso existe no País desde a primeira Constituição Republicana, editada em 1891, por influência do constitucionalismo norte-americano. Caracteriza-se por permitir a qualquer juiz ou tribunal avaliar, como questão prejudicial ao julgamento de um caso concreto, se a norma jurídica aplicável é compatível ou não com o texto constitucional. Constatando a incompatibilidade da lei ou do ato normativo com a Constituição, o órgão judicial declara a sua inconstitucionalidade e rejeita a sua aplicação na apreciação da causa. A decisão alcança somente as partes do processo (efeitos *inter partes*), permanecendo válida a lei ou o ato normativo em relação a terceiros, salvo se a declaração de inconstitucionalidade emanar do Supremo Tribunal Federal, quando o pronunciamento tem efeitos para além das partes do processo. Consoante o entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação 4.335/AC (BRASIL, 2014c), a decisão declaratória de inconstitucionalidade da Corte via controle difuso gera efeitos expansivos (*ultra partes*) a despeito da resolução suspensiva do Senado Federal prevista no artigo 52, inciso X, da Constituição. A rigor, a declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade torna ineficaz desde o início a lei ou o ato normativo, assim como os atos posteriores dele decorrentes (efeitos *ex tunc*)⁴.

4 Os efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade no controle incidental são somente *inter partes*, salvo se a declaração for proferida pelo Supremo Tribunal Federal, hipótese em que os efeitos retroagem não só para as partes do processo. Antes do julgamento da Reclamação 4.335/AC (BRASIL, 2014c), o entendimento era de que a declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal tinha efeitos *ex nunc* em relação a terceiros, de modo que a lei ou ato normativo declarado inconstitucional deixaria de produzir efeitos apenas a partir da resolução senatorial. Com a extensão dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade a despeito da suspensão da lei ou do ato normativo pelo Senado Federal, passou-se a reconhecer a sua retroatividade *ultra partes*. A propósito, recentemente, ao julgar embargos declaratórios opostos da decisão do Recurso Extraordinário 870.947/SE, decidido no regime de repercussão geral (Tema 810), no qual o Supremo Tribunal Federal declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de parte do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, a Corte negou o diferimento dos efeitos do acórdão justamente porque a preservação de efeitos inconstitucionais é excepcional, devendo de ordinário os efeitos do pronunciamento

A Constituição vigente impõe, no artigo 97, uma cláusula de reserva de plenário para o exercício do controle de constitucionalidade pelos tribunais, de modo que a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público apenas pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou de seus respectivos órgãos especiais⁵. Esta regra se aplica ao Supremo Tribunal Federal quando exerce o controle abstrato e a todos os tribunais na prática do controle difuso, salvo, quanto a estes, se já houver pronunciamento anterior da Suprema Corte ou do respectivo tribunal sobre a constitucionalidade da lei ou do ato normativo. Além de realizar o controle difuso de constitucionalidade a exemplo dos demais tribunais, a mais elevada corte do Brasil exerce, com exclusividade, o controle na forma concentrada, instituído no País em 1965 quando uma emenda constitucional atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual⁶. No controle concentrado, a decisão declaratória de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo tem efeitos plenos para todos (*erga omnes*), vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta. Como regra, a eficácia da decisão é imediata e retroativa, assim como no controle difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal a partir do entendimento firmado na Reclamação 4.335/AC.

Dessarte, tanto no controle concentrado como no difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal a regra é a da retroatividade do pronunciamento de declaração de inconstitucionalidade. A lei ou o ato normativo inconstitucional mantém-se válido e eficaz apenas por um lapso de tem-

retroagir, tal como ocorre na declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado (BRASIL, 2020b).

- 5 Sobre o incidente de arguição de inconstitucionalidade nos tribunais, veja-se AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- 6 Na ordem constitucional em vigor coexistem cinco ações visando ao controle concentrado de constitucionalidade, a saber: a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação direta de constitucionalidade e a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental. A respeito dessas ações vejam-se BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2016; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009; e MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

po. Ao declarar inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o Supremo Tribunal Federal decreta a sua nulidade, desconstituindo *ab initio* os seus efeitos jurídicos válidos e, por corolário, proporcionando a repristinação dos atos estatais anteriores que haviam sido revogados pelo preceito normativo anulado. O saneamento pela via do controle de constitucionalidade efetiva não só a sua extirpação do ordenamento jurídico, senão de todos os seus efeitos jurídicos que tiverem sido emanados. Nas palavras de Moraes (2013), a declaração da nulidade por inconstitucionalidade tem o condão de desfazer, desde a origem, a lei ou ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, ou seja, inclusive os atos pretéritos praticados com base nele. Explica Appio (2005) que a declaração de inconstitucionalidade tem natureza jurídica declaratória, razão por que a eficácia da decisão deve retroagir à data da publicação da lei ou do ato anulado. Sanção imposta pela própria Constituição aos casos de descumprimento das regras que determinam os limites do legislador, a nulidade de lei ou ato normativo – e não anulabilidade como imaginava Kelsen (1941), para quem a decisão de nulidade de lei era constitutiva – seria decorrência de sua invalidade ou de sua causa⁷.

A retroatividade dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal tem inclusive o poder de atingir a coisa julgada, aptidão que restou significativamente estendida pelo novo Código de Processo Civil⁸. De acordo com o artigo 525, §§ 12 e 14, e

7 De encontro com a doutrina dominante no Brasil, entende-se que a decisão de inconstitucionalidade não tenha natureza jurídica meramente declaratória, posto que se reconheça seja a declaração a carga eficaz preponderante ao declarar-se a nulidade de lei ou de ato normativo. Considera-se que a decisão exala também eficácia mandamental, ao vincular a Administração Pública e outros órgãos judiciais aos termos decisórios, e constitutiva negativa por desconstituir os atos praticados no passado com fundamento no preceito normativo declarado inconstitucional. Esse desfazimento dos efeitos jurídicos emanados é decorrência da eficácia desconstitutiva da decisão, não de um reflexo da eficácia declaratória. Naturalmente que o reconhecimento da coexistência de eficácias declaratória e desconstitutiva não são impeditivos para a retroatividade dos efeitos da decisão. A regra de que as eficácias sentençiais (des)constitutivas são *ex nunc* decorre do fato de que a constituição, modificação ou extinção de situação ou relação jurídica existente antes do julgamento refere-se à questão principal da causa. Ademais, há muito a doutrina especializada reconhece a possibilidade de sentença (des)constitutiva ter eficácia *ex tunc*. Sustenta Oliveira (1986) que o problema da eficácia material está ligado ao direito substancial e, por isso mesmo, atribui-se à sentença constitutiva eficácia *ex nunc* ou *ex tunc* conforme a situação jurídico-material correspondente.

8 Antes de entrar em vigor o Código de Processo Civil de 2015, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 730.462, o Plenário do Supremo Tribunal Federal havia afirmado,

o artigo 535, §§ 5º e 7º, do Código de Processo Civil de 2015, é inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo que, antes do trânsito em julgado, venha a ser considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade ou, ainda, fundado em aplicação ou interpretação de lei ou de ato normativo que venha a ser reputado como incompatível com Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal antes do trânsito em julgado. E se a decisão de inconstitucionalidade ou incompatibilidade de aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo com a Constituição Federal for proferida quando já formada a coisa julgada, cabe ação rescisória contra a decisão de mérito, cujo prazo decadencial de 2 (dois) anos conta-se do trânsito em julgado do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (CPC, art. 525, § 15, e art. 535, § 8º). A hipótese de a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no controle concentrado ou difuso não repercutir no plano da validade ou da eficácia do título executivo judicial está na modulação no tempo dos efeitos da decisão pelo Supremo Tribunal Federal para fins de favorecimento da segurança jurídica (CPC, art. 525, § 13, e art. 535, § 6º).

Não apenas através do controle abstrato ou difuso de constitucionalidade o Supremo Tribunal Federal empenha a sua missão precípua de guarda da Constituição. No julgamento de qualquer processo ou recurso de sua competência a Corte exerce o seu mister de proteger o texto constitucional, mormente através do julgamento de recursos extraordinários, pelos quais exerce a função nomofilática, na consagrada expressão de Calamandrei (1920), de primar pela obediência e interpretação uniforme da Constituição. Por meio de recurso extraordinário permite-se, em um processo subjetivo, que qualquer jurisdicionado porte ao Supremo Tribunal Federal, em única ou última instância, a violação à norma constitucional em face da interpretação que lhe foi dada na resolução de um caso concreto nas hipóteses constitucionais permissivas (art. 102, III). O exercício dessa função essencialmente de controle de interpretação da Constituição pelo

em repercussão geral, a tese no sentido de que “a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495)” (BRASIL, 2015c). Por este entendimento, a declaração de inconstitucionalidade superveniente pelo Supremo Tribunal Federal não poderia ensejar a rescisão de sentença transitada em julgado há mais de 2 (dois) anos.

Supremo Tribunal Federal sofreu significativa transformação a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que fomentou o movimento em direção à força subordinante dos precedentes no âmbito da jurisdição constitucional mediante a eficácia expansiva das decisões da Corte proferidas em processos subjetivos. A teor do Código de Processo Civil em vigor, a tese jurídica fixada sobre questão constitucional controvertida no julgamento do(s) recurso(s) extraordinário(s) paradigma(s) no regime da repercussão geral e dos recursos repetitivos tem efeitos *ultra partes* e retroativos, visto que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no acórdão paradigma deve ser observada pelos juízes e tribunais inclusive em relação aos processos pendentes que tratem da mesma questão constitucional⁹. Apesar da considerável força do precedente¹⁰, o Código de Processo Civil, na redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016, não lhe conferiu efeito vinculante de maneira a autorizar, por quem não foi parte no processo subjetivo que lhe deu origem, o ingresso de reclamação no Supremo Tribunal Federal para garantir a sua observância sem o exaurimento das instâncias ordinárias (art. 988, § 5º)¹¹.

3. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DECISÓRIOS PELO STF

Desde o advento da Lei nº 9.868, a qual veio a disciplinar o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, positivou-se a possibilidade de se definir *in concreto* o termo inicial dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade por razões de segurança jurídica ou de excepcional

9 Vejam-se o artigo 927, III, o artigo 1035, § 8º, e os artigos 1.039 a 1.041 do Código de Processo Civil. Ressalte-se ainda, que a decisão não deve ser observada apenas pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Estatui o art. 1.040, IV, do Código que o resultado do julgamento deve ser comunicado ao órgão, ente ou agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação da tese adotada por parte dos entes sujeitos a regulação se os recursos versarem sobre questão relativa à prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização.

10 Vejam-se, em especial, o artigo 311, II; o artigo 332, II; o artigo 496, § 4º, II; o artigo 521, IV; o artigo 927, III e §§, o artigo 932, IV, “b”, V, “b”; o artigo 955, parágrafo único, II; o artigo 987; o artigo 1022, parágrafo único, I; o artigo 1030, incisos I e III; o artigo 1035, §§ 7º e 8º; e os artigos 1039 a 1041 do Código de Processo Civil.

11 Veja-se BRASIL Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo regimental em reclamação. Rcl 20.631 Agr/PA. Relatora: Ministra Rosa Weber, j. 16 dez. 2016, **Diário da Justiça Eletrônico** 13 mar. 2017a.

interesse social, hipótese reproduzida em seguida na Lei nº 9.882, que dispõe sobre o processo e o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental¹². Conforme o artigo 27 da Lei nº 9.868 e o artigo 11 da Lei nº 9.882, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, pode o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que fixar. Portanto, os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade podem ser restringidos pelo Supremo Tribunal Federal em sua amplitude e no tempo – modulação objeto do presente ensaio –, desde que observadas as condições autorizadoras para a sua efetivação, quais sejam, a maioria qualificada de dois terços dos ministros (requisito formal) e existência de razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social (requisito axiológica ou material)¹³.

Embora as Leis n.ºs 9.868 e 9.882 tivessem o propósito de permitir a manipulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade apenas no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de admiti-la também no controle difuso. Aplicada inicialmente em ditas *situações extremas*¹⁴ no controle incidental, a modulação tornou-se frequente na

12 Essa previsão surgiu para relativizar os efeitos da nulidade da lei ou do ato normativo inconstitucional visando à proteção de situações material e juridicamente irreversíveis constituídas sob a égide daquele preceito, ou até mesmo de situações reversíveis, porém cuja reversibilidade traria consequências mais prejudiciais à segurança jurídica e ao interesse público do que a própria manutenção da lei ou do ato normativo nulo (MORAES, 2010; JANCZESKI, 2008). Houve, inclusive, situações pretéritas em que o Supremo Tribunal Federal deixou de declarar a nulidade de leis e atos normativos inconstitucionais por temor de atingir situações consolidadas. Conforme salientou Mendes (BRASIL, 2007c) em julgamento no Supremo Tribunal Federal, a impossibilidade de estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acabava por obrigar a Corte a se abster muitas vezes de emitir juízo de censura, considerando constitucionais leis ou atos normativos manifestamente inconstitucionais.

13 Leciona Moraes (2010) que, em relação à amplitude dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal pode afastar a regra dos efeitos expansivos em situações específicas ou, ainda, limitar total ou parcialmente os efeitos repristinatórios e os temporais mediante a declaração da validade de alguns atos praticados na vigência da norma inconstitucional.

14 Veja-se: BRASIL Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo regimental em agravo de instrumento. AI 557.237 AgR/RJ. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. j. 18 set. 2007, *Diário da Justiça* 26 out. 2007b, p. 80.

práxis do Supremo Tribunal Federal na resolução de processos subjetivos. E a técnica mostrou-se imprescindível em razão da eficácia adquirida pelas decisões declaratórias de inconstitucionalidade por força da chamada abstrativização do controle difuso, sobretudo pelo regime da repercussão geral e dos recursos repetitivos, quando não mediante reconhecimento da transcendência dos motivos determinantes¹⁵ ou edição de súmula vinculante sobre o pronunciamento declaratório de inconstitucionalidade¹⁶. Aliás, a prática da modulação dos efeitos no controle incidental foi um dos fundamentos basilares para o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2014c), dos efeitos *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso a despeito da resolução do Senado, a par de outras hipóteses conferindo força expansiva a decisões da Corte proferidas em processos subjetivos, em especial nas duas últimas décadas. Essa evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro na ordem constitucional vigente acabou praticamente equiparando os efeitos das decisões proferidas em sede de controle abstrato e difuso pelo Supremo Tribunal Federal. Nas duas formas de controle de constitucionalidade, ordinariamente os efeitos são imediatos, expansivos, retroativos e admitem modulação. Tanto é assim que há decisões da Suprema Corte reconhecendo a prejudicialidade de ações de controle concentrado por já existir declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso¹⁷. A diferença substancial está basicamente na força vinculante dos julgados proferidos no controle abstrato por admitir o pronto ajuizamento de reclamação para o Supremo Tribunal Federal (CPC, art. 988, III), o que não é possível na declaração de inconstitucionalidade proferida *incidenter tantum*¹⁸.

15 Quanto aos fundamentos determinantes, a eficácia expansiva de decisões declaratórias de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal tem acontecido de forma destacada no controle incidental de direito municipal por força da submissão, ao controle judicial, de leis de diversos Municípios de conteúdo normativo idêntico ou muito similar.

16 Por exemplo, a edição da Súmula Vinculante nº 26 sobre a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que vedava a progressão de regime em casos de crimes hediondos, declarada inconstitucional incidentemente no julgamento de um *habeas corpus*.

17 V.g., BRASIL Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF 174/RN. Relator: Ministro Luz Fux. j. 26 set. 2013, **Diário da Justiça Eletrônico** 02 jun. 2014a.

18 Conquanto o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2014c) tenha reconhecido a eficácia expansiva da decisão declaratória de inconstitucionalidade no controle incidental,

Tendo em vista o caráter cogente do balizamento eficaz quando configurados os requisitos legais, cumpre à Suprema Corte se pronunciar sobre a modulação não só a requerimento, mas também de ofício¹⁹. Como a regra é a da retroatividade dos efeitos do acórdão declaratório de inconstitucionalidade em virtude da adoção da teoria da nulidade do preceito normativo inconstitucional na ordem jurídica brasileira, presume-se a plena produção dos efeitos no tempo se inexistente pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da eficácia temporal da decisão, cabendo aos interessados na modulação dos efeitos oporem embargos declaratórios por omissão, com amparo no artigo 1.022, inciso II, do Código de Processo Civil²⁰. Em síntese, a restrição da ampla eficácia temporal da decisão declaratória de inconstitucionalidade, ou seja, a negação de seus efeitos expansivos *ad praeteritum et ad futurum* pode se dar de três formas: i) *pela limitação dos efeitos retroativos*: quando o termo inicial é definido depois da publicação da lei ou ato normativo declara-

negou-lhe o efeito vinculante. E isso se deu por pragmatismo, notadamente com o propósito de não admitir reclamação direta para a Corte quando não foi observada a decisão. O Supremo Tribunal Federal vem conferindo interpretação restritiva em relação à sua competência constitucional de processar e julgar reclamação para a garantia da autoridade de suas decisões (CF, art. 102, I, alínea “I”), basicamente nas hipóteses previstas no inciso III do artigo 988 do Código de Processo Civil, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.256, de 2016, i. e., para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade. Por assim dizer, ainda que tenha reconhecido o efeito *ultra partes* da decisão declaratória de inconstitucionalidade no controle incidental, o Supremo Tribunal Federal não admite reclamação direta para a Corte, a não ser que haja edição de súmula vinculante ou a reclamação seja ajuizada pelas próprias partes e relativa à mesma relação jurídica do processo em que proferida a declaração de inconstitucionalidade. Veja-se BRASIL Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo regimental em Reclamação. Rcl 35.719 AgR/BA. Relatora: Ministra Rosa Weber. j. 14 fev. 2020, **Diário da Justiça Eletrônico** 09 mar. 2020a.

- 19 Para Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2013), o Supremo Tribunal Federal não tem discricionariedade, mas o dever de modular os efeitos da decisão quando presentes os requisitos legais, posicionamento compartilhado por Fischer (2004).
- 20 Veja-se BRASIL Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Embargos de declaração em ação declaratória de inconstitucionalidade. ADI 3.601 ED/DF. Relator: Ministro Dias Toffoli. j. 09 set. 2010, **Diário da Justiça Eletrônico** 15 dez. 2010. Por conta disso, há inclusive casos em que se estabeleceram a própria data de publicação da ata de julgamento dos embargos declaratório como termo *a quo* dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Veja-se, por exemplo, BRASIL Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Embargos de declaração em ação declaratória de inconstitucionalidade. ADI 5.107 ED-TERCEIROS / MT. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. j. 12 nov. 2018, **Diário da Justiça Eletrônico** 23 nov. 2018b.

do inconstitucional e antes da publicação da decisão²¹; ii) *pela exclusão de efeitos retroativos* (efeitos exclusivamente ulteriores): quando o termo inicial é a publicação da decisão declaratória de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo²²; ou, ainda, iii) *pela exclusão de efeitos retroativos e limitação dos ulteriores* (efeitos prospectivos): quando o termo inicial é fixado em um momento posterior à publicação da decisão declaratória de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo²³. Naturalmente que será

21 Exemplo ilustrativo constitui o Recurso Extraordinário 870.947/SE (Tema 810), no qual o Supremo Tribunal Federal declarou, *incidenter tantum*, em 20/09/2017 (DJe 17/11/2017), a parcial inconstitucionalidade do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009. Nos julgamentos dos embargos declaratórios o debate no plenário da Corte (BRASIL, 2020b) cingiu-se ao termo inicial dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade: a data da publicação da lei declarada inconstitucional ou 25/03/2015: data firmada para o início dos efeitos da decisão proferida nas ADIs 4.357 e 4.425 que tratava de termo correlato, ou seja, um marco temporal situado entre a publicação da lei declarada inconstitucional e a publicação da decisão de inconstitucionalidade.

22 Nos termos do art. 101 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, pronunciada por maioria qualificada, tem efeitos imediatos *interna corporis* no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ainda que o acórdão não tenha sido publicado ou, caso já publicado, ainda não haja transitado em julgado (BRASIL, 2000). Porém, os seus efeitos são emanados externamente a partir da publicação do acórdão, na forma do artigo 28, *caput*, da Lei n.ºs 9.868, de 1999 (BRASIL, 2015c), ressalvada a existência de decisões da Corte considerando a data da publicação da ata da sessão de julgamento no Diário da Justiça o encetamento dos efeitos (BRASIL, 2015b, 2005 e 2004). Neste sentido, embora o artigo 27 da Lei nº 9.868 e o artigo 11 da Lei nº 9.882 falem em “decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que fixar”, o parâmetro correto para a classificação é a publicação do acórdão, momento em que é emanada a carga eficaz da decisão declaratória de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

23 Ao referirem “ou de outro momento que fixar”, o artigo 27 da Lei nº 9.868 e o artigo 11 da Lei nº 9.882 admitem que o Supremo Tribunal Federal estabeleça marco futuro em que o preceito normativo declarado inconstitucional será excluído do ordenamento jurídico, de modo que ainda continuará em vigor por certo tempo, devendo, por consequência, ser observado nesse ínterim por todos apesar de já reconhecida a sua inconstitucionalidade. O *leading case* dessa possibilidade foi a ADI 2.240/BA, na qual Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2007c) declarou a inconstitucionalidade da lei estadual que havia criado o Município de Luís Eduardo Magalhães no Estado da Bahia, existente de fato como ente federativo há mais de seis anos à época do julgamento. A Suprema Corte reconheceu o vício de inconstitucionalidade da lei estadual, mas concedeu o prazo vinte e quatro meses para a regularização mediante edição de nova lei após os parâmetros serem fixados, nesse interregno, em lei complementar federal.

necessária a maioria qualificada de dois terços dos ministros da Corte e a existência de razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social para qualquer uma dessas situações.

Sublinha-se que os efeitos retroativos da decisão declaratória de inconstitucionalidade são os declaratórios e desconstitutivos, não os mandamentais, consistentes em vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta²⁴. O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015c) já decidiu que suas decisões de inconstitucionalidade geram a consequência de excluir do sistema de direito as leis ou os atos normativos declarados inconstitucionais (denominada de *eficácia normativa*), bem como a de atribuir aos julgados uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (denominada de *eficácia executiva ou instrumental*). Por decorrer da decisão declaratória de inconstitucionalidade – e não da vigência do preceito normativo anulado –, dita eficácia executiva passa a emanar da data da publicação do acórdão na forma do artigo 28 da Lei nº 9.868, de 1999²⁵. Por assim dizer, a força vinculante não advém do preceito inconstitucional, senão do pronunciamento que declara a inconstitucionalidade. Por isso, é a partir da publicação do aresto que os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública ficam subordinados ao precedente²⁶. Já a denominada *eficácia normativa*, que alcança a lei ou ato normativo anulado na sua origem, bem como os efeitos jurídicos que tiver emanado até então, inclusive atos administrativos e decisões judiciais proferidos com base nele, opera-se *ex tunc*. São esses efeitos declaratórios e desconstitutivos que podem ser equacionados em relação ao pretérito.

Para Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2013), o objetivo da modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, como mecanismo de uso excepcional, é a estabilização do sistema mediante a ponderação da segurança jurídica e de princípios constitucionais reves-

24 Veja-se a nota 4.

25 Esse entendimento foi encampado pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015c) a partir do voto condutor do ministro Teori Zavascki, o que já era por ele defendido em sede doutrinária. Veja-se ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na justiça constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 54-55.

26 Justamente por não estar submetidos ao efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015c) não admite reclamação contra atos administrativos ou decisões judiciais proferidos antes da publicação da decisão de declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato, ainda que ditados com base em norma inconstitucional.

tidos por um interesse público relevante: conceitos com base constitucional²⁷. Além de quórum qualificado de dois terços dos ministros do Supremo Tribunal Federal (requisito formal), a decisão que contém os efeitos o pronunciamento declaratório de inconstitucionalidade requer a superação do ônus argumentativo de que a segurança jurídica ou outro princípio constitucional sob a forma de excepcional interesse social justifique em concreto a prevalência dos interesses que seriam sacrificados pelos efeitos decisórios sobre os interesses afetados pela lei ou ato normativo declarado inconstitucional. A modulação decorre, assim, da busca de uma efetiva tutela material da Constituição e dos direitos fundamentais, possibilitando a aplicação de eficácia temporal distinta em cada decisão de controle de constitucionalidade mediante um rigoroso juízo de ponderação dos princípios constitucionais envolvidos, a fim de garantir, simultaneamente, a máxima segurança jurídica e a efetividade material da Constituição. Nessa ordem de ideias, apesar de aparentemente mitigar a força da Constituição, o afastamento dos plenos efeitos da declaração de nulidade do Supremo Tribunal Federal por meio da modulação reforça o texto constitucional ao evitar a instabilidade do sistema e propiciar a segurança jurídica.

No julgamento do Agravo de Instrumento 631.533/RJ, Mendes (BRASIL, 2007a) ressaltou que é possível afastar, em determinadas situações, a incidência do princípio da nulidade da lei inconstitucional, não obstante o seu caráter constitucional. O princípio não pode ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida, bem como nas hipóteses em que a sua aplicação possa trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica)²⁸. Quando configurado eventual conflito entre os prin-

27 Destacam Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2013) que esse mecanismo de calibração dos efeitos no controle de constitucionalidade é fruto da reflexão da prática constitucional. O problema não seria a natureza jurídica da decisão (declaratória ou desconstitutiva) ou se a ela tem efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, uma vez que, em um ou outro caso, sempre haveria necessidade de temperos nas suas aplicações. A previsão ortodoxa de que a decisão não retroagia sempre faria escapar situações em que a retroatividade seria vantajosa, da mesma forma que a opção pela retroatividade permite a existência de situações passadas às quais é recomendável a modulação dos efeitos. Por isso entendem que esse modelo híbrido deve permitir a relativização do princípio da nulidade – sem, contudo, afastá-lo enquanto regra geral –, para preservar situações jurídicas e realidades sociais nascidas a partir da lei inconstitucional.

28 A segurança jurídica constitui o ponto central para a correta aplicação da modulação. Segundo Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2013, p. 1.089), a segurança jurídica pode ser analisada em duas dimensões: uma objetiva e outra subjetiva. No plano objetivo,

cípios da nulidade e da segurança jurídica, a solução deve ser perquirida em um processo de complexa ponderação, sem retirar os plenos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade a condição de regra. O afastamento de incidência do princípio da nulidade deve ser resultado de um severo juízo de ponderação que indique a prevalência da ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social preponderante a partir da análise fundada no princípio da proporcionalidade²⁹. Assim, a não aplicação do princípio da nulidade não há de se basear em consideração de política judiciária, mas, sim, em fundamento constitucional próprio. Diante desse entendimento, o balizamento eficaz dependeria de um juízo de ponderação no caso concreto, contrapondo-se os princípios constitucionais relacionados à situação fática, de modo a avaliar o que melhor corresponde à salvaguarda da Constituição em cada situação sujeita ao pronunciamento de inconstitucionalidade de ato normativo ou lei. Logo, deve ser relativizado o princípio da nulidade em prol da segurança jurídica ou de outro princípio constitucional preponderante no caso concreto na tutela de uma realidade fática gerada na vigência do preceito inconstitucional³⁰.

a segurança jurídica recai sobre a ordem jurídica objetivamente considerada, importando a irretroatividade e a previsibilidade dos atos estatais, assim como o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Já em uma perspectiva subjetiva, a segurança jurídica é vista a partir do ângulo dos cidadãos em face dos atos do Poder Público, abarcando o princípio da confiança porquanto garante da confiança de que os atos estatais devem proporcionar aos cidadãos, titulares que são de expectativas legítimas. Nessa senda, a segurança jurídica implica expectativa de lógica e previsibilidade do sistema, traduzida no princípio da confiança de modo que não se surpreenda os cidadãos com mudanças na ordem jurídica por mera conveniência política dos governantes e legisladores. E o que todo cidadão espera do Poder Judiciário é a defesa integral da supremacia constitucional, não a sua violação em decisões judiciais. Pela nobreza contida no seu exercício, a atividade jurisdicional deve imprimir o máximo de segurança jurídica, o que só é alcançado se ela configurar de modo explícito a harmonia dos seus efeitos com as linhas mestras materializadas na Constituição Federal (DELGADO, 2007).

29 O excepcional interesse social previsto no artigo 27 da Lei nº 9.868 e no artigo 11 da Lei nº 9.882 nada mais é do que um princípio constitucional manifestado *in concreto* na realidade fática. Como pano de fundo desse conceito de interesse social (interesse público primário), pode-se inferir a presença da noção de soberania popular como fonte última de legitimidade do sistema, valor este acima da vontade estatal (interesse público secundário).

30 No Estado de Direito Democrático, a proporcionalidade constitui a mais adequada ferramenta metodológica para a interpretação e aplicação de direito na resolução de casos quando há princípios conflitantes, pois permite a sua harmonização na

Todas essas considerações também devem ser observadas quando o Supremo Tribunal Federal executa o controle de interpretação da Constituição, em especial através do recurso extraordinário no regime da repercussão geral e dos recursos repetitivos pela eficácia *ultra partes* da decisão. Claramente inspirado no artigo 27 da Lei nº 9.868 e no artigo 11 da Lei nº 9.882, o legislador previu, no § 3º do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, que no interesse social e no da segurança jurídica pode haver modulação dos efeitos pelo Supremo Tribunal Federal na hipótese de alteração de jurisprudência dominante ou daquela originária de julgamento de casos repetitivos. Isso significa que, ao modificar sua jurisprudência dominante ou fixar uma nova tese jurídica sobre questão constitucional controvertida no julgamento de recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal pode manipular no tempo os efeitos da decisão, ainda que não se trate de declaração de inconstitucionalidade³¹. Em uma interpretação literal da norma, não se exige a maioria qualificada de dois terços dos ministros da Corte, como nas Leis n.ºs 9.868 e 9.882³². Em contrapartida, impõe a existência de razões de segurança jurídica e interesse social para o balizamento eficaz. Logo, é necessária a prevalência cumulativa dos princípios da segurança jurídica e do interesse social no juízo de ponderação para a legitimidade da gestão dos efeitos decisórios nessa hipótese. E se o Código de Processo Civil exige um rigoroso ônus

medida do possível. Ao decidir sobre a restrição ou não dos efeitos da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, nenhum dos princípios constitucionais contemplados no juízo de ponderação pode ser considerado inválido, de maneira que o Supremo Tribunal Federal deveria proceder ao teste de proporcionalidade com o propósito efetivá-los o quanto possível for em face dos consectários da decisão declaratória de inconstitucionalidade. Sobre o teste de proporcionalidade, veja-se GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 239-314.

- 31 Esposa Pedra (2017) que nos casos de mutação constitucional por decisão judicial interpretativa jamais devem ser produzidos efeitos pretéritos por força do princípio da segurança jurídica, resguardando-se as relações jurídicas havidas no passado do novo significado atribuído à norma constitucional. Sustenta que a segurança jurídica deve estar presente na sociedade, pois representa a certeza de agir conforme os padrões comportamentais em vigor. A retroatividade dos efeitos da mutação normativa somente poderia ser excepcionada em matéria criminal.
- 32 Pela excepcionalidade da medida e por ter o pronunciamento efeitos *ultra partes* tal como a decisões no controle concentrado e difuso de constitucionalidade, também deve haver maioria qualificada de dois terços dos ministros para o Supremo Tribunal Federal realizar a modulação, da mesma forma que exigem as Leis n.ºs 9.868 e 9.882.

argumentativo para a alteração da jurisprudência, considerando os princípios da segurança, proteção da confiança e isonomia (art. 927, § 4º), ainda maior é o encargo para a modulação dos efeitos da decisão, ainda mais em se tratando do trato de matéria constitucional.

4. MODULAÇÃO DE EFEITOS PELO STF EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

De início, por respeito à Constituição, o mecanismo da modulação dos efeitos das decisões em controle de constitucionalidade foi utilizado com parcimônia, basicamente em situações em que os plenos efeitos da declaração de inconstitucionalidade teriam o condão de ensejar uma grave desestabilização do sistema jurídico. *Cum grano salis*, o Supremo Tribunal Federal realizava um criterioso juízo de ponderação dos princípios constitucionais envolvidos quando havia declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo para deliberar sobre o equacionamento dos efeitos decisórios. Tão somente em casos excepcionais, em que havia efetivamente a prevalência da segurança jurídica ou de outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social, era mitigado o princípio da nulidade da lei inconstitucional mediante definição *in concreto* dos efeitos do pronunciamento no tempo. Pesquisa feita por Dimoulis e Lunardi (2013), centrada nas modulações em decisões de declaração de inconstitucionalidade em sede de controle de abstrato até abril de 2010, apontou que em geral se respeitaram os interesses privados que haviam sido lesados pela norma declarada inconstitucional, inclusive na seara tributária, embora o fator econômico tivesse sido determinante, de maneira direta ou indireta, na análise acerca dos efeitos das decisões. Todavia, esse panorama de temperança na proporcionalidade foi rompido em 2008, infelizmente em prejuízo dos contribuintes.

Os *leading cases* do emprego heterodoxo da modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade em matéria tributária foram os Recursos Extraordinários n.ºs 556.664/RS, 559.882/RS, 559.943/RS e 560.626/RS, julgados nos dias 11 e 12 de junho de 2008 no regime de repercussão geral com a fixação da tese que deu origem à Súmula Vinculante n.º 8. No julgamento desses paradigmas, o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2008a, 2008b, 2008c e 2008d) declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, bem como do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77, referentes à prescrição e decadência de crédito tributário, por inobservância da reserva de

lei complementar para a edição de normas gerais tributárias. Mas sob o pretexto da repercussão dos efeitos retroativos da declaração inconstitucionalidade e insegurança jurídica que poderiam proporcionar, por maioria, vencido apenas o ministro Marco Aurélio, o Tribunal Pleno acolheu a proposição do ministro Gilmar Mendes e deliberou aplicar efeitos *ex nunc* à decisão, ressaltando apenas o direito dos contribuintes que já haviam postulado a repetição até o julgamento. Dizendo de outra forma, embora o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido que era defeso ao Fisco exigir as contribuições da seguridade social fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no Código Tributário Nacional pela inconstitucionalidade das normas que amparavam essa conduta, os valores já recolhidos nestas condições não precisariam ser devolvidos aos contribuintes, salvo se a repetição do indébito tivesse sido demandada antes do julgamento.

Para Velloso (2008), a mudança na jurisprudência para negar aos contribuintes o direito de pleitear o ressarcimento pelos valores já recolhidos mediante modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade deu guarida, por meio de uma hermenêutica consequencialista questionável, à proteção de interesses casuais da Administração Pública sob color de evitar a insegurança jurídica. Considerando o fato de que a própria Procuradoria da Fazenda Nacional havia se pronunciado durante o julgamento que a questão envolvia em torno de R\$ 96 bilhões, entre valores já arrecadados e em vias de cobrança pela União, assinalou ser “inquestionável que não se preteriu a primazia da Constituição em favor de um princípio jurídico-constitucional, senão de razões de conveniência econômica” (p. 9). Na mesma linha, afirma Andrade (2011) que o Supremo Tribunal Federal mostrou-se suscetível ao argumento consequencialista de cunho econômico, mesmo sem qualquer fundamento válido que o sustentasse e lhe servisse como base para uma eventual decisão devidamente motivada. De fato, a modulação de efeitos não pode se prestar ao propósito consequencialista de proteger interesses fazendários em detrimento dos cidadãos, indo de encontro com a vontade constitucional. Como aduziu isoladamente no julgamento o ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2008a, 2008b, 2008c e 2008d), desde 1969 a jurisprudência da Corte é no sentido de ser indispensável o trato de normas gerais tributárias mediante lei complementar, não havendo premissa que leve o Supremo Tribunal Federal a quase sinalizar no sentido de que vale a pena editar normas inconstitucionais. A modulação que proporciona prejuízo para os contribuintes, já exasperados com a alta carga tributária, e o locupletamento do Estado acabou por diminuir a eficácia da Constituição.

Ademais, inexistiu no julgamento da modulação fundamentação, quanto mais juízo de ponderação, fato agravado pela circunstância de o decisório representar em si ofensa a vários princípios constitucionais, dentre os quais os da segurança jurídica, isonomia, confiança, boa-fé, legalidade e não confisco, além do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Da análise do voto condutor acerca da questão percebe-se que o único argumento assinalado para justificar a preterição do princípio da nulidade da lei inconstitucional foi a mera menção da suposta *repercussão e insegurança jurídica* que poderiam ter os efeitos retroativos do pronunciamento. Em nenhum momento o Plenário esclareceu qual seria essa repercussão, tampouco a suposta insegurança jurídica que seria propagada pelos plenos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para justificar a excepcionalidade de permitir a eficácia de normas declaradas inconstitucionais de forma unânime, mormente pelo fato de que os efeitos *ex nunc* também teriam repercussão para os contribuintes e gerariam, como de fato geraram, enorme insegurança jurídica perante os jurisdicionados, em especial pela quebra isonomia e da confiança. Na realidade, o sopesamento da segurança jurídica e dos interesses sociais envolvidos no julgamento da questão indica, de forma inexorável, a absoluta ilegitimidade da modulação dos efeitos. Como esposa Velloso (2008), o verdadeiro interesse social excepcional em matéria tributária é o direito do contribuinte de reaver o que lhe foi exigido inconstitucionalmente e garantir tal direito é a expressão da segurança jurídica e do respeito ao princípio da confiança³³. E ao resguardar apenas o direito dos contribuintes que já haviam postulado a repetição até o julgamento, o Supremo Tribunal Federal instituiu uma situação de flagrante desigualdade. O acórdão beneficiou somente parte dos contribuintes, notadamente os que já que haviam postulado a restituição e os inadimplentes na medida em que tiveram os seus débitos fiscais desconstituídos pelo pronunciamento. No entanto, todos os contribuintes que, confiando no Poder Público, haviam efetuado o pagamento das contribuições cobradas indevidamente e, confiando no Poder Judiciário, aguardavam a declaração de inconstitucionalidade não tiveram o direito à devolução³⁴.

33 Acrescenta Velloso (2008) que na seara tributária a retroatividade da pronúncia de inconstitucionalidade não depende apenas da consideração do postulado da supremacia constitucional, senão também da noção de tributo, o que implica reconhecer que o poder de criar obrigações válidas decorre sempre de um ato normativo precedente e legitimado. O contrário significa considerar válido o confisco da propriedade privada pelo poder estatal de forma arbitrária.

34 São evidentes os perniciosos consectários de um provimento judicial que promove a desigualdade entre os jurisdicionados, sobretudo quando é originado do mais

Aparentemente com o escopo de ocultar os propósitos consequencialistas do *decisum*, não houve qualquer justificativa para a ponderação efetuada, ou seja, a demonstração argumentativa de que deveria ser preterido o princípio da nulidade pela prevalência, no caso, da segurança jurídica ou de outro princípio constitucionalmente relevante manifestado sob a forma de interesse social. A vaga e melancólica referência de que os efeitos retroativos do pronunciamento poderiam ter repercussão e proporcionar insegurança jurídica absolutamente desservem como fundamento para convalidar atos praticados com espeque em normas inconstitucionais, reduzindo a força normativa da Constituição e, por conseguinte, todo o ordenamento jurídico e os próprios fundamentos do Estado de Direito. Como já sublinhado, o tolhimento dos plenos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por meio da modulação deve ocorrer só em situações excepcionais consoante a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, e sempre com o desígnio de buscar efetiva tutela material da Constituição e dos direitos fundamentais. Segundo Velloso (2008), é óbvio que a repetição não geraria insegurança jurídica. Ao contrário, na medida em que reforçaria a segurança jurídica dos contribuintes quanto à efetividade dos seus direitos garantidos constitucionalmente, vindo a corroborar a força jurídica das limitações ao poder de tributar, com frequência abalada por ações irresponsáveis do legislador. A decisão de restringir no tempo a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 e do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 não teve outro intuito senão o de validar o recolhimento de tributos inexigíveis, abrindo um precedente perigoso de legitimação de uma nova fonte de arrecadação para o Estado, a de “tributos inconstitucionais não restituíveis” (p. 13). Não se pode confundir segurança jurídica com segurança orçamentária da União, tampouco interesse social com o interesse do Fisco.

Ainda que a modulação dos efeitos decisórios no controle de constitucionalidade não se mostre legítima em matéria tributária para tolher o direito dos contribuintes de ser ressarcidos de valores que lhes tenham sido exigidos a título de tributo lançado com base em uma lei declarada inconstitucional, o decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários n.ºs 556.664/RS, 559.882/RS, 559.943/RS e 560.626/RS permite conceber que a técnica seja novamente aplicada de forma terato-

elevado Tribunal do País. Para Pinto (2010), talvez o maior mal que o processo possa produzir reside não na injustiça da decisão ou na demora na prestação jurisdicional, mas na quebra do princípio da isonomia. O inconformismo com o tratamento desigual é intenso e inaceitável para os jurisdicionados.

lógica em outros casos, ainda que não em controle de constitucionalidade *ex vi* do § 3º do artigo 927 do Código de Processo Civil. Atualmente este receio existe em especial para o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR³⁵. Em março de 2017, no regime de repercussão geral (Tema 69), o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2017b) deu provimento ao Recurso Extraordinário nº 574.706/PR e fixou a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da CONFINS³⁶. Apesar de essa decisão não ter ensejado mudança de jurisprudência dominante ou de orientação firmada em julgamento de caso repetitivo no Supremo Tribunal Federal – visto que o Tribunal Pleno havia adotado o mesmo entendimento há menos de três anos, vale ressaltar com apenas dois votos contrários (BRASIL, 2014b)³⁷ –, os ministros aventaram sobre a possibilidade de modulação por meio de embargos declaratórios no final do julgamento e efetivamente houve a oposição do recurso pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional com esse propósito, estando pendente de julgamento. Em síntese, em razão do impacto e abrangência do julgado, a União requereu que os efeitos emanem a partir do julgamento dos declaratórios, com o que concordou a então Procuradora-Geral da República em seu parecer a despeito de se ter reconhecido a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo para fins de incidência do PIS e COFINS³⁸.

35 O julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR fez com que o Supremo Tribunal Federal extinguisse, por prejudicialidade, a ADC 18/DF que versava sobre a mesma controvérsia constitucional. Esta ação declaratória de constitucionalidade havia sido ajuizada em 2007 pelo Presidente da República visando à declaração de constitucionalidade do art. 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98 para legitimar a inclusão dos valores pagos a título de ICMS e repassados aos consumidores no preço dos produtos ou serviços na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP (BRASIL, 2018a).

36 Em uma apertada suma, a questão constitucional versada no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR era a legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Alegava o recorrente no recurso extraordinário que a interpretação dada à Lei 9.718/98 violava a capacidade contributiva (CF, art. 145, §1º) e a regra de competência das contribuições (CF, art. 195, I, b, incluído pela Emenda Constitucional 20/1998).

37 O Recurso Extraordinário nº 240.785/MG tratava da mesma controvérsia objeto do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, tendo o seu julgamento iniciado em 1999 e concluído em 2014. Embora tenha sido julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (com sete votos favoráveis e dois contrários à tese de que o ICMS não pode ser incluído na base de cálculo para fins de incidência do PIS e COFINS), não fora incluído na sistemática da repercussão geral justamente porque já havia sido incluído o Recurso Extraordinário nº 574.706/PR em 2008.

38 Recentemente, no dia 14 de agosto do corrente ano, o Supremo Tribunal Federal

Um alento nos últimos anos foi o julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4.481/PR, pelo qual o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015a) declarou a inconstitucionalidade de normas da Lei nº 14.985/2006 do Estado do Paraná que havia instituído benefícios fiscais relativos ao ICMS sem convênio interestadual, na forma do artigo 155, § 2º, XII, alínea “g”, da Constituição³⁹. Tendo em vista que a lei estadual em tela vigorava há oito anos, os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade gerariam um grande e injusto impacto para os contribuintes, os quais tinham a obrigação de cumpri-la nesse interregno tal como foi posta diante da presunção de constitucionalidade. A partir da ponderação proposta pelo relator, ministro Roberto Barroso, entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e segurança jurídica, entendeu o Supremo Tribunal Federal que deveriam prevalecer os últimos e foi atribuída à decisão exclusivamente efeitos ulteriores. Ensina Bobbio (2014) que a coerência não é condição de validade, senão de justiça do ordenamento. Espera-se que a Supremo Tribunal Federal efetivamente utilize a técnica da modulação como uma ferramenta excepcional para a tutela material da Constituição e dos direitos fundamentais, jamais para atender interesses meramente fazendários em afronta a direitos e garantias constitucionais dos cidadãos. Como enfatizou o ministro Celso de Mello (BRASIL, 1999), razões de Estado não podem ser invocadas para legitimar o desrespeito à supremacia da Constituição. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional, tampouco recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infideli-

iniciou o julgamento virtual, em regime de repercussão geral, do Recurso Extraordinário 592.616/RS, que trata de controvérsia semelhante, a saber, a exclusão do PIS e do COFINS da base de cálculo do ISS (Tema 118). Após o voto do relator, ministro Celso de Mello, no sentido de que o valor arrecadado a título de imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS) deve ser excluído da base de cálculo das contribuições referentes ao PIS e à COFINS, pediu vista o ministro Dias Toffoli. Como se trata de caso análogo ao Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, a tendência é que o voto do relator prevaleça na assentada. A questão fundamental será a decisão sobre a modulação, ou não, dos efeitos do pronunciamento, a qual provavelmente será postulada com o propósito de salvaguardar os interesses do Fisco.

39 Poder-se-ia referir, outrossim, o Recurso Extraordinário 596.832/RJ, julgado em 29 de junho de 2020 no regime de repercussão geral (Tema 228). Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a tese de que “é devida a restituição da diferença das contribuições para o Programa de Integração Social - PIS e para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins recolhidas a mais, no regime de substituição tributária, se a base de cálculo efetiva das operações for inferior à presumida” (acórdão ainda não publicado).

dade às suas normas. A defesa da Constituição Federal não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental.

5. CONCLUSÃO

A evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro na ordem constitucional vigente acabou praticamente equiparando os efeitos das decisões proferidas em sede de controle abstrato e difuso pelo Supremo Tribunal Federal. Nas duas formas de controle de constitucionalidade, os efeitos ordinariamente são imediatos, expansivos e plenos no tempo. Essa quase equivalência também existe no controle de interpretação da Constituição exercido pelo Supremo Tribunal Federal através do julgamento de recursos extraordinários, sobretudo a partir das transformações ocorridas nos últimos anos que lhe permitiu fixar teses jurídicas sobre questões constitucionais no julgamento de recursos extraordinários com efeitos *ultra partes*. O diferencial das decisões na via do controle concentrado em relação às proferidas em processos subjetivos, seja em controle difuso ou em controle interpretativo, está nos seus efeitos *erga omnes*. A força vinculante dos julgados pronunciados no controle abstrato autoriza o imediato ajuizamento de reclamação para o Supremo Tribunal Federal, o que não é possível nas declarações de inconstitucionalidade proferidas *incidenter tantum*, nem em decisões de recursos extraordinários, ainda que prolatadas no regime de repercussão geral ou dos recursos repetitivos, salvo a reclamação ajuizada pelas próprias partes do processo subjetivo em que proferido o precedente, e desde que relativa à mesma relação jurídica, ou se houver edição de súmula vinculante.

Não obstante, nessas três formas de atuação do Supremo Tribunal Federal é justificável a possibilidade de se modular no tempo os efeitos dos julgamentos por sua força expansiva. O emprego dessa técnica deve ser excepcional, senão com o propósito de promover a efetiva tutela material da Constituição e dos direitos fundamentais, sob pena de menoscabar a força normativa constitucional. Nos controles abstrato e difuso, nos quais se exige maioria qualificada de dois terços dos ministros e razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social para estabelecer restrições temporais às decisões declaratórias de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal deve realizar um vigoroso juízo

de ponderação dos princípios constitucionais colidentes ou ameaçados para avaliar a pertinência de se desprezar o caro princípio da nulidade da lei inconstitucional, procurando, sempre que factível, harmonizar os princípios ou, em ordem sucessiva, mitigar o menos possível o(s) preterido(s). No controle de interpretação da Constituição através do recurso extraordinário, a possibilidade de modulação se restringe à hipótese de alteração de jurisprudência dominante ou daquela originária de julgamento de casos repetitivos. É defeso ao Supremo Tribunal equacionar os efeitos de suas decisões fora dessas situações, tampouco se não houver a prevalência cumulativa dos princípios da segurança jurídica e do interesse social no juízo de ponderação para a legitimidade da gestão dos efeitos decisórios nessa hipótese. Trata-se de garantir o respeito do Poder Judiciário às expectativas que os cidadãos mantêm no sentido de que se assegure a supremacia constitucional.

Na matéria tributária, a modulação dos efeitos decisórios só se mostra legítima para resguardar o direito dos contribuintes, na forma decidida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4.481/PR (BRASIL, 2015a). Em virtude da presunção da constitucionalidade das leis, os contribuintes têm a obrigação de pagar os tributos que lhes são exigidos na forma das leis postas pelo Poder Público. Tendo em vista os princípios da confiança e da segurança jurídica, não pode recair sobre os contribuintes a responsabilidade de pagar as diferenças nos anos de vigência da lei que havia instituído benefícios fiscais e depois foi declarada inconstitucional. Por outro lado, não é possível a modulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade de lei que amparara a cobrança de tributo, de maneira a negar aos contribuintes o direito de ressarcimento dos valores que lhes foi exigido indevidamente, como aconteceu nos Recursos Extraordinários n.ºs 556.664/RS, 559.882/RS, 559.943/RS e 560.626/RS. Em uma hipótese como essa, não há como prevalecer a segurança jurídica ou outro princípio constitucional sob a forma de excepcional interesse social a justificar o desprezo ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Como visto, não se pode confundir segurança jurídica com segurança orçamentária do Estado, tampouco legítimos interesses sociais com o interesse do Fisco. Na realidade, a segurança jurídica e o interesse social estão justamente na eficácia irrestrita da declaração de inconstitucionalidade, não na modulação dos efeitos. A mesma lógica se aplica aos casos em que o Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle de interpretação da Constituição, reconhece que um tributo foi exigido indevidamente ou a maior à luz das normas constitucionais, como no Recurso

Extraordinário nº 574.706/PR. A técnica da modulação não pode ser empregada por razões casuísticas e consequencialistas para atender interesses meramente fazendários, em afronta à força normativa da Constituição e aos direitos fundamentais dos contribuintes.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Modulação em matéria tributária**: o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões do STF. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

APPIO, Eduardo. **Controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de constitucionalidade. ADC 18/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. j. 05 set. 2018, **Diário da Justiça** 10 set. 2018a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento. AI 631.533/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. j. 12 mar. 2007, **Diário da Justiça** 18 abr. 2007a, p. 47.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo regimental em reclamação. Rcl 20.631 AgR/PA. Relatora: Ministra Rosa Weber, j. 16 dez. 2016, **Diário da Justiça Eletrônico** 13 mar. 2017a.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo regimental em Reclamação. Rcl 35.719 AgR/BA. Relatora: Ministra Rosa Weber. j. 14 fev. 2020, **Diário da Justiça Eletrônico** 09 mar. 2020a.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo regimental em agravo de instrumento. AI 557.237 AgR/RJ. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. j. 18 set. 2007, **Diário da Justiça** 26 out. 2007b, p. 80.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo regimental em recurso extraordinário. RE 216.259 AgR/CE. Relator: Ministro Celso de Mello, j. 09 maio 2000, **Diário da Justiça** 19 maio 2000, p. 23.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação declaratória de inconstitucionalidade. ADI 2.240/BA. Relator: Ministro Eros Grau. j. 09 maio 2007, **Diário da Justiça** 03 ago. 2007c, p. 29.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação declaratória de inconstitucionalidade. ADI 4.481/PR. Relator: Ministro Roberto Barroso. j. 11 mar. 2015, **Diário da Justiça** 19 maio 2015a.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo regimental em reclamação. Rcl 3.473 AgR/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. j. 31 ago. 2005, **Diário da Justiça** 09 dez. 2005, p. 5.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF 174/RN. Relator: Ministro Luz Fux. j. 26 set. 2013, **Diário da Justiça Eletrônico** 02 jun. 2014a.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Embargos de declaração em ação declaratória de inconstitucionalidade. ADI 3.601 ED/DF. Relator: Ministro Dias Toffoli. j. 09 set. 2010, **Diário da Justiça Eletrônico** 15 dez. 2010.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Embargos de declaração em ação declaratória de inconstitucionalidade. ADI 5.107 ED-TERCEIROS/MT. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. j. 12 nov. 2018, **Diário da Justiça Eletrônico** 23 nov. 2018b.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Embargos de declaração em medida cautelar em ação declaratória de inconstitucionalidade. ADI 4.843 MC-ED-Ref/PB. Relator: Ministro Celso de Mello. j. 11 dez. 2014, **Diário da Justiça Eletrônico** 19 fev. 2015b.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida cautelar em ação

declaratória de inconstitucionalidade. ADI 2.010 MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. j. 30 set. 1999, **Diário da Justiça** 11 out. 1999.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Embargos de declaração em recurso extraordinário. RE 870.947 ED/SE. Relator: Ministra Luiz Fux. Relator do acórdão: Alexandre de Moraes. j. 03 out. 2019, **Diário da Justiça Eletrônico** 03 fev. 2020b.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso extraordinário. RE 240.785/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio, j. 08 out. 2014, **Diário da Justiça Eletrônico** 16 dez. 2014b.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso extraordinário. RE 556.664/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes, j. 12 jun. 2008, **Diário da Justiça Eletrônico** 13 nov. 2008a.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso extraordinário. RE 559.882/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes, j. 12 jun. 2008, **Diário da Justiça Eletrônico** 14 nov. 2008b.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso extraordinário. RE 559.943/RS. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, j. 12 jun. 2008, **Diário da Justiça Eletrônico** 26 set. 2008c.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso extraordinário. RE 560.626/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes, j. 12 jun. 2008, **Diário da Justiça Eletrônico** 5 dez. 2008d.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso extraordinário. RE 574.706/PR. Relator: Ministro Cármen Lúcia, j. 15 mar. 2017, **Diário da Justiça Eletrônico** 02 out. 2017b.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Reclamação. Rcl 2.576/SC. Relatora: Ministra Ellen Gracie. j. 23 jun. 2004, **Diário da Justiça** 20 ago. 2004, p. 46.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Reclamação. Rcl 4.335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. j. 20 mar. 2014, **Diário da Justiça Eletrônico** 22 out. 2014c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso extraordinário. RE 730.462/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki, j. 28 mai. 2015, **Diário da Justiça Eletrônico** 09 set. 2015c.

CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**. Milano: Fratelli Bocca, 1920. 2v.

DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios da CF. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1.524, 03 set. 2007.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FISCHER, Otávio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

JANCKZESKI, Célio Armando. A declaração da inconstitucionalidade com efeitos limitados, a supremacia constitucional e o direito tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 157, out. 2008. p. 17-26.

KELSEN, Hans. **La teoría pura del derecho**. Buenos Aires: Losada, 1941.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à lei n. 9.868, de 10/11/1999. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Sentença constitutiva e volta ao estado anterior. In: MEDEIROS, Antônio Cachapuz de (Org.). **Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul**: sessenta anos de existência. Porto Alegre: IARGS, 1986. p. 223-228.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democrática constitucional. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PINTO, Raul M. (2010). Modulação, volatilidade da jurisprudência e segurança jurídica. Disponível em: www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/192_modulacao_jurisprudencia.pdf. Acesso em: 15 de dezembro de 2015.

VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária “modulação” dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 157, out. 2008. p. 7-16.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na justiça constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

A APLICAÇÃO DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE NA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA

VENÂNCIO ANTÔNIO CASTILHOS DE FREITAS TERRA¹

1. INTRODUÇÃO

Diante da constante instabilidade jurídica que a Suprema Corte brasileira vem causando ao cenário jurídico pátrio, em razão das frequentes mudanças de posicionamentos, é mister estudar uma Corte Constitucional que seja referência no cenário jurídico latino-americano no tocante à aplicação do teste da proporcionalidade em seus julgados, já que, ao que parece, existe uma latente falta de proporcionalidade nos julgamentos do STF, seja em razão da mudança de jurisprudência, seja pela potencial falta de proporcionalidade das decisões.

Destarte, essa investigação tratará de um estudo sobre como a Corte Constitucional da Colômbia vem aplicando o teste da proporcionalidade em seus julgados, uma vez que a referida Corte possui um grande refinamento em seus julgados, fato que se deve muito à extrema qualificação de seus membros, para que ao final do estudo seja possível constatar se o Supremo Tribunal Federal deve importar o modelo colombiano de aplicação do teste da proporcionalidade aos seus julgados. Assim, justifica-se a investigação.

O método a ser empregado no objeto em estudo será o hipotético-dedutivo, a partir de análise bibliográfica, doutrina, legislação e posição jurisprudencial existente sobre o tema.

1 Advogado, inscrito na OAB/RS sob o número 84.529. Pós-Graduado em Ciências Penais. Acadêmico do curso de Pós-Graduação em Direito de Famílias e Sucessões e do Mestrado em Tutelas à Efetivação dos Direitos Públicos Incondicionados na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). E-mail: venancioterra@hotmail.com.

2. DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE

Primeiramente, é necessário trabalhar com a teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, uma vez que o referido autor é considerado o principal expositor no tocante ao teste da proporcionalidade quando realiza o sopesamento dos princípios fundamentais. Segundo R. Alexy, é possível perceber que existe “conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela” (ALEXY, 2015, p. 116-117).

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

Com o escopo de demonstrar como a máxima da necessidade decorre do caráter principiológico de normas fundamentais, R. Alexy utilizou a fórmula mais simples, pois o fato de a máxima da necessidade impor problemas adicionais em casos mais complexos pode exibir suas limitações, mas nada diz sobre a sua dedutibilidade do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. Portanto, a constelação mais simples caracteriza-se pela presença de apenas dois princípios e dois sujeitos de direito, Estado e cidadão funcionando da seguinte forma: o Estado motiva a persecução do objetivo Z com alicerce no princípio P^1 (ou Z é puramente idêntico a P^1). Há pelo menos duas medidas, M^1 e M^2 , para realizar ou fomentar Z, e ambas são igualmente adequadas. M^2 afeta menos intensamente que M^1 (ou simplesmente não afeta) na realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio (P^2) exige. Sob essas condições, para P^1 é indiferente se ocorre a escolha de M^1 ou M^2 (P^1 , não exige que se escolha M^1 em vez de M^2 , nem que se escolha M^2 em vez de M^1). Para P^2 , no entanto, a escolha entre M^1 e M^2 não é indiferente. Na qualidade de princípio, P^2 exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P^2 pode ser realizado em maior medida se ocorrer a escolha de M^2 em vez de M^1

(pelo ponto de vista da otimização em relação às possibilidades táticas, e sob a condição de que tanto P^1 quanto P^2 sejam válidos, apenas M^2 é permitida e M^1 é proibida). Esse raciocínio vale para todos os princípios, objetivos e medidas. Destarte, o exame da necessidade, que o Tribunal Constitucional Federal define como a requisito de que “o objetivo não possa ser igualmente realizado por meio de outra medida, menos gravosa ao indivíduo”, deriva do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais (ALEXY, 2015, p. 118-119).

A relação estreita entre as possibilidades jurídicas e as possibilidades fáticas pode também ser explicada através da constelação mais simples supramencionada. Se tanto M^1 quanto M^2 atrapalham a realização de P^2 (o que ocorre sempre quando há necessidade do exame de necessidade) e M^2 o faz em menor escala que M^1 , logo, M^1 e M^2 não esgotam o campo das possibilidades fáticas para a realização de P^2 , nem mesmo na parte da suposição de que M^1 e M^2 sejam as únicas medidas adequadas para a realização do objetivo Z, exigido pelo princípio P^1 . Já diante do ponto de vista das possibilidades fáticas, uma ainda mais ampla está na realização de P^2 que é alcançada se nem M^1 e nem M^2 são levadas ao teste. Assim, o exame da necessidade permite apenas privilegiar M^2 em face de M^1 . O fato de uma das duas alternativas ter que ser escolhida não é, no entanto, uma questão de possibilidades fáticas, mas, simplesmente, de uma questão de possibilidades jurídicas (uma questão de sopesamento entre P^1 e P^2) proporcionalidade em sentido estrito. Por esta razão, até mesmo quando o caso menos gravoso afetar na realização de P^2 será o exame da necessidade que deverá fundamentar o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento (ALEXY, 2015, p. 119-120).

Se M^1 não é a medida adequada para fundamentar ou realizar o objetivo Z (que é requerido por P^1 ou é idêntico a ele), então, M^1 não é exigida para que ocorra P^1 (para P^1 é irrelevante se for adotada a medida M^1). Se, sob essas condições, M^1 afetar negativamente na realização de P^2 , então, a adoção de M^1 é vedada por P^2 sob o aspecto da otimização em relação às possibilidades fáticas. Isso vale para todos os princípios, objetivos e medidas. Portanto, o exame da adequação também decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. Desta dedução, conclui-se que uma fundamentação da máxima da proporcionalidade a partir das normas de direitos fundamentais, na medida em que tenham caráter de princípio. Ela pode ser chamada de “fundamentação a partir dos direitos fundamentais”. Outras fundamentações, como aquelas que se baseiam no princípio do Estado de Direito, na prática jurisprudencial ou

no conceito de justiça, não são por ela excluídas. Na medida em que forem relevantes, funcionando elas reforços bem-vindos à fundamentação a partir dos direitos fundamentais.

Na visão de Leonardo Trevisan, R. Dworkin não se preocupou com o rigor analítico das decisões baseadas em princípios, ele parece ter usado uma espécie de “véu” para ocultar a necessidade de ponderações. Ao passo que R. Alexy, pelo contrário, levou esse rigor ao máximo, inclusive aprofundou acarretando uma fórmula matemática para a realização da ponderação (a fórmula peso). São inegáveis os méritos da teoria de Dworkin para o Direito, mas é igualmente inegável que a teoria de Alexy acabou por superá-la em profundidade e clareza analítica (TREVISAN, 2017, p. 270-273).

Apesar de a obra prima de R. Alexy, Garcia Amado faz duras críticas à má aplicação do teste da proporcionalidade por parte dos tribunais, já que frequentemente o realizam sem a profunda avaliação e ponderação necessárias, o que acaba causando um vácuo na fundamentação em razão da falta de argumentação jurídica (GARCIA, 2014).

Contudo, Roberto Barroso entende que cabe ao judiciário dar a última palavra quando ocorre a judicialização de temas relevantes a partir do ponto de vista político, social ou moral. Desta forma, ocorre “uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo” (BARROSO, 2019, p. 6).

Feitas estas considerações acerca do teste da proporcionalidade e do de como o responsável por sua aplicação deve atuar, partir-se-á para a análise do referido teste na Corte Constitucional da Colômbia, objetivando, ao final, aferir se deve ocorrer a importação por parte do Supremo Tribunal Federal do modelo colombiano de aplicação do teste da proporcionalidade aos seus julgados.

3. DA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA

A criação da Corte Constitucional colombiana ocorreu quase que de maneira ocasional, pois somente com a promulgação da constituinte de 1991 é que foi criada. Na ocasião, a população estava muito insatisfeita com o poder público, já que a Colômbia estava mergulhada em uma profunda e violenta guerra civil, causada, principalmente, pelos carteis do tráfico, na figura principal de Pablo Escobar (BRANDÃO, 2017, p. 107-108).

Outrossim, para o debate da época, a criação da Corte encarnava a necessária mudança efetiva do texto constitucional, representando toda uma série de “*mudanças no sistema legal, incluindo o reconhecimento textual da Constituição, ao menos no papel, como lei fundamental e suprema que precisa ser protegida*” (NAGLE, 1995, p. 81).

A Corte é composta por nove juízes que possuem mandato com duração de 8 anos, sendo vendada a recondução. Na distribuição das atividades, a Corte divide-se em SALA PLENA, da Sala de Seleção de Tutela e das Salas de Revisão de Tutela. Já as atividades do Plenário envolvem hipóteses específicas de controle de constitucionalidade, funções recursais de unificação de jurisprudência envolvendo ações de tutela e ações administrativas (BRANDÃO, 2017, p. 109-119). As competências da Corte estão elencadas no artigo 241 da Constituição Política de 1991, merecendo destaque: apreciar a constitucionalidade de emendas constitucionais ou leis ou projetos de leis (formais ou materiais) que sejam eivadas de vícios formais, por provocação de qualquer cidadão; apreciar as ações judiciais relacionadas com a ação de tutela; julgar a constitucionalidade de tratados internacionais e de leis que os aprovelem, sem necessidade de provocação (BRANDÃO, 2017, p. 120-127).

O modo de deliberação da corte funciona em três etapas: etapa pré-decisional, na qual a Corte é provocada pela sociedade para decidir sobre determinado assunto; etapa decisional, aqui os membros da Corte discutirão entre si os diferentes argumentos que considerem ser válidos para tomar a decisão sobre o caso; etapa pós-decisional, nesta etapa os juízes deverão transmitir suas decisões para a sociedade por meio de instrumentos escritos no prazo de 15 dias após o encerramento da deliberação, ou em 30 dias no caso de ocorrerem mudanças na minuta de decisão. De modo geral, a eficácia das Sentenças da Corte Constitucional tem valor de coisa julgada constitucional e são de cumprimento obrigatório por todas as autoridades e particulares, não cabendo contra elas nenhum recurso. Já do ponto de vista temporal, em regra as sentenças da Corte são dotadas de efeito ex-nunc, não retroagindo. Contudo, a corte pode realizar a modulação de seus efeitos, a depender do caso concreto. Já as decisões em caráter abstrato possuem efeitos erga omnes, ao passo que as decisões em controle concreto possuem efeitos inter partes (BRANDÃO, 2017, p. 128-139).

Deve ser levado em consideração o fato de que a Corte Constitucional da Colômbia possui estreita relação com a Corte Interamericana dos Direitos Humanos (CIDH), no sentido de que regras e os parâmetros da CIDH inserem-se, diretamente, dentro das jurisdições constitucional e ordinária da Colômbia.

4. DA APLICAÇÃO DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE NA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Antes de remeter aos julgados da Corte Constitucional colombiana aplicando o teste da proporcionalidade, é imprescindível apresentar o posicionamento firmado na própria doutrina da Corte sobre o referido teste. Para tal tarefa, é utilizada a obra de Carlos Bernal Pulido, atual Magistrado da Corte que em seu livro “*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*” alude que a Corte tem o dever de fundamentar suas decisões (PULIDO, 2014, p. 686). Deste modo, é na fundamentação que a Corte realiza a interpretação do exame da proporcionalidade, o qual é realizado tendo como parâmetro uma proposição (P) cuja própria Corte defende com suas razões sobrevivendo um grau maior de dificuldade quando se depara com uma disposição jusfundamental (D) que deve decrescer o que está na norma (N). A favor da admissibilidade desta dificuldade imposta, o Tribunal apresenta um conjunto de razões de apoio, estruturadas em grupos compostos de melhores preposições com várias razões de apoio. (PULIDO, 2014, p. 687-688).

Destarte, a Corte Constitucional adota as teses 31, 32 e 33 no tocante ao teste da proporcionalidade:

Tesis 31. La proposición *P* que el Tribunal Constitucional preconiza y defiende en la fundamentación externa de la premisa mayor de sus argumentaciones en el juicio de constitucionalidad de las leyes, consiste en la adscripción *definitiva* de una determinada norma *N* a una disposición iusfundamental *D* -la disposición relevante-.

Tesis 32. El principio de proporcionalidad constituye un criterio o argumento estructural, mediante el cual se organizan las razones que el Tribunal Constitucional ofrece para respaldar o apoyar la proposición adscriptiva *P*. Estas razones no solo se refieren a la interpretación de la disposición iusfundamental, sino también a la relación que la ley de intervención guarda con dicha disposición. Como razones pueden concurrir todos los argumentos utilizados en la interpretación jurídica, en la interpretación constitucional, en las teorías materiales de los derechos fundamentales y en la argumentación práctica general.

Tesis 33. Los subprincipios de la proporcionalidad son *subargumentos* estructurales, mediante las cuales se organiza, en tres grupos compuestos por una proposición y un conjunto de razones, el argumento que constituye el principio de proporcionalidad en sentido amplio.

O primeiro julgado analisado da Corte Constitucional da Colômbia foi a Sentença T-360/02² (julgada no ano de 2002), na qual a recorrente pleiteava junto à Corte a adoção de um menor de idade que havia sido negada pelo Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), uma vez que a diferença etária entre a adotante e o adotado no caso concreto era superior a 55 anos, fato que resultou na improcedência do pedido de adoção nas esferas inferiores.

Antes de realizar o teste da proporcionalidade, a Corte advertiu que existem disposições no direito comparado vedando qualquer tipo de discriminação em razão da idade, como no caso das disposições da Corte Suprema de Estados Unidos da América, da Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1981 e da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Contudo, ao julgar o caso, a Corte Constitucional realizou a combinação dos testes de igualdade e da proporcionalidade, através de um juízo integrado que apresentou várias vantagens ao caso concreto, como, por exemplo, desenvolver as virtudes analíticas de igualdade, bem como, analisar os subprincípios da proporcionalidade “*adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad stricto sensu*”.

Deste modo, a Corte entendeu que a medida adotada pelo ICBF em negar a adoção foi proporcional por duas razões: a primeira, não sacrificou um fim constitucional de maior hierarquia protegido. Logo, a entidade se ocupou em assegurar a proteção dos “*derechos del menor a pesar de que ello significara negar la solicitud de adopción a la pareja que la pretendía, en virtud de la especial protección que el ordenamiento constitucional colombiano dispensa a los niños*”. Já a segunda, foi no sentido de que a atuação do Instituto em negar a adoção “*no sacrifica derecho constitucional alguno, pues no existe en Colombia un derecho fundamental a adoptar*”. Outrossim, a Sala Constitucional entendeu que apesar da dor que a recorrente está sentindo, esclarece que o objetivo primordial é proteger os direitos do menor diante da elevada idade e brecha geracional existente entre a criança e a parte que pretendia adotá-la. A Corte menciona, ainda, que diversa seria a situação se a criança contasse com idade mais elevada, pois, em tal caso, verificariam as possibilidades de adoção e proteção da menor.

Conseqüentemente, a Corte concluiu que a atuação do demandado (ICBF) não violou direito fundamental algum, pelo contrário, foi a consequência necessária para a proteção dos direitos fundamentais do menor. Desta forma, a Sala Sétima de Revisão da Corte Constitucional

2 Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-360-02.htm>. Acessado em: 21/06/2020.

negou a ação de tutela confirmando os julgados das instâncias inferiores (Bogotá, 09 de maio de 2002).

O segundo julgado analisado foi a Sentença C-221/16³ (julgada no ano de 2016), a qual versou sobre a aplicação do inciso sétimo do artigo 20 da Lei 1.753 de 2015 (vedação ao direito de acesso à informação de documentos públicos em áreas de reserva geológica estratégica de mineração).

Para julgar a questão, a Corte aplicou o teste da proporcionalidade ao caso concreto para medir os diferentes níveis de intensidade de restrição ao direito de acesso à documentos públicos. Assim, na realização do teste de proporcionalidade a corte verificou que de um lado, está o princípio da publicidade (princípio constitucional aplicável de modo geral à atuação do Estado) vedado, somente, em hipóteses excepcionais, ao passo que a referida lei insere-se:

Dentro del marco de la Constitución, establecer en términos de razonabilidad y proporcionalidad, la extensión de la respectiva reserva. De ahí que la constitucionalidad, en este caso, se condicione, igualmente, a la posibilidad de comunicar las informaciones que de conformidad con la ley, no están sujetas a reserva y, en este evento, deberá también permitirse el acceso público a las mismas.

Ainda que verificada a idoneidade e a necessidade da medida, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito está no balance existente entre os benefícios que a sua aplicação poderia gerar e os custos e dificuldades que seriam ocasionados. Deste modo, o princípio da proporcionalidade equivale à proibição do excesso na relação meio e fim.

O artigo 74 da Constituição Política de 1991 remete à expressão “*salvo los casos que establezca la ley*”, habilitando o legislador para que possa criar reservas às informações. No caso concreto, em razão da relevância, poderia ser resguardada do conhecimento público em geral às informações relativas às áreas de desenvolvimento estratégico de mineração.

A Corte referiu que a jurisprudência constitucional vem aplicando em seus julgados o posicionamento de que devem ser satisfeitas três condições gerais a despeito da questão da restrição da publicidade, a saber:

(i) sólo pueden ser estipuladas por ley; (ii) las excepciones deben sujetarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, e igualmente estar relacionadas con la protección de derechos funda-

3 Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-221-16.htm>. Acessado em: 21/06/2020.

mentales, como es el caso de la intimidad, o de valores constitucionalmente protegidos, como sucede con la seguridad y la defensa nacional; (iii) deben ser temporales, en la medida en que la ley fije un plazo después del cual los documentos pasan al dominio público.

Desta forma, a vedação ao acesso público às informações geológicas de projetos de desenvolvimento estratégico de extração de minérios resulta excessiva e desproporcional não apenas para a população em geral, mas, sobretudo *“frente al derecho de las entidades territoriales y las comunidades indígenas y afro descendientes a conocer los proyectos minero energéticos que se estén desarrollando en sus respectivos territorios”* com o qual se afeta o direito de acesso à informação pública que apresentam problemas relacionados com o equilíbrio entre *“el uso de la tierra, el medio ambiente y el desarrollo social”*.

A Corte decidiu, por maioria, considerar inexecutável a regra que veda o acesso à informação contida no inciso 7º do artigo 20 da Lei 1.753 de 2015, uma vez que diante do artigo 74 da Constituição da Colômbia, não supera o teste da proporcionalidade proposto, resultando em desproporcional em si mesma, pois reporta a um privilégio injustificado que conduz a situações violadoras de direitos da cidadania, de entidades territoriais, comunidades indígenas e afrodescendentes.

Contudo, cabe registrar alguns trechos do voto da Magistrada Mariá Victoria Calle Correa, que acompanhou a decisão que declarou inexecutável o inciso 7º do artigo 20 da Lei 1.753 de 2015, porém mencionou não concordar com a maneira que o teste da proporcionalidade foi aplicado ao caso concreto.

Na visão da Magistrada, o inadequado uso do teste da proporcionalidade gera um questionamento metodológico, que pode parecer uma mera questão técnica, sem implicações práticas, remetendo ao fato de que a medida seria inconstitucional. Conduto, cada etapa de julgamento permite avaliar o nível de respeitabilidade deferido pelo Congresso da República aos princípios constitucionais, exigindo que suas decisões tenham racionalidade constitucional, impondo ônus argumentativo, já que nem todos os meios disponíveis do mundo são válidos para alcançar o fim almejado, em última análise, permitem avançar com uma ponderação informada de princípios conflitantes (Bogotá, 04 de maio de 2016).

O terceiro julgado analisado da Corte foi a Sentença T-560/16⁴ (julgada no ano de 2016), que versava sobre o direito à visitação familiar de uma pessoa que esteja presa.

4 Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-560-16.htm>. Acessado em: 21/06/2020.

Primeiramente, a Corte deixou claro que classifica os direitos fundamentais das pessoas presas em três categorias: (i) aqueles que podem ser suspensos, como consequência de uma pena imposta (liberdade física, liberdade de locomoção); (ii) aqueles que são restringidos devido ao vínculo de sujeição do preso com o Estado (direitos ao trabalho, à educação, à família, à intimidade pessoal, etc.); e (iii) os direitos que se mantêm intactos, que não podem sofrer limitações e nem suspensões mesmo que o titular se encontre submetido ao confinamento, pois são inerentes à natureza da própria pessoa humana, como, por exemplo, a vida, a integridade pessoal, a dignidade, a igualdade, a saúde, o direito de petição, dentre outros.

A partir do momento em que a pessoa está limitada à supervisão do Estado, surge a responsabilidade de garantir, plenamente, os direitos fundamentais que não foram limitados pela conduta realizada. O processo de adaptação às novas condições de vida da pessoa que esteja com a sua liberdade de locomoção restringida pelo Estado deverá ser acompanhado pelas instituições estatais de modo que evite violações aos direitos dos presos. Desta forma, a Corte esclareceu que o poder do Estado de limitar alguns direitos fundamentais das pessoas presas não é absoluto, pois deve sempre ter como objetivo efetivar os objetivos essenciais da pena, ou seja, a ressocialização e preservação da ordem, disciplina e convivência no estabelecimento prisional. De tal modo, embora a restrição dos direitos dos presos seja de natureza discricionária, possui limite na proibição de toda arbitrariedade e, portanto, deve estar sujeita aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

Ao realizar o teste da proporcionalidade, a Corte remeteu à Sentença C-695 do ano de 2013 definindo o teste como sendo *“um instrumento hermenêutico que permite estabelecer se uma determinada medida é adequada e necessária para a finalidade perseguida, sem sacrificar valores, princípios ou direitos de maior relevância constitucional”* no caso concreto.

No que tange à restrição dos direitos fundamentais de quem está com sua liberdade privada, a Corte tem entendimento claro no sentido de *“ponderar intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional”*. Nesse sentido, é preciso analisar se as medidas adotadas pelas autoridades carcerárias cumprem com os critérios de razoabilidade e racionalidade.

Já na sentença T-269 de 2002, a Corte estabeleceu diretrizes na aplicação do teste de proporcionalidade: (i) determinar se a medida limitadora busca um objetivo constitucional; (ii) se a medida é adequa-

da quanto ao objetivo; (iii) se é necessário realizá-la (o que implica na inexistência de uma alternativa que garanta o cumprimento do objetivo, limitando em menor grau o direito restrito); (iv) se for estritamente proporcional em relação ao objetivo que se pretende alcançar (isso implica no não sacrifício de valores e princípios que têm um peso maior do que o princípio que se destina a satisfazer). Assim, a Corte assevera que a negação por parte do estabelecimento carcerário da entrada de “pessoas com extensões nos cabelos” em uma perspectiva de preocupações com a segurança, pode comprometer os direitos fundamentais da dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade daqueles que pretendem se comportar dentro das prisões.

No teste da proporcionalidade, a Corte inicia analisando a idoneidade da medida. Para resolver a questão, parte *a priori* de verificação se a medida adotada é constitucionalmente admissível, posto que as autoridades administrativas (INPEC e COJAM) agiram de acordo com as disposições constitucionais vigentes à época em seus regimentos internos, com o objetivo de garantir e preservar a ordem das prisões do país. Em suma, a Câmara considera que a medida supramencionada, está em conformidade com o sistema jurídico, sendo adequada para garantir o objetivo proposto.

No teste de necessidade da medida, a Corte entendeu que as medidas adotadas para resguardar a segurança dos presídios não podem ignorar a Constituição, tratados internacionais ou as várias disposições destinadas a garantir proteção tanto de quem está detido, quanto de quem entra ocasionalmente nos estabelecimentos prisionais. Alude que no modelo prisional europeu, o Conselho de Ministros do Tribunal Europeu de Direitos Humanos emitiu recomendações estabelecendo diretrizes básicas para adoção dos estabelecimentos prisionais, no sentido de que a privação de liberdade deve ser sustentada na devida reintegração à sociedade, durante o cumprimento da sentença. Em relação às visitas, ficou estabelecido que os presos precisam manter e desenvolver relacionamentos com o seu entorno familiar da maneira mais normal o possível, sendo elemento essencial para cumprir o objetivo da ressocialização.

Outrossim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) realizou esforços ao estabelecer que a visita ao preso constitui uma das garantias para dar um tratamento digno às pessoas com privação de liberdade, as quais devem garantir-se uma comunicação normal com suas relações interpessoais. Essa medida busca garantir as disposições das convenções internacionais, de evolução jurisprudencial tanto nacional, quanto internacional ensejando na modi-

figuração de regulamentos internos dos presídios, para que apliquem de maneira correta os preceitos constitucionais garantindo os direitos fundamentais dos detentos.

A despeito do exame da proporcionalidade da medida, a Corte entendeu que as atitudes das autoridades administrativas dos estabelecimentos carcerários restam justificadas tanto constitucionalmente, quanto legalmente. Porém, a aplicação da medida resultou ser desmedida, pois no momento em que vulnera direitos fundamentais que poderiam não ser transgredidos para garantir a segurança do estabelecimento prisional. Logo, à luz da ponderação, a medida adotada deve ser realizada de outra forma, para que não vulnere direitos fundamentais.

Por conseguinte, no exame da proporcionalidade em sentido estrito é preciso determinar se o balance existente entre os resultados possuem equilíbrio entre os direitos da dignidade humana, a não discriminação e ao livre desenvolvimento da personalidade, os quais não podem ser superados pelo argumento de que é preciso ter segurança nos estabelecimentos prisionais. De tal modo, ficou comprovado que existem possibilidades de adoção de medidas para que as visitas ocorressem de modo não invasivo, em respeito à dignidade da pessoa humana, e, garantindo, ao mesmo tempo, a segurança dos estabelecimentos prisionais sem vulnerar direitos fundamentais dos presos.

Ao final, no mérito a Sala Sexta de Revisão da Corte Constitucional resolveu revogar a providência proferida no Julgado recorrido, negando o amparo invocado e em seu lugar conceder à proteção ao direito fundamental da dignidade humana do senhor ABC; conceder os direitos fundamentais a não discriminação e ao livre desenvolvimento da personalidade, cuja proteção foram invocadas pelas representações das senhoras X, Y e Z (Bogotá, 14 de outubro de 2016).

O quarto julgado analisado refere-se à Sentença C-592/12⁵ (julgada no ano de 2012) através da Sala Plena da Corte Constitucional da Colômbia, que versou sobre a constitucionalidade do artigo 30 da Lei 1.480 de 2011, que abordou a temática do Direito do Consumidor e a responsabilidade solidária do meio de comunicação quando ocorre uma propaganda enganosa. O referido artigo menciona que existe responsabilidade solidária do meio de comunicação, somente quando comprovado o dolo ou culpa do veículo de comunicação em que fora realizada a propaganda enganosa.

5 Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-592-12.htm>. Acessado em: 21/06/2020.

Inicialmente, a Corte esclarece que tanto as liberdades de expressão, quanto as de informação da imprensa são pugnadas no texto constitucional, ocupando posição privilegiada, uma vez que são elementos básicos para a existência de uma verdadeira democracia participativa.

Ao aplicar o teste de proporcionalidade no caso concreto, a Corte explicitou que o teste apresenta variáveis que podem ser leve, intermediária ou estrita, de acordo com o grau de intensidade que vai despendar da matéria demandada. Informa que de acordo com as jurisprudências consolidadas da Corte, quando versa sobre matérias econômicas, a exemplo da atividade publicitária ou de difusão da publicidade, a modalidade do juízo de proporcionalidade adotada é fraca, visto que é o juízo constitucional quem deve executar ordinariamente antes das medidas legislativas. No presente caso, deve ser analisado se a medida legislativa que atribui responsabilidade solidária aos anunciantes e aos meios de comunicação, quando estes demonstrarem dolo ou culpa ao transmitirem a publicidade enganosa, geram efeitos prejudiciais aos consumidores.

No entendimento da Corte: (i) se a medida é referente ao conteúdo eminentemente econômico; (ii) se versa sobre matéria na qual o legislador conta com uma ampla margem de configuração normativa; (iii) se a questão for referente à difusão da publicidade, existem poderes reforçados de intervenção por parte do Estado, uma vez que a matéria é anterior à oferta de bens e serviços, logo regulada pelo legislador.

Desta forma, o exame de proporcionalidade limitar-se-á a estabelecer a legitimidade final da medida, já que esta deve ser adequada para alcançar o fim desejado. Assim, medir-se-á se o objetivo pretendido e os meios empregados não violaram a Constituição e, por outro lado, se os meios escolhidos foram os adequados para alcançar a finalidade almejada.

Assim, verificando a constitucionalidade da medida adotada pelo legislador, a Câmara examinará a sua legitimidade, levando em consideração: (i) se a medida tem um objetivo que não é proibido na ordem constitucional; (ii) se a medida é adequada para cumprir com a finalidade proposta; (iii) se existe proporcionalidade, ou seja, se a medida é necessária ou proporcional.

Para verificar a finalidade do objetivo proposto na relação de consumo: (i) esse objetivo deve proteger o consumidor contra a publicidade enganosa da qual o consumidor pode ser vítima, sendo necessário remeter ao artigo 78 da Constituição Política o qual corresponde ao dever do Estado de proteger os consumidores, uma vez que estes são considerados a parte hipossuficiente na relação de consumo; (ii) a responsabilidade

conjunta dos anunciantes e dos meios de comunicação é adequada para cumprir o objetivo de proteção do consumidor; (iii) a medida é proporcional, uma vez que é necessária para vincular os meios de comunicação com a tutela dos direitos do consumidor, levando em consideração o poder de divulgação e, eventualmente, a convicção sobre o comprador do bem ou serviço oferecido.

Para a Corte, o estudo sobre a finalidade (proteção do consumidor), vincula tanto o valor “justiça” do preâmbulo da Constituição, como também o princípio da responsabilidade social dos meios de comunicação, consagrado nos artigos 20 e 78 da constituinte de 1991, na medida em que o Estado se corresponde a proteger os consumidores. Igualmente, o dispositivo que impõe a responsabilidade solidária entre os anunciantes e os meios de comunicação, tem respaldo no preâmbulo e nos artigos supramencionados da Constituição (20 e 78), vinculando-os à proteção dos direitos dos consumidores.

Diante do teste de proporcionalidade realizado, a Corte entendeu que a medida adotada pelo legislador é exequível, já que não é manifestamente inconstitucional, não desconhecendo arbitrariamente os direitos fundamentais e nem violando mandados constitucionais, pelo contrário, atendeu às razões de conveniência dispostas na exposição dos motivos da Lei 1.480 de 2011 e autorizadas pelos artigos 78, 333 e 334 da Constituição.

Em conclusão, a Sala Plena da Corte Constitucional declarou exequível, diante das análises feitas, as expressões “*el medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave*”, pertencentes ao artigo 30 da Lei 1.480 de 2011 (Bogotá, 25 de julho de 2012).

O quinto, e último, julgado analisado da Corte Constitucional colombiana refere-se à Sentença C-144/15⁶ (julgada no ano de 2015), na qual a Sala Plena da Corte analisou a constitucionalidade das alíneas “b” e “c” do artigo 30 da Lei 1.493 de 2011 no tocante à faculdade da Direção Nacional dos Direitos Autorais (DNDA) para suspender funcionários públicos da gestão de sociedades coletivas, de acordo com a referida lei e a Constituição.

A Corte, ao julgar o caso, lembrou que medidas cautelares em abstrato não geram afetação aos direitos fundamentais dos trabalhadores e diretores das sociedades de gestão coletivas, por guardarem liame com o fim proposto. Por isso, não vislumbram a existência de outros mecanismos que não geram um menor grau de afetação, permitindo a adequada proteção dos interesses jurídicos cuja proteção ficou encarregada à DNDA. A even-

6 Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-144-15.htm>. Acessado em: 21/06/2020.

tual falta de proporcionalidade, razoabilidade ou necessidade que possa vir a configurar-se com a adoção deste tipo de medida, materializar-se-á aplicada a um determinado caso concreto. Nesse sentido, caberá ao Juiz valorar as condições fáticas possíveis de serem adotadas na medida e a sua gravidade, aferindo se era possível que a autoridade administrativa pudesse ter utilizado algumas opções existentes que resultariam em situações menos gravosas aos direitos fundamentais das pessoas afetadas.

No teste da proporcionalidade, a Corte alude que busca propor uma relação de equilíbrio com os demais institutos jurídicos que estão em contradição, impondo limitações aos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, garantindo a efetividade desses direitos. Esclarece que apesar de a proporcionalidade ser um princípio implícito na Constituição, ela insere-se no princípio interpretativo constitucional assegurando, assim, o Estado de Direito.

Para a jurisprudência da Corte são reconhecidos como elementos fundamentais e essenciais que devem ser levados em consideração pelo juiz constitucional quando da aplicação do teste de proporcionalidade: (i) o exame da adequação da medida, que se refere ao fato de que a intervenção ou interferência realizada pelo Estado na efetividade de um direito fundamental seja suficientemente adequada a alcançar o fim proposto. O objetivo deve ser constitucionalmente legítimo; (ii) o exame da necessidade refere-se ao fato de que a limitação de um direito fundamental deve ser indispensável para a obtenção do objetivo previamente descrito como legítimo, ou seja, dentre todos os meios existentes para sua legitimação, deve adotar-se o menos prejudicial; (iii) o exame da proporcionalidade em sentido estrito permite avaliar ou ponderar se a restrição aos direitos fundamentais gerados pela medida questionada é equivalente aos benefícios por ela oferecidos. Do contrário, se a medida questionada apresentar benefícios inferiores aos direitos fundamentais por ela restringidos, a medida será desproporcional por gerar um impacto muito maior sobre esses interesses de ordem superior.

Em síntese, contrariando o que foi aduzido pelo autor, as medidas cautelares exigidas não geraram afetação desnecessária aos direitos fundamentais dos trabalhadores e executivos das sociedades de gestão coletiva, posto que foram necessárias para garantir a efetiva realização dos fins propostos.

Por fim, a Corte considera que as acusações de inconstitucionalidade que foram propostas pelo autor contra as medidas cautelares em estudo não merecem prosperar. Portanto, a Sala Plena da Corte

Constitucional declarou exequíveis, diante dos estudos realizados, o inteiro teor das alíneas “b” e “c” pertencentes ao artigo 30 da Lei 1.493 de 2011 (Bogotá, 06 de abril de 2015).

5. CONCLUSÃO

Primeiramente, restou claro durante o referido artigo que o uso adequado do princípio da proporcionalidade propicia elevado grau de certeza à fundamentação do magistrado, evitando decisões desproporcionais.

Outrossim, quando o julgador realiza o teste da proporcionalidade, ele aprofunda o princípio, pois realiza o teste sob várias óticas, ponderando através do balance se a determinante, objeto do julgado, prevalecerá sob diversos aspectos à luz da Constituição.

A Corte Constitucional da Colômbia realiza o teste da proporcionalidade com maestria, uma vez que chegam ao ponto de submeter o teste a elevados graus de dificuldade, a exemplo do Pacto de San Jose da Costa Rica (Corte Interamericana de Direitos Humanos), Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Corte Suprema de Estados Unidos da América, Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1981 e Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. A Corte procura, realmente, adotar a melhor possibilidade para ser aplicada ao caso concreto, sendo, necessariamente, a que menos vulnere direitos e garantias fundamentais, preservando a ordem Constitucional, a Dignidade da Pessoa Humana e o Estado Democrático.

Desta forma, através da aplicação do teste da proporcionalidade, instrumento hermenêutico que materializa os valores constitucionais na Corte, esta busca garantir as disposições de Tratados e Convenções internacionais de Direitos Humanos, evoluindo a jurisprudência interna e externa, ao passo que modifica a legislação para que os preceitos constitucionais sejam aplicados corretamente à luz do Estado Democrático de Direito.

Por fim, diante do que foi apresentado, o Supremo Tribunal Federal deveria incorporar aos seus julgados o modelo colombiano de aplicação do teste da proporcionalidade, pois é abrangente, hermenêutico, técnico e, principalmente, gera maior segurança na tomada de decisão, uma vez que a interpretação da Constituição deve ser séria e da melhor forma possível, para que não exista espaço para instabilidades jurídicas causadas por decisões prematuras e irresponsáveis que ensejam, cada vez mais, em situações diversas do almejado Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** - 2º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos** - 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRANDÃO, Rodrigo (organizador). **Cortes Constitucionais e Supremas Cortes**. Salvador: Juspodivm, 2017.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co>. Acessado em: 21/06/2020.

GARCIA, Juan Antonio. **Ponderación y Subsunción: Métodos Intercambiables**. Espanha, 2014. Disponível em: <https://www.garciamado.es/2014/05/ponderacion-o-simples-subsunciones-comentario-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-de-16-de-abril-de-2007/> Acessado em 04-06-2020.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, Colômbia, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**, 2019. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/publicacoes>. Acessado em 21/06/2020.

NAGLE, Luz Estella. **Evolution of Colombian Judiciary and The Constitutional Court**, INDIANA, EUA, 1995. Disponível em: <http://journals.iupui.edu/index.php/iiclr/article/view/17590/17690>. Acessado em 21/06/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TREVISAN, Leonardo Simchen. **Ponderação, Argumentação e Racionalidade: Robert Alexy e seus críticos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017.

DESAPARICIÓN FORZADA EN MÉXICO

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO¹

I. INTRODUCCIÓN

Del caso de Radilla Pacheco al de Alvarado Espinoza han transcurrido 9 años entre las respectivas sentencias y 36 años de las desapariciones, en ambos procesos interamericanos, como en otros más, han estado involucrados miembros del Ejército mexicano,²¹ como victimario y “encubridor”, por la deficiente tarea en la investigación y la participación inconventional de la jurisdicción castrense, cuya consecuencia ha sido la impunidad, ya que las pesquisas deberían terminar con la sanción a los responsables y la reparación integral a las víctimas y no lo hacen.

¿Cuál es la razón de que el Estado utilice la desaparición forzada de personas?

Algunas respuestas a esta cuestión han sido determinadas como crímenes de Estado, la desaparición forzada se usa a menudo como estrategia para infundir el terror en los ciudadanos, para “deshacerse” de la disidencia, evitar inclusive, los funerales que visualicen a las víctimas.

-
- 1 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. Director de la Revista Primera Instancia. Contacto: alfonso.martinez@unach.com
 - 2 [...] el Estado “incumplió la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en conexión con los artículos 8 y 25 de la misma, al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense”. CORTE IDH. *Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra vs. México*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. 17 de abril de 2015, párrafo 11.

La sensación de inseguridad que esa práctica genera no se limita a los parientes próximos del desaparecido, sino que afecta a su comunidad y al conjunto de la sociedad.³

El caso de Radilla Pacheco se da en el contexto cuando el Estado mexicano reacciona de manera violenta al surgimiento del movimiento guerrillero en la entidad de Guerrero, el gobierno utilizó una serie de mecanismos que no fueron los más adecuados ni los más impolutos posibles. Al contrario, echó mano de métodos que se han denominado como sucios, de ahí que se hable de una guerra sucia de parte del poder mexicano al momento de responder a las acciones y demandas de los grupos armados. Esta guerra sucia se desplegó desde los años sesenta, pero se acentuó en los setenta y se extendió a los ochenta.⁴

El caso Alvarado Espinoza se da en la coyuntura de la escalada de violencia como resultado de la declaración de guerra del Estado mexicano contra el narcotráfico, y los operativos conjuntos entre la policía, el ejército y la marina, en varias partes del país, y en el caso concreto en Chihuahua, en el cual se desplegaron las fuerzas del ejército en tareas de seguridad pública, que dieron como resultado graves daños colaterales a la población civil.

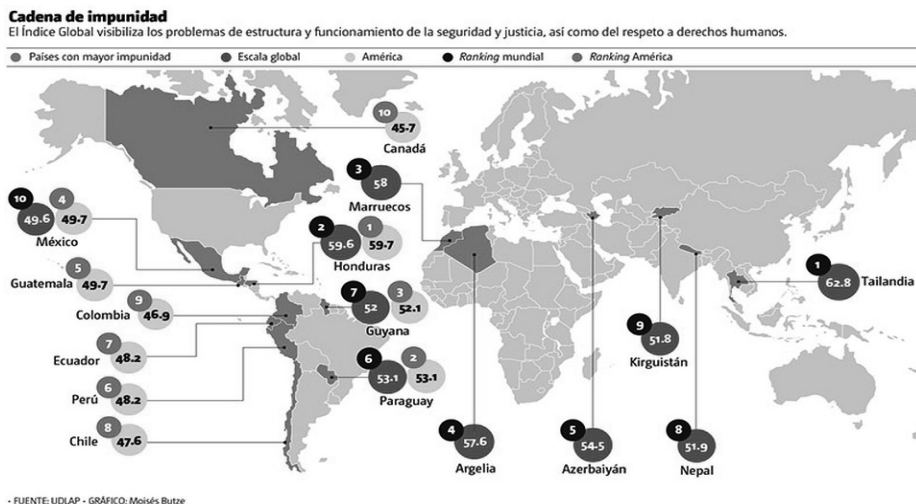
En ambos casos y otros más, la impunidad ha sido una constante, ésta simboliza la crisis del sistema de justicia, a raíz de la ineficiencia en las investigaciones de los posibles hechos delictuosos, la falta de seriedad, capacitación en comparsa con una jurisdicción plagada de formalismos, que vulneran los fines del derecho, el ingreso a las instituciones de crimen organizado, sistemas de transparencia como medios para limitar las pesquisas, tráfico de influencias, cada uno de estos clavos ha enterrado el ataúd de la justicia mexicana, al no cumplir con la función social fundamental de impartir justicia. Pocos casos, de estos graves delitos llegan a la jurisdicción, por la negligencia o dolo en el procedimiento de investigación, y cuando se logra pasar a la fase de juzgamiento, pocos procesos alcanzan sentencia condenatoria, los tribunales se han constituido, en parte de sistemas de justicia torpes, lentos, corruptos, que castiga severamente a las personas de escasos recursos, sin considerar la responsabilidad penal o no y por la protección a los delincuentes de cuello blanco.

3 ONU, *Día Internacional de las Víctimas de Desapariciones Forzadas 3+0 de agosto*. <https://tinyurl.com/y5wt2ulh>, consulta 20/01/2020.

4 MENDOZA GARCÍA, Jorge, Reconstruyendo la guerra sucia en México: del olvido social a la memoria colectiva, *Revista electrónica de psicología política*, 2007, vol. 5, no. 15, p. 10.

De acuerdo con el ranking del Índice Global de Impunidad 2020 de la Universidad de las Américas de Puebla, México se ubica en el 10º lugar en la escala global de impunidad, con un valor total de 49.67, de los países estudiados. En la edición de 2017, ocupó el lugar 66 de 69 y hasta 2018 fue el cuarto en el continente americano.

Gráfica 1. Índice Global de Impunidad 2020



Fuente: Universidad de las Américas de Puebla, México.

El combate a la inseguridad no se relaciona necesariamente con el número de elementos de la policía, en lo que respecta a la estructura del sistema de seguridad, el índice muestra que en México hay 347.76 gendarmes por cada cien mil habitantes. Esta cifra resulta mayor que el promedio de los demás países analizados que ronda los 314.9 por cada cien mil habitantes. Sin embargo, paradójicamente, esto no se traduce en capacidades efectivas de la policía.⁵

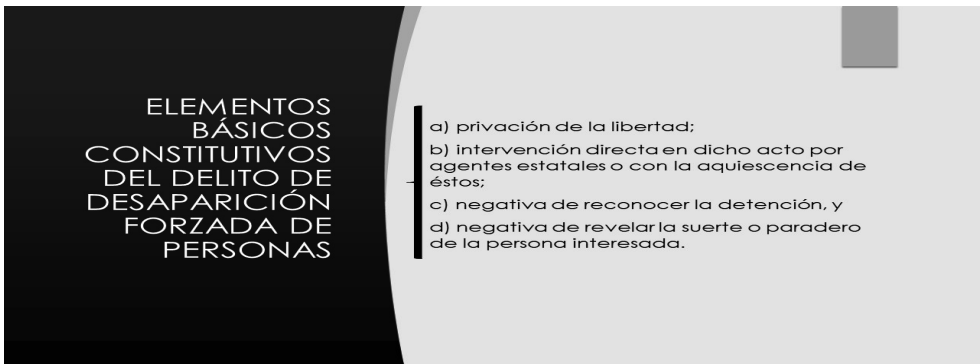
5 CORRAL, Ayr, México es décimo en el mundo y cuarto en América en impunidad, *Milenio*. <https://tinyurl.com/yyl5skja>, consulta 20/08/2020.

II. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

El artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁶ (Convención IDFP) describe a la desaparición forzada como:

La privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Esquema 1. Elementos del delito de desaparición forzada



Fuente: Elaboración propia.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo posterior Corte IDH), el elemento del delito de la desaparición forzada de personas, a diferencia de la ejecución extrajudicial, conlleva a la negativa del Estado de reconocer que la víctima está bajo su control y así también el proporcionar información al respecto, con el propósito de generar incertidumbre acerca del paradero, vida o muerte, provocar intimidación y supresión de los derechos humanos.⁷

6 Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

7 CORTE IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. Sentencia de 28 de

Cuestión importante es la exigencia de que cualquier detención por la autoridad, inclusive tratándose de aquellas aprehensiones *infraganti*, una vez capturada la persona, debe ponerse a disposición de forma inmediata a la autoridad ministerial para que ésta:

- a. evalúe la legalidad de la detención, y
- b. decida si sigue detenido o es puesto en libertad.⁸

En cuanto al primer elemento del delito, la Corte IDH de forma similar al Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias de Personas de la ONU, ha determinado que “*la desaparición forzada puede iniciarse con una detención ilegal o con un arresto o detención inicialmente legal*”.⁹

La desaparición forzada es un delito de carácter múltiple, continuo, imprescriptible y pluriofensivo, que trasgrede los siguientes derechos:

- a) El derecho a la libertad personal
- b) El derecho a la integridad personal
- c) El derecho a la salud
- d) El derecho a la verdad
- e) El derecho a la vida
- f) Libertad de expresión
- g) Libertad de asociación
- h) Derechos políticos
- i) Derecho a una vida libre de violencia
- j) El derecho a la integración familiar.¹⁰

La desaparición de personas no es una práctica exclusiva de México, es un mal recurrente en Latinoamérica, cuyo comienzo tuvo lugar en Guatemala en 1962 y, en las décadas siguientes, el método se ex-

noviembre de 2018, párrafo 253.

8 Tesis: I.1o.P.165 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 69, agosto de 2019, Tomo IV, p. 4529.

9 CORTE IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*, *op. cit.*, párrafo 172.

10 Se entiende por integración familiar al grado de salud, armonía y equilibrio existente en las relaciones mantenidas dentro de los miembros de una familia, incluyendo y valorando a la persona y a su rol dentro del núcleo familiar. CASTILLERO MIMENZA, Oscar, Integración familiar: qué es y por qué es necesaria, *Psicología y mente*. <https://psicologiaymente.com/social/integracion-familiar>, consulta 10/12/2019.

tendió a El Salvador, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México.¹¹

1. LESA HUMANIDAD

El artículo 7, inciso i) del Estatuto de Roma (ER) que versa sobre los Crímenes de *lesa humanidad*, dispone:

[...] se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque... [Entre ellos]... la desaparición forzada de personas [...]

La desaparición forzada de personas es un delito de *lesa humanidad*, porque representa una conducta agravada, que atenta contra todos, vulnera de forma grave y continúa a las víctimas: desaparecido y familiares, causando una lesión que nunca termina, al desconocerse el paradero o destino de la persona privada de la libertad.

Es un crimen cobarde, por las desventajas a las que se enfrentan las víctimas, frente a los agentes del Estado o terceros que colocan a las víctimas en una situación de indefensión.

Resulta evidente para la Corte IDH que los familiares involucrados en el proceso de búsqueda también son víctimas, debido a que la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Convención ADH) y coloca a éstas a un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas... A ello, se añade que la prolongación en el tiempo de la investigación agudiza la posibilidad de encontrar a las víctimas con vida, por lo que la celeridad en estos casos resulta crucial.¹²

11 AMBOS, Kai, *et al. Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Nomos Impresores, Bogotá, Colombia, 2009, p. 41.

12 CORTE IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*, *op. cit.*, párrafo 253.

2. LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS ES UNA PRÁCTICA GENERALIZADA EN MÉXICO

Si se califica a la desaparición forzada de personas de manera generalizada, significa que es algo que sucede cotidianamente, de forma reiterada, que es la regla, siendo la excepción el respeto a los derechos humanos.

El término *generalizado* implica, en un sentido cuantitativo, que un acto ha sido llevado a cabo a gran escala, involucrando a un gran número de víctimas. *Sistemático*, por su parte, tiene un significado más bien cualitativo, que requiere que el acto se concrete como resultado de una planificación metódica.¹³

Más de 61.000 personas han desaparecido en México, así lo informó el Gobierno de Andrés Manuel López Obrador a principios del 2020, tras un análisis de los datos de las fiscalías estatales. La nueva cifra suma más de 20.000 desaparecidos a las últimas cifras oficiales, disparando la estimación que por más de 10 años el Gobierno federal había mantenido.

De este total, más del 97% se registraron a partir de 2006, cuando la administración de Felipe Calderón Hinojosa incursionó en la llamada guerra contra el narcotráfico. Con un global de 61.637 personas desaparecidas, el dato oficial viene a confirmar la extraordinaria violencia que México ha vivido por más de una década, sin que tenga señales de disminuir.¹⁴

El artículo 5 Estatuto de Roma (ER) prevé que la Corte Penal Internacional (CPI) tiene competencia para juzgar a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, entre ellos la desaparición forzada de personas, que de acuerdo con los datos en México, es injustificable que no se haya desarrollado por lo menos una investigación, porque el Fiscal de la CPI puede iniciarla de oficio sobre la base de información pública y oficial que existe.

13 LOZADA, Martín. *Crímenes de lesa humanidad y genocidio: Cómo calificar la violencia estatal en la Argentina (1976-1983)*. Nueva edición [en línea]. Viedma: Editorial UNRN, 2019, <https://tinyurl.com/y2gjlwlf>, consulta 01/08/2019.

14 LÓPEZ, Denisse. *El resultado de la guerra contra el narcotráfico: más de 61.000 desaparecidos y miles de fosas clandestinas*. Infobae. <http://tinyurl.com/y4scevlq>, consulta 15/01/2020.

3. COYUNTURAS

A pesar de la pandemia, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) pidió a México continuar con la búsqueda de más de 60 mil personas víctimas de desaparición forzada, pero aplicando las medidas sanitarias para evitar la propagación del COVID-19.¹⁵

Una demanda necesaria se cumple con dispensa de trámite y el voto de los 107 legisladores asistentes, el pleno del Senado avaló la decisión del gobierno de Andrés Manuel López Obrador de aceptar la jurisdicción del Comité contra la Desaparición Forzada de la ONU (Comité DFP), organismo que establece la atención a las víctimas de ese delito, de manera integral.¹⁶

Antes de la aceptación por los canales correspondientes del Comité DFP, se dictó una sentencia que se salió de la practica judicial del país, a través de un juicio de amparo, un juez de distrito en materia administrativa ordenó en la sentencia, al Estado mexicano, a continuar con los trámites para la aceptación del Comité DFP previsto en el artículo 31 de la Convención IDFP, en un plazo de sesenta días.¹⁷

III. CASO ROSENDO RADILLA PACHECO

1. HECHOS DEL CASO

El señor Rosendo Radilla Pacheco era una persona involucrada en diversas actividades de la vida política y social de su pueblo, Atoyac de Álvarez, estado de Guerrero, el 25 de agosto de 1974 fue detenido por miembros del Ejército de México mientras se encontraba con su hijo en un autobús. Posteriormente a su detención, fue visto en el Cuartel de Atoyac de Álvarez, con evidencias de haber sido agredido físicamente. No se volvió a saber de su paradero. Los familiares de la

15 INFOBAE, *La ONU pidió a México seguir buscando a las víctimas de desaparición forzada pese a pandemia de coronavirus*. <https://tinyurl.com/yxqmjtsq>, consulta 18/05/2020.

16 BECERRIL, Andrea y BALLINA Víctor, *Aprueba Senado competencia de la ONU en casos de desaparición forzada*, *La Jornada*. <https://tinyurl.com/y533p55q>, consulta 02/09/2020.

17 *Cfr.* OLIVARES ALONSO, Emir, *Reconocer competencia del comité de la ONU sobre desapariciones forzadas, ordena juez*, *La Jornada*. <https://tinyurl.com/y533p55q>, consulta 12/03/2020.

víctima interpusieron diversos recursos a fin de que se investiguen los hechos y se sancionen a los responsables. La causa penal fue dirigida a la jurisdicción penal militar. No se realizaron mayores investigaciones ni se sancionaron a los responsables.¹⁸

2. SENTENCIA

La sentencia de fondo del Caso Rosendo Radilla Pacheco emitida por la Corte IDH generó una serie de interesantes jurisprudencias relacionadas especialmente con la justicia miliar: el juez natural, la disciplina militar; la exigencia de establecer en las normas procesales un recurso eficaz; sujetar las actuaciones del Estado al concepto del plazo razonable; la distinción entre las víctimas directas e indirectas; la forma de reparación integral; la violación de la integridad personal de familiares; sufrimiento de las víctimas; la integridad personal; el tipo de desaparición forzada de personas como continuo o permanente; el acceso al expediente durante la investigación; la obtención de copias de la averiguación previa por parte de las víctimas; el derecho a la verdad; el efecto útil de las normas convencionales; el control difuso de convencionalidad; el deber del Estado de realizar investigaciones serias y efectivas, entre otras para procesar y sancionar a los responsables de la violación de derechos humanos para combatir a la impunidad.¹⁹

La Corte IDH reiteró los requisitos que deben reunirse para cumplir con el plazo razonable; máximo en situaciones de desaparición forzada de personas, por las características de este grave ilícito que exige la celeridad de las investigaciones para dar con el paradero de la persona desaparecida, por ello éstas deben ser serias para la localización, no se cumple sólo de manera formal o aparente sino real, que no depende el impulso del procedimiento o proceso, para realizar todas las actuaciones necesarias de búsqueda, el que los familiares tengan el conocimiento del destino o paradero de los desaparecidos, derecho humano, que se relaciona necesariamente con el saber quiénes son los responsables y con ello que sean juzgados para evitar la impunidad, especialmente por la garantía de no repetición.

18 Cfr. CORTE IDH. *Caso Rosendo Radilla Pacheco*, Ficha técnica. https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=360, consulta 15/12/2019.

19 MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos: Caso Rosendo Radilla Pacheco, *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM* [Online], no. 3, vol. 12, 2017, consulta 17/08/2019, p. 1067.

3. RESERVA

Al contestar la petición individual México, ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), invocó para justificar la intervención de la jurisdicción castrense en el Caso Rosendo Radilla Pacheco, la reserva que realizó a la Convención IDFP, que aceptó el 9 de abril de 2002, de la siguiente manera:

El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos [...] formula reserva expresa al artículo IX, toda vez que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la Convención ADH, toda vez que conforme al artículo 14 de la Constitución mexicana nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

El artículo XIX de la Convención IDFP dispone:

Los Estados podrán formular reservas a la presente Convención en el momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherirse a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas.

De esta forma la Corte IDH en el Caso Radilla Pacheco consideró que la reserva formulada por México no satisface el primer requisito establecido en el artículo XIX de la Convención IDFP, por lo que, en consecuencia, debe ser considerada inválida. En este sentido, resulta evidente que la aplicación de la jurisdicción militar en el presente caso, por la cual el Estado extendió la competencia del fuero castrense a hechos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, es contraria a la disposición contenida en el artículo IX del tratado de referencia, a la cual México está claramente obligado.²⁰

La Corte IDH ha establecido:

20 CORTE IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia 23 de noviembre de 2009, párrafo 312.

Una reserva que suspenda todo el derecho fundamental cuyo contenido es inderogable, debe ser considerada como incompatible con el objeto y el propósito de la Convención ADH... La situación podría ser diferente si la reserva solamente restringe ciertos aspectos del derecho interno inderogable sin privar al derecho al contenido básico.

Así al realizar esta determinación, se debe examinar si aun cuando la reserva sólo restringe algunos aspectos de un derecho inderogable, ésta impide darle pleno sentido y efecto útil al tratado.²¹

IV. CASO ALVARADO ESPINOZA

1. HECHOS DEL CASO

La ficha técnica emitida por la Corte IDH dispone que ésta verificara la existencia de un contexto de desapariciones, así como de un patrón de impunidad en México en el periodo materia de análisis. Ello, derivado, en parte, por la militarización como estrategia de seguridad pública en la “guerra contra el narcotráfico” iniciada en el año 2006. En particular se acreditó un incremento en la violencia criminal y las violaciones a los derechos humanos asociadas a la implementación de los “Operativos Conjuntos”. Dichas desapariciones se habrían dado durante la implementación del Operativo Conjunto Chihuahua y la alegada lucha contra el crimen organizado en la zona.

De acuerdo a las declaraciones de los testigos presenciales de los hechos, el 29 de diciembre de 2009 aproximadamente entre las 8:00 y 9:00 de la noche, José Ángel Alvarado Herrera y Nitza Paola Alvarado Espinoza se encontraban a bordo de una camioneta estacionada en las afueras de la casa de la suegra de José Ángel Alvarado en el Ejido Benito Juárez, Municipio de Buenaventura, Estado de Chihuahua, cuando fueron detenidos por alrededor de 8 y 10 personas que portaban uniformes militares, quienes les obligaron a abordar una de las camionetas particulares en que arribaron y tras lo cual huyeron con rumbo desconocido. Momentos después, cerca de las 9:00 o 10:00 de la noche, entre 8 y 10 sujetos que portaban uniformes militares arribaron al domicilio de Rocío Irene Alvarado Reyes, ubicado también en el Ejido Benito Juárez, en donde se encontraba acompañada de sus dos hermanos A.A.R. y A.R.A.R., de su hija A.M.U.A.,

²¹ *Ibidem*, párrafo 310.

todos menores de edad, y de su madre, Patricia Reyes Rueda, y tras detenerla la obligaron a abordar un vehículo que se retiró del lugar. A partir de que sucedieron los hechos, no se tiene noticia del destino o paradero de los desaparecidos.

Se verificaron distintas acciones de búsqueda realizadas por los familiares y algunas autoridades, de donde se desprendieron diversos indicios sobre la participación de agentes estatales.

Se iniciaron al menos 13 procedimientos de investigación, 7 procedimientos judiciales y 2 procedimientos administrativos; no obstante, a la fecha aún se desconoce el paradero de los desaparecidos, así como no se han esclarecido los hechos ni sancionado a los responsables. Cabe destacar que el caso fue turnado a la jurisdicción militar por un periodo de casi dos años, entre otras obstaculizaciones y fragmentaciones que se presentaron en las investigaciones.

Además, con posterioridad a las desapariciones ocurrieron distintos actos de hostigamiento o amenazas en perjuicio de algunos de los familiares de los desaparecidos, quienes se vieron en la necesidad de desplazarse de su lugar de origen; todo ello en el marco de protección de Medidas Provisionales adoptadas por la Corte IDH desde el año 2010.²²

2. JURISPRUDENCIA

En este proceso la Corte IDH reitero diversos criterios jurisprudenciales obligatorios para los Estados parte del SIDH que han aceptado la jurisdicción del tribunal interamericano.

2.1. PLAZO RAZONABLE

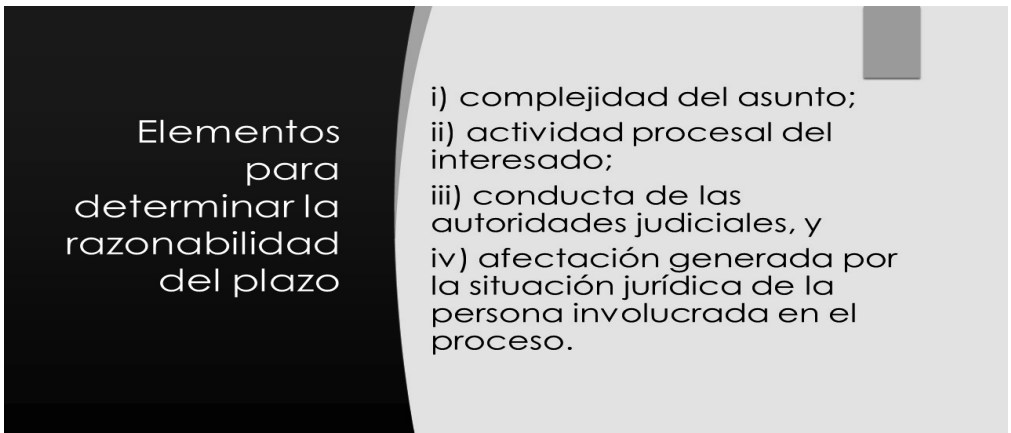
La Corte IDH ha repetido²³ que de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención ADH y como parte del derecho a la justicia, los procesos deben realizarse dentro de un plazo razonable, por lo que, en atención a la necesidad de garantizar los derechos de las personas perjudicadas, una

22 Cfr. CORTE IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm, consulta 15/12/2019.

23 CORTE IDH. *Caso Luna López Vs. Honduras*. Sentencia de 10 de octubre de 2013, párrafo 189. *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párrafo 152. *Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú*. Sentencia de 26 de noviembre de 2013, párrafo 201. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. Sentencia de 28 de noviembre de 2018, párrafo 250.

demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. Además, por tratarse de una desaparición forzada, el derecho de acceso a la justicia incluye que se procure determinar la suerte o paradero de la víctima.

Esquema 2. Elementos del plazo razonable



Fuente: Elaboración propia.

2.2. INVESTIGAR ES UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO

La Corte IDH ha señalado de manera consistente que el deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad, condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. Respecto de casos de desaparición forzada, la Corte IDH ha confirmado la existencia de un “[d]erecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentra su paradero o, en su caso, sus restos”. En estos casos la impunidad debe ser erradicada mediante la determinación de las responsabilidades tanto generales -del Estado- como individuales -penales y de otra índole de sus agentes o de particulares.²⁴

24 CORTE IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*. Sentencia de 28 de noviembre de 2018, párrafo 240.

2.3. COMPLEJIDAD DE LA DESAPARICIÓN FORZADA

En cuanto al primero de los elementos, la complejidad, la Corte IDH señaló “*que los perpetradores intentaron eliminar todo rastro o evidencia, además de la negativa de brindar información sobre el paradero de los desaparecidos y por el número de posibles responsables*”; por lo que, dadas las características del caso Alvarado Espinosa y otros, constó que se trató de un caso complejo.²⁵

Es común por los agentes del Estado, para evadir la responsabilidad, afirmar que los familiares entorpecen las investigaciones, sin embargo la Corte IDH no advirtió que la conducta de los familiares hubiera entorpecido la tramitación de las pesquisas; por el contrario, se constató que la participación y colaboración con las autoridades fue colaborativa, actividad procesal que no cesó, a pesar de que fueron objeto de amenazas y hostigamiento.²⁶

2.4. LA DESAPARICIÓN FORZADA ES UN DELITO DE CARÁCTER PLURIOFENSIVO Y CONTINUADO

La Corte IDH ha desarrollado en su jurisprudencia el carácter pluriofensivo de la desaparición forzada, así como su naturaleza permanente o continua, la cual se prolonga mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida o se identifiquen con certeza sus restos.²⁷

2.5. PRINCIPIO EFFET UTILE Y HÁBEAS CORPUS

La Corte IDH reiteró que el artículo 2 de la Convención ADH establece la obligación general a los Estados parte del SIDH de adecuar el derecho interno a las disposiciones convencionales, para garantizar los derechos y libertades ahí consagrados, lo que implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Partiendo de lo anterior, la Corte IDH reiteró que los Estados tienen la responsabilidad de establecer los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales.

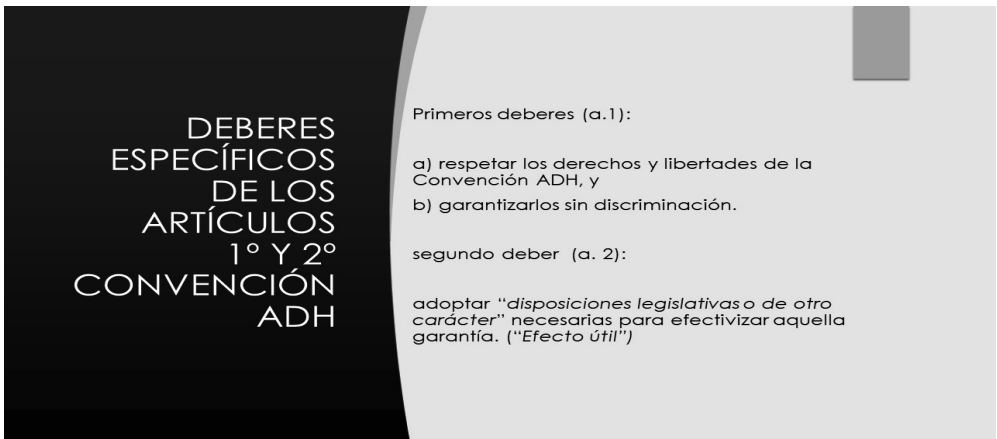
25 *Ibidem*, párrafo 251.

26 *Idem*.

27 *Ibidem*, párrafo 165.

En el caso de la desaparición forzada de personas, el deber de adecuar el derecho interno a las disposiciones de la Convención ADH tiene carácter primordial para la efectiva erradicación de esta práctica. La Corte IDH también recordó que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que el recurso de *hábeas corpus* pueda ser ejercido de manera eficaz en situaciones de desaparición forzada.²⁸

Esquema 3. Efecto útil



Fuente: Elaboración propia.

2.6. VÍCTIMAS FAMILIARES

La Corte IDH confirmó que los familiares de las personas desaparecidas pueden ser a su vez ser víctimas, considerado la angustia y sufrimiento causados por la incertidumbre, es posible entenderlo como la violación del derecho a la integridad de los familiares, que se acrecienta, entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades de proporcionar información acerca del paradero o de realizar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido.²⁹

En relación con el derecho a la familia, la Corte IDH consideró que, en los casos de desplazamiento forzado de personas, por amenazas conlleva la separación o fragmentación del núcleo familiar, lo que puede

28 *Ibidem*, párrafo 258.

29 *Ibidem*, párrafo 263.

generar la responsabilidad del Estado por la transgresión del artículo 17 de la Convención ADH.³⁰

2.7. CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

La Convención IDFP entró en vigor en México desde el 9 de abril de 2002,³¹ todos los Estados parte del SIDH, de forma genérica el derecho convencional obliga a investigar y sancionar la violación a los derechos humanos, pero se acrecienta tal deber, ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, de manera especial, en casos de desapariciones forzadas, la cual se ve reforzado por el artículo I.b y IX de la Convención IDFP.

2.8. LAS FUERZAS ARMADAS EN LABORES DE POLICÍA JUDICIAL O MINISTERIAL

Hay consenso convencional de diversas instituciones internacionales, de que las fuerzas armadas están preparadas para conflictos bélicos, por lo que no deben intervenir en labores de la seguridad pública reservada a la policía, así lo han señalado el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, los Relatores Especiales sobre la Tortura y sobre las Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, en países como México el crimen organizado se ha infiltrado en las instituciones encargadas de la seguridad pública. Recientemente ha sido detenido y está siendo procesado en Estados Unidos de Norteamérica, el encargado de la seguridad pública en el sexenio de Felipe Calderón por recibir sobornos,³² por ello explica, pero no se justifica formalmente la participación de las fuerzas armadas en labores de policía judicial o ministerial, lo que resulta contrario a determinados principios del Estado de Derecho, tales como la separación de poderes, la indepen-

30 *Ibidem*, párrafo 263.

31 *Ibidem*, párrafo 263.

32 *Cfr.* El Universal, *Detienen a García Luna en EU*. <https://tinyurl.com/yxqmjtsc>, consulta 12/04/2020.

dencia y la autonomía de los tribunales judiciales y la subordinación a las autoridades civiles, por lo que hay que implementar mecanismos de rendición de cuentas a través de cuerpos independientes de todas las fuerzas de seguridad relacionadas con operativos y tareas de orden público.³³

La Corte IDH reconoce la naturaleza y complejidad de enfrentar al crimen organizado, que en sí mismo es una grave amenaza para la comunidad internacional, toda vez que atenta contra la seguridad, estabilidad y gobernabilidad democrática de los Estados, obstaculiza su desarrollo e impide la vigencia de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción. No obstante, para enfrentar dicha problemática es preciso que los Estados actúen en todo momento dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como los derechos humanos. Lo anterior implica que en la adopción de medidas frente a quienes se presume que atentan en contra de la seguridad interna o del orden público, los Estados no pueden invocar la existencia de situaciones excepcionales como medio para suprimir o denegar derechos garantizados por la Convención ADH, desnaturalizarlos o privarlos de contenido real, o como justificación para practicar o tolerar actos contrarios a normas imperativas de derecho internacional, tales como la tortura, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales, entre otras graves violaciones.³⁴

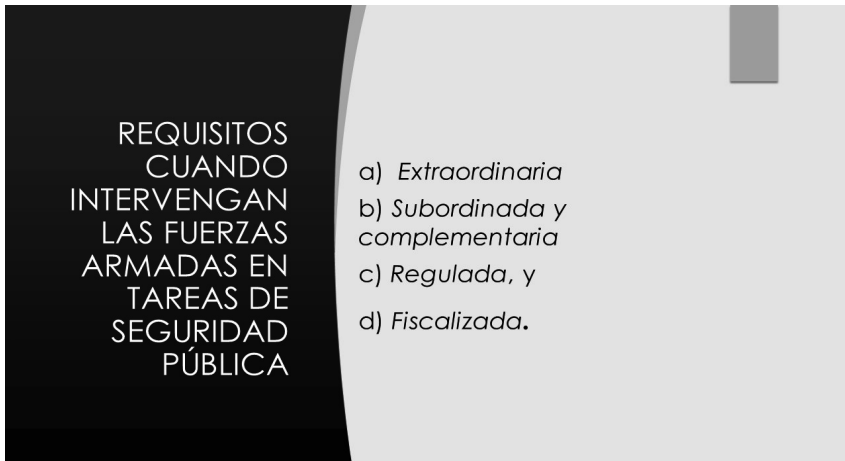
La Corte IDH cita en el fallo varias decisiones judiciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión de Venecia del Consejo Europeo, en la que coincide la importancia en crear mecanismos de control civil, como un componente crucial de la supervisión democrática de las Fuerzas Armadas y ha recomendado que cualquier decisión a desplegar a éstas en asuntos internos, el proceder debe estar sujeta a los límites de proporcionalidad y subsidiariedad.³⁵

33 CORTE IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*, *op. cit.*, párrafo 181.

34 *Ibidem*, párrafo 170.

35 *Cfr.* CORTE IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*, *op. cit.*, párrafo 70.

Esquema 4. Fuerzas armadas



Fuente: Elaboración propia.

Cuando excepcionalmente intervengan en tareas de seguridad, la participación de las fuerzas armadas debe ser:

- a) *Extraordinaria*, de manera que toda intervención se encuentre justificada y resulte excepcional, temporal y restringida a lo estrictamente necesario en las circunstancias del caso;
- b) *Subordinada y complementaria*, a las labores de las corporaciones civiles, sin que sus labores puedan extenderse a las facultades propias de las instituciones de procuración de justicia o policía judicial o ministerial;
- c) *Regulada*, mediante mecanismos legales y protocolos sobre el uso de la fuerza, bajo los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y absoluta necesidad y de acuerdo con la respectiva capacitación en la materia, y
- d) *Fiscalizada*, por órganos civiles competentes, independientes y técnicamente capaces.³⁶

36 *Ibidem*, párrafo 128.

Esquema 5. Criterios de investigación

CRITERIOS DE LA INVESTIGACIÓN

- a) realizar investigaciones pertinentes acumuladas en una sola
- b) investigar con debida diligencia,
- c) identificar e individualizar a los autores materiales e intelectuales
- d) asegurarse que las autoridades competentes realicen las investigaciones *ex officio*,
- e) abstenerse de recurrir a figuras como la amnistias o cualquier disposición análoga.
- f) garantizar que las investigaciones y juicios se realicen en la jurisdicción ordinaria, e
- g) Sancionar a las autoridades que hayan obstaculizado e impedido la investigación, así como contra los autores de los hechos de hostigamiento y amenazas.

Fuente: Elaboración propia.

2.9. INVESTIGACIONES Y DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDADES

En la parte de la sentencia que dispone la obligación de investigar los hechos e identificar y, en su caso, juzgar y sancionar a todos los responsables la Corte IDH establece los parámetros:

El primer punto es que la investigación debe realizarse en un plazo razonable, con el fin de establecer la verdad de los hechos, con los criterios sobre casos de desapariciones forzadas, removiendo todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que mantienen la impunidad.

Implica que todas las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la recolección de la prueba, por lo que deberán brindar a jueces, procuraduría u otra autoridad competente toda la información que requiera y abstenerse de realizar actos que impliquen la obstrucción para la marcha del proceso investigativo.

El mismo fallo determina los criterios que debe comprender la investigación:

- a) realizar las investigaciones pertinentes:
 - i. tomar en cuenta el contexto del caso.
 - ii. evitar omisiones en la recolección de prueba.
 - iii. Seguir las líneas lógicas de investigación.

- iv. integrar en una sola investigación todos los resultados.

- b) investigar con debida diligencia:
 - i. abarcar de forma integral los elementos que configuran la desaparición forzada.

 - c) identificar e individualizar a los autores materiales e intelectuales.

 - d) asegurar que las autoridades civiles realicen las investigaciones:
 - i. *ex officio*.
 - ii. utilizar todos los recursos logísticos y científicos necesarios para recabar y procesar las pruebas.
 - iii. acceder a toda la documentación e información.
 - iv. garantizar la seguridad de las víctimas, representantes, testigos y operadores de justicia.

 - e) considerar el carácter permanente de la desaparición forzada;
 - i. abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía o cualquier otra disposición análoga que exima le responsabilidad.

 - f) garantizar que las investigaciones por los hechos constitutivos se mantengan.
 - i. realizar todo el procedimiento en la jurisdicción ordinaria.

 - g) iniciar las acciones disciplinarias, administrativas o penales.
 - i. sancionar a las autoridades que hayan obstaculizado la investigación.
 - ii. incluir a las autoridades que hayan impedido la investigación.
 - iii. Castigar a los responsables de los hechos de hostigamiento y amenazas.³⁷

V. CORTE PENAL INTERNACIONAL

Es un organismo jurisdiccional convencional permanente y complementario a las jurisdicciones penales nacionales que tiene la finalidad de que no queden impunes delitos de lesa humanidad establecidos en el Estatuto de Roma (ER).

La Corte Penal Internacional (CPI) es la primera Corte permanente, independiente, con la capacidad de investigar y llevar ante la jus-

37 CORTE IDH. *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México*, op. cit., párrafo 301.

ticia a quienes cometan las violaciones más graves en contra del derecho internacional humanitario, a saber, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio. La CPI tiene sede en La Haya, Países Bajos y fue establecida en acuerdo con el ER, el tratado fundacional de la CPI, el 1 de julio de 2002. A la fecha, el Estatuto de la CPI ha sido ratificado por 121 Estados, representando a cada región del mundo.

La CPI puede entonces ejercer su jurisdicción sobre la materia si el Estado en cuyo territorio el crimen fue cometido, o el Estado de la nacionalidad del acusado, es parte del ER. Los Estados No Parte pueden aceptar la competencia de la CPI sobre una base Ad hoc. Cuando una situación es remitida por el Consejo de Seguridad, la CPI tendrá jurisdicción sin importar si el Estado en cuestión es o no parte del ER.³⁸

Casi siempre se repiten los ciclos, cuando ha habido una crisis severa, se buscan nuevos mecanismos de prevención y solución. En el preámbulo del ER se dice que en el siglo XX “millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad... que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad... en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”.

Al igual que en los sistemas de protección de derechos humanos (Universal y regionales) la CPI justifica su creación porque los Estados han resultado insuficientes para tutelar los derechos fundamentales, pero lo más grave, es que las violaciones tienen como victimario principal a los agentes de los Estados.

García Ramírez plantea el tránsito de la protección de los derechos humanos del ámbito interno al externo: La primera etapa del largo camino que ha recorrido la dignidad humana se confinó en el derecho interno. La segunda corre por el orden internacional... Sus expresiones con el derecho internacional de los Derechos humanos, el Derecho humanitario y el Derecho de los refugiados.³⁹

38 COALITIÓN ICC, *Preguntas y respuestas sobre la Corte Penal Internacional*. <https://tinyurl.com/yyggnwp>, consulta 15/05/2020.

39 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002, p. 11.

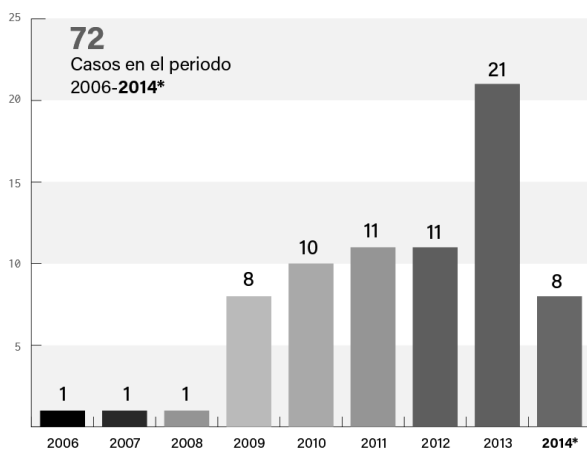
Gráfica. 2. Militares implicados

MILITARES IMPLICADOS EN DESAPARICIÓN FORZADA

Los casos que se saben.

(Averiguaciones previas a militares)

DE 1960 A 2005 EL NÚMERO ES DESCONOCIDO



(*) Datos son hasta junio 2014 pues a partir de esa fecha las denuncias por desaparición forzada y a no las indaga SEDENA.

Fuente: Solicitud de Información 700208315.
22 enero 2016.

www.animalpolitico.com



Fuente: Animal Político.

VI. CONCLUSIONES

1. La desaparición forzada de personas es una práctica generalizada en México.
2. En contraste la impunidad de existente sólo se explica por la falta de independencia, autonomía y ética de los órganos de fiscalización y administración de justicia.
3. La participación de las fuerzas armadas sólo ha dado como resultado la violación grave de derechos humanos y el incremento en los niveles de impunidad.
4. Algunos encargados de las instituciones de la seguridad pública han sido controladas por el crimen organizado.
5. Es indudable que en México se han cometido delitos de *lesa humanidad* por lo que se hace necesaria la participación de organismos conven-

cionales para investigar y sancionar a los responsables.

6. La Corte IDH ha señalado en reiterados casos la responsabilidad para el Estado mexicano, y dejado a las instituciones nacionales, previa investigación, el sancionar a los responsables de delito de desaparición forzada, lo cual no se ha realizado, el carácter subsidiario de la CPI es fundamental que empieza a desplegarse.

VII. BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

AMBOS, Kai, *et al. Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá. Nomos Impresores, 2009.

BECERRIL, Andrea y BALLINA Víctor, *Aprueba Senado competencia de la ONU en casos de desaparición forzada*, La Jornada. <https://tinyurl.com/y2mpbl9e>.

COALITIÓN ICC, *Preguntas y respuestas sobre la Corte Penal Internacional*, <https://tinyurl.com/yyggnwp>.

CORRAL, Adyr, *México es décimo en el mundo y cuarto en América en impunidad*, Milenio. <https://tinyurl.com/yyl5skja>.

EL UNIVERSAL, *Detienen a García Luna en EU*. <https://tinyurl.com/yxchroh>.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, México. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002.

INFOBAE, *La ONU pidió a México seguir buscando a las víctimas de desaparición forzada pese a pandemia de coronavirus*. <https://tinyurl.com/yxqjmjts>.

LÓPEZ, Denisse, *El resultado de la guerra contra el narcotráfico: más de 61.000 desaparecidos y miles de fosas clandestinas*, Infobae. <https://tinyurl.com/y4scevlq>.

LOZADA, Martín, *Crímenes de lesa humanidad y genocidio: Cómo calificar la violencia estatal en la Argentina (1976-1983)*, Nueva edición [en línea], Viedma: Editorial

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana*

de Derechos humanos: Caso Rosendo Radilla Pacheco, *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM* [Online], no. 3, vol. 12, 2017, 17 agosto 2020, p. 1067.

MENDOZA GARCÍA, Jorge, *Reconstruyendo la guerra sucia en México: del olvido social a la memoria colectiva*, Revista electrónica de psicología política, 2007, vol. 5, no. 15, p. 10.

OLIVARES ALONSO, Emir, *Reconocer competencia del comité de la ONU sobre desapariciones forzadas, ordena juez*, La Jornada. <https://tinyurl.com/y533p55q>.

UNRN, 2019. <https://tinyurl.com/y2gjwlvf>.

LEGISGRAFÍA

Convención Americana Sobre Derechos Humanos

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

Estatuto de Roma

CORTE IDH

CORTE IDH. Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018.

_____. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Sentencia de 14 de noviembre de 2014.

_____. Caso Arrom Suhurt y otros Vs. Paraguay. Sentencia de 13 de mayo de 2019.

_____. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012.

_____. Caso Luna López Vs. Honduras. Sentencia de 10 de octubre de 2013.

_____. Caso Masacre de la Aldea Los Josefinos Vs. Guatemala. Sentencia de 30 de noviembre de 2016.

_____. Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Sentencia de 4 de mayo de 2004.

_____. Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Sentencia de 26 de noviembre de 2013.

_____. Caso Radilla Pachecho vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia 23 de noviembre de 2009.

_____. Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra vs. México. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 17 de abril de 2015.

ONU. *Día Internacional de las Víctimas de Desapariciones Forzadas 30 de agosto*. <https://tinyurl.com/y5wt2ulh>.

CRITERIOS JUDICIALES

Tesis: I.1o.P.165 P (10a.). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 69, Tomo IV, agosto de 2019.

AS MUTAÇÕES DO ESTADO E A PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO NA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE¹.

VANDERLEI SALAZAR FAGUNDES DA ROCHA²

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo tem por escopo analisar as mutações do Estado e a participação do cidadão na gestão da coisa pública como forma de assegurar direitos fundamentais. Assim, parte-se da concepção formulada por Aristóteles, de que a cidade³ é uma criação da natureza, e que o homem é um animal político, dotado de capacidade para distinguir o bem do mal, o útil do prejudicial, o justo do injusto. Nesse passo, o fato de discernir o bem e o mal, o justo e o injusto, e outros sentimentos dessa ordem, distinguem o homem dos outros animais, sendo que a comunicação desses sentimentos é o que engendra a família e a cidade.

- 1 Artigo escrito para o V Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, do programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), no eixo temático Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais.
- 2 Pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pós-graduado em Direito Público pela Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA). MBA em Gestão Estratégica de Pessoas pela Faculdade Estácio de Sá. Pós-graduando stricto sensu em Direito-Mestrado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS. Advogado e Consultor Jurídico da Borba, Pause & Perin - Advogados, sociedade profissional especializada em consultoria de direito público aos Municípios do Rio Grande do Sul e outros Estados da Federação. Docente integrante do quadro de instrutores técnicos da DPM Educação Ltda., empresa especializada na capacitação e formação de servidores públicos municipais. Email: vanderalazar@gmail.com
- 3 Cidade deve ser entendida como Estado, considerando a temática proposta sobre as mutações deste ente político.

A organização social, levada a efeito pelo homem, fixa os destinos da organização política, sendo no Estado que patenteia a mais clara luz, pois constitui a sociedade política mais complexa, a mais sólida e mais expressiva, dentro de uma perspectiva democrática, de constitucionalismo e da realização e concretização dos valores e dos direitos fundamentais, pois ligados às políticas públicas, tendo, por exemplo, a participação popular como mecanismo de controle e concretização das prestações positivas do Estado, instrumento da democracia deliberativa.

As políticas públicas representam a coordenação dos meios colocados à disposição do Estado, de forma a harmonizar as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Assim, devem ser vistas como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo Direito.

Nesse sentido, a compreensão do conceito de direito fundamental como um todo pressupõe que direitos fundamentais devam ser reconhecidos como direitos subjetivos dispostos analiticamente em um sistema de posições fundamentais jurídicas, destacando, por exemplo, a previsão contida no art. 227, da Constituição da República, um conjunto de posições fundamentais jurídicas que configuram o direito fundamental da criança e do adolescente como um todo, o que exige atuação do Estado em relação a políticas públicas que assegurem os direitos sociais insculpidos naquele dispositivo legal.

O direito à proteção integral, insculpido no art. 227, da Constituição da República, pode ser configurado como o direito do qual são titulares a criança e o adolescente, exigindo do Estado ações fáticas e/ou normativas para a respectiva proteção, pois o direito fundamental social da criança e do adolescente configura posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie*, numa atuação positiva do Estado no sentido de dar a normalização que se fizer necessária para a respectiva proteção, ou executando ações materiais, a partir da criação de organizações em sentido estrito.

Assim, visando assegurar direitos da criança e do adolescente, a partir da interface entre sociedade e administração pública, objetivando a democracia participativa, os Municípios instituem os conselhos tutelares e os da criança e do adolescente. Nessa concepção, numa abordagem mais social sem, contudo, desligar da parte jurídica, o papel dos conselhos municipais é de suma importância como garantia da efetivação das políticas públicas, assegurando direitos sociais e cidadania.

No entanto, questiona-se se as Políticas Públicas são de fato eficientes para garantir o bem-estar da criança e do adolescente dentro dos Municípios? Ou somente com a judicialização o Estado garante os direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente?

Esses questionamentos são feitos diante do quadro social muitas vezes caótico de atenção básica às crianças e aos adolescentes. Nesse passo, a participação política, apesar de não existir apenas em formas de governo tidas como democráticas, tem nesse regime o exercício potencializado. Isso porque, não só na visão clássica de participação política é inspirada na igualdade e na liberdade, mas a própria ideia de democracia moderna usualmente empregada é articulada com base nestes dois elementos.

Diante da previsão constitucional de que todos devem ter tratamento digno, o Estado tem obrigação de colocar a criança e o adolescente acima de todos os interesses, com prioridade absoluta, respeitando o mandamento constante no art. 227, da Constituição Federal, porquanto trata de uma construção embasada no dever social, moral e ético, compartilhado com a família e a sociedade e com todos os habitantes do território nacional sob sua jurisdição, como um dever de todos.

A atuação estatal aponta sua atividade para a satisfação das necessidades e direitos das pessoas, que têm assegurada, no texto constitucional, a proteção da dignidade, da liberdade, da intimidade e de outros tantos direitos subjetivos individuais e coletivos. Sendo o Estado obrigado a cumprir o disposto na ordem constitucional, não se discute sua discricionariedade, porquanto a ação estatal é vinculada ao mandamento legal em ordem de colocar à disposição do indivíduo todas as condições para o exercício de seus direitos e satisfação de suas necessidades.

Neste contexto, o papel dos municípios para a comunidade local é importante no sentido de fazer com que esta busque soluções para as demandas, apoiando, técnica e financeiramente, projetos voltados para o atendimento da criança e do adolescente. Não obstante a obrigatoriedade do Estado, reitera-se que há possibilidade de o Poder Judiciário atuar de forma dialógica, delineando procedimentos e objetivos visando auxiliar órgãos governamentais para elaborar e implementar políticas, em respeito ao princípio da separação de poderes, ao invés de julgamentos monológicos envolvendo ordens precisas e orientadas para os resultados.

2. AS MUTAÇÕES DO ESTADO

Aristóteles definiu que a cidade é uma criação da natureza, e que o homem é um animal político, dotado de capacidade para distinguir o bem do mal, o útil do prejudicial, o justo do injusto, pois o fato de discernir o bem e o mal, o justo e o injusto, e outros sentimentos dessa ordem, distinguem o homem dos outros animais, sendo precisamente a comunicação desses sentimentos os que engendram a família e a cidade (ARISTÓTELES, 2017, p. 30-31).

O surgimento do Estado, encarregado da liberdade das polis (eleutéria), resultava de um processo evolutivo e absolutamente natural. O núcleo familiar, célula inicial, por aglomeração, produziu a sociedade (TABORDA, 2010, p.39). Avançava com o tempo na configuração de um clã, deste para uma tribo e desta saltava para a constituição do Estado. No seu ensaio 'Política' não enaltecia nem demonizava sua existência.

A sociedade que era dotada de um estado (fosse monárquico, oligárquico ou democrático), ao contrário das que viviam ainda em tribos, era um marco civilizatório por assim dizer e símbolo de uma vida mais organizada. A sua função era realizar a felicidade e o bem-estar dos cidadãos. Aristóteles concebeu o Estado como uma associação derivada da natureza e não da vontade humana, pois a atividade do homem político – do legislador – tem a cidade por objeto e se “o governo ou a constituição política não passam de uma certa ordem estabelecida entre os que habitam a cidade”, é essencial, em primeiro lugar, saber-se o que é o cidadão (TABORDA, 2001/2, p. 88).

Na concepção aristotélica toda cidade é uma espécie de comunidade, e toda comunidade se forma com vistas a algum bem, pois todas as ações de todos os homens são praticadas com vistas ao que lhes parece um bem (ARISTÓTELES, 1988, p. 13). A comunidade constituída a partir de vários povoados é a cidade definitiva, após atingir o ponto de uma autossuficiência praticamente completa (ARISTÓTELES, 2017, p. 15), sendo que na ordem natural a cidade tem precedência sobre a família e sobre cada um de nós individualmente, pois o todo deve necessariamente ter precedência sobre as partes. Esta é a concepção moderna de que o interesse público tem prioridade sobre o interesse privado.

A história registra diferentes modelos de Estado ao longo dos tempos. A organização social, levada a efeito pelo homem, fixa os destinos da organização política, sendo no Estado que patenteia a mais clara luz, pois constitui a sociedade política mais complexa, a mais sólida e mais expressi-

va (MIRANDA, 2002, p. 7), sendo organização juridicamente soberana de um povo em um dado território (BASTOS, 1993, p. 08).

Trata-se, assim, de uma unidade coletiva, uma associação, e essa unidade não é uma ficção, mas uma forma necessária de síntese de nossa consciência, que forma a base das instituições (JELLINEK, 2002, p. 379), diferenciando-se, porém, do conceito de político, embora tudo na sociedade seja potencialmente político (SCHMITT, 1992). Jellinek descreveu os tipos fundamentais de Estado, em razão de um compósito⁴ conjunto de critérios de raiz histórico-estrutural, estabelecendo, entre eles, uma conexão histórica com o Estado contemporâneo. Veja-se: o Estado oriental (também chamado de Estado Antigo ou Teocrático), o grego, o romano, o medieval, o moderno e o contemporâneo (JELLINEK, 1954, p. 215).

O Estado Oriental apresenta como característica a elevada extensão territorial, teocracia, forma monárquica combinada com teocracia, acentuado escalonamento e estratificação social, reduzidas garantias jurídicas (LIBERATI, 2013, p.15). A família, a religião, o Estado e a organização econômica formavam um conjunto confuso, sem diferenciação aparente, dificultando a distinção do pensamento político da religião, da moral, da filosofia ou das doutrinas econômicas (GETTEL, 1951, p. 61).

No Estado Grego as características marcantes foram a diversidade simultânea dos regimes políticos; a prevalência do fato pessoal; a exiguidade dos territórios políticos (constituídos em torno da polis – relativa importância do fator territorial); a proximidade da religião com a vida civil (interferência do politeísmo pagão); a redução da liberdade individual à participação no governo da polis; a redução da liberdade individual fora do Estado; o surgimento do movimento filosófico que inferiu maior reflexão sobre a condição humana e a diversidade de formas de governo (MIRANDA, 2002, p. 41).

A participação do indivíduo na vida política da polis era peculiar, considerando que havia uma elite que compõe a classe política, com intensa participação nas decisões do Estado, a respeito dos assuntos de caráter público. Nas relações de caráter privado, a autonomia da vontade individual é bastante restrita.

Dessa forma, mesmo quando o governo era tido como democrático, isso significava que uma faixa restrita da população, os cidadãos, é que

4 Diz-se de ou um estilo de arquitetura elaborado pelos romanos, adotado pelos construtores clássicos e que associa decorativamente os elementos tomados de empréstimo às ordens dórica, jônica e coríntia. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/aurelio-2> Acesso em: 05 out 2020.

participava das decisões políticas, o que influenciou para a manutenção das características de cidade-Estado, pois a ampliação excessiva tornaria inviável a manutenção do controle por um pequeno número (DALLARI, 1998, p. 63).

O Estado Romano teve como característica o fator territorial (expansão do Império Romano), diversidade de experiências políticas (monarquia, república e dominato), desenvolvimento da noção de poder político como poder supremo e uno, *imperium*, *potestas*, *majestas*, administrado a uma única origem ou a um único detentor.

Com efeito, predomina o domínio do poder político sobre o poder religioso, além de formar os alicerces do Direito (Lei das XII Tábuas). Teve como característica, também, a separação entre o poder público (do Estado) e o poder privado (do pater famílias). Este Estado foi responsável pela instituição de direitos de cidadania de grupos (hostes, barbari, peregrini), de outros direitos públicos, como o direito de eleger (*ius suffragii*) e o direito de acesso às magistraturas (*ius honorum*), além dos direitos privados de casamento legítimo (*ius connubium*) e o direito de realizar atos jurídicos (*ius commercii*), e a formação do *ius gentium* referente aos estrangeiros (LIBERATI, 2013, 16).

O Estado Medieval perdurou durante toda a idade média e teve como características a íntima relação entre poder religioso, intensa movimentação agrária, comercial e cultural, acentuada simplificação dos mecanismos governativos, prevalecendo a monarquia. Afora isso, foi um Estado de grandes extensões de terra, que eram administradas pela aristocracia em ajuda à governabilidade do monarca. Desse modo, em face da extensão territorial, a organização político-territorial interna possibilitou, de um lado, o surgimento do Feudalismo e, de outro, de caráter internacional, a preponderância do Papado materializada na figura do Papa como Chefe da República Christiana e do Sacro Império Romano-Germânico (LIBERATI, 2013, p. 17).

Marcado principalmente pelo feudalismo, o Estado Medieval teve fim com a aliança formada entre a monarquia e a nova classe burguesa, fórmula encontrada para unificar o secular poder soberano e a burguesia, que, até então, não participava do poder político. Com isso, foi possível superar as velhas estruturas feudais, que representavam verdadeiro obstáculo às novas aspirações, principalmente às novas estruturas econômicas, não mais correspondendo aos interesses da classe em ascensão. Esta união enseja a transição do Estado Medieval para o Estado Moderno, cuja sociedade passa por nova configuração, assumindo estrutura monista, ao concentrar todos os poderes no Estado, principalmente o poder de criar o direito (BOBBIO, 1995, p. 27).

A Idade Moderna traz consigo um novo conceito e formação de Estado, o Estado Moderno, também chamado de Estado Contemporâneo Constitucional, Representativo ou de Direito, cuja organização política se concentra, primeiramente, na figura do rei que exerce todo o poder sobre o território (que adquire limites precisos) e sobre os indivíduos. Este modelo de Estado surgiu dos movimentos filosóficos do contratualismo, do individualismo e do iluminismo.

O Estado Moderno apresenta um novo tipo histórico de Estado construído a partir do desenvolvimento das ideias de Nicolau Maquiavel (DE MONCADA, 1950, p. 98), que teorizou o fortalecimento do Estado numa perspectiva político-militar (o poder deveria ser exercido pelo rei com apoio militar), de Jean Bodin, que firmou o conceito de poder político de Estado livre das práticas feudais, instituindo o significado de “soberania” (faculdade de legislar sem o consentimento dos súditos); e Thomas Hobbes, cujo contratualismo justificava o poder absoluto no *pactum subjectionis* (os cidadãos, para se preservarem e evitarem a guerra, cediam ao Estado todo o poder “de vida ou de morte” sobre eles mesmos) (LIBERATI, 2013, p. 19).

O Estado Moderno tem no respeito à Lei seus fundamentos e sua singular marca registrada. Funda-se e subsiste, pois, na Lei e, em especial, na Constituição (GOUVEIA, 2009, p. 174). O ideário iluminista francês de liberdade, igualdade e fraternidade, que emergiu na Revolução Francesa, em 1789, instituiu o Estado de Direito, que coloca suas bases na submissão do poder político ao comando da lei, que assume papel preponderante e dirigente da vida nacional.

O Estado Moderno traz como característica a crescente institucionalização traduzida pela expressão de Luis XIV, *L'État, c'est moi*, a intensificação do poder do Estado, agora com a característica da soberania interna e internacional; a dominação do poder religioso pelo poder político, permitindo a separação do temporal e do espiritual (o poder político deixa de ser exercido pelo religiosos), a diversidade de novos Estados, o surgimento do Estado nacional que privilegia a diversidade cultura (GOUVEIA, 2009, p. 195).

Numa segunda formação do Estado Moderno, passando para o Estado de Direito, o ideal a ser concretizado era o da livre iniciativa privada, com pouca ou nenhuma intervenção do Estado nas relações jurídicas. Aos particulares, tidos como o centro da sociedade, garantia-se plena liberdade para agir e se organizar, com o objetivo principal de satisfazer as “necessidades econômicas cotidianas do homem moderno: a estrutura capitalista” (SCOTT, 2000, p. 40).

A evolução do conceito de Estado de Direito tem suas bases na concepção filosófica de Kant, para quem o Estado, enquanto mera coexistência de liberdades exteriores, se alheia dos fins morais, do bem comum ou da felicidade dos súditos. A concepção kantiana de fundo jusnaturalista evoluiu para a perspectiva do jurídico por meio de estudiosos do Rechtsstaat alemão, como Henri Ahrens, para quem o Estado de Direito se funda, existe e se desenvolve na forma do Direito e na consequente rejeição da sua especificidade burguesa.

Isso porque o Estado tem de preparar as vias e meios para a realização dos fins sociais. Nesse passo, como o direito compreende as condições essenciais da existência humana e do desenvolvimento social, nenhum estado de vida é concebível sem um correspondente Estado de Direito. Consequentemente, o Estado de Direito começou entre os homens, com a existência da família (LIBERATI, 2013, p. 23).

O poder do Estado, in abstrato, nunca está subordinado à lei, pois pode, sempre, modificá-la e a lei vincula o indivíduo a quem compete exercer o poder de conformidade com o Estado. Ou seja, apesar do poder soberano que lhe permite conformar o Direito, o Estado está subordinado, na sua atividade administrativa, ao Direito por ele estabelecido. Portanto, o Estado de Direito funda-se no princípio da legalidade. Ademais, o Estado de Direito não pode ser compreendido senão tendo as atividades da Administração (Estado) controladas pelo órgão judiciário (LIBERATI, 2013, p. 23).

Dentre os mais importantes e influentes juristas do século XX, situa-se Hans Kelsen, para quem o Estado é compreendido como “Ordem Jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana ou imediata, relativamente no Direito Internacional e que é globalmente ou de um modo geral eficaz” (KELSEN, 2000, p. 309-353). Para Kelsen, o Estado é um “sistema de normas” e se resume na unidade personificada de uma ordem jurídica, confundindo-se com a própria ordem jurídica.

Nesse passo, Estado de Direito é uma ordem jurídica relativamente centralizada, mediante a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis, isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo, os membros do Governo, que são responsáveis pelos seus atos. Destaca-se, outrossim, que os tribunais são independentes e certas liberalidades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência, bem como a liberdade da expressão do pensamento são garantidas.

Kelsen elabora a teoria de que o Estado, como pessoa jurídica, isto é, como sujeito agente e sujeito de deveres e direitos, e, essencialmente, o mesmo problema que se põe para a corporação como pessoa jurídica. Também o Estado é uma corporação, isto é, uma comunidade que é constituída por uma ordem normativa que institui órgãos, funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho, órgãos esses que são providos na sua função mediata ou imediata. Assim como corporação constituída por um estatuto fica subordinada à ordem jurídica estadual, que lhe impõe deveres e confere direitos – tratando-a como uma pessoa jurídica –, assim também o Estado pode ser olhado como estando subordinado à ordem jurídica internacional (LIBERATI, 2013, p. 25).

Os motivos pelos quais o Estado Contemporâneo apresentou suas variações, em relação à postura do constitucionalismo, se deram por dois fenômenos: a) perda da crença liberal individualista na Constituição, e, por conseguinte, na generalização das Constituições escritas por todos os Estados; e, b) na rápida sucessão das Constituições e das suas vicissitudes (MIRANDA, 2009, p. 99).

3. PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO NA GESTÃO DA COISA PÚBLICA

Aristóteles foi o primeiro grande sistematizador das coisas públicas, defendendo que a igualdade representa algo absoluto entre os cidadãos. Por conta disso, todos deveriam, na medida de seus deveres, direitos, qualidades e habilidades, contribuir para polis que em igual medida contribuiria, trazendo à tona a felicidade. Assim, de acordo com a liberdade e com a igualdade de cada um, todos deveriam contribuir para a Cidade, numa espécie de direito/dever de todos de participar das questões públicas (ARISTÓTELES, 2010, p. 235-255).

A atuação estatal aponta sua atividade para a satisfação das necessidades e direitos das pessoas, que têm assegurada, no texto constitucional, a proteção da dignidade, da liberdade, da intimidade e de outros tantos direitos subjetivos individuais e coletivos. Sendo o Estado obrigado a cumprir o disposto na ordem constitucional, não se discute sua discricionariedade, porquanto a ação estatal é vinculada ao mandamento legal em ordem de colocar à disposição do indivíduo todas as condições para o exercício de seus direitos e satisfação de suas necessidades (LIBERATI, 2013, p. 82).

Com efeito, o Estado, para desenvolver as atividades e os serviços públicos, o faz por meio de atores, pessoas, organizações e instituições

encarregadas de prover as pessoas de todos os direitos previstos no texto constitucional. Esses atores que, na maioria das vezes, são identificados pelos governantes, devem cumprir o disposto nas leis e instituir programas e ações destinadas à satisfação da integralidade dos direitos individuais, coletivos e difusos (LIBERATI, 2013, p. 82).

A participação política, apesar de não existir apenas em formas de governo tidas como democráticas, tem nesse regime o exercício potencializado. Isso porque, não só na visão clássica de participação política é inspirada na igualdade e na liberdade, mas a própria ideia de democracia moderna usualmente empregada é articulada com base nestes dois elementos (BOBBIO, 2000, p. 34-35).

Com efeito, a participação política⁵ ensina reconhecer que a comunidade não é simplesmente um aglomerado de pessoas, mas consiste também nas relações entre elas e entre os vários subsistemas, porquanto as características de uma comunidade não podem ser reduzidas às características individuais. Nesse passo, os sistemas consistem não apenas em partes, mas também em relação entre as partes, as propriedades de um sistema não podem ser sempre reduzidas às propriedades das unidades do sistema (DAHL, 2012, p. 114).

A participação política pode ser entendida em três níveis (SANI, 2004, p. 888-889) de acordo com a intensidade da participação. O primeiro é no sentido de mera presença, em que não há grande contribuição pessoas, a segunda forma é de ativação, que ocorre dentro ou fora de uma organização política, quando a pessoa é incumbida de uma série de atividades permanentes ou esporádicas, por exemplo, quando há um envolvimento em campanhas eleitorais, quando se difunde a imprensa do partido, quando se participa de manifestações de protesto etc. O terceiro nível é de participação, em sentido estrito, por exemplo, para uma decisão política (OLIVEIRA, 2008, p. 11).

O sistema da política opera em condições estruturais evolutivamente diversas daquelas para as quais foi projetada a arquitetura dos modernos Estados constitucionais. Nesse passo, torna-se necessário observar a sociedade contemporânea como um sistema que é o resultado da sua evolução, e a primeira representação a ter ficado obsoleta é a que utiliza a distinção entre a sociedade civil, entendida como o universo das

5 Cf. Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira, a “participação na Administração pública como cláusula geral, a ser efetivada por meio de legislação de cada esfera administrativa – Municípios, Estados e União, por sua autonomia administrativa está expressa no art. 37, § 3º. Na atividade de planejamento urbano pelos municípios, também a Constituição prevê a participação no art. 29, inciso XII”. (OLIVEIRA, 2008, p. 24).

necessidades e o reino da individualidade, e o Estado, entendido como sociedade política, lugar de centralização das decisões e governo da diversidade (DE GIORGI, 1998, p. 36-37).

O legislador constitucional e infraconstitucional entendeu que a sociedade deveria participar e contribuir para o exercício da Administração Pública, por meio de audiências e consultas públicas; cooperação de entidades representativas da sociedade civil em diversas áreas; participação e cooperação dos usuários na prestação dos serviços públicos; no orçamento participativo; nas ouvidorias gerais; nas gestões paritárias de serviços e políticas públicas (LIBERATI, 2013, p. 145), demonstrando que o princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos do governo (DA SILVA, 2010, p. 141).

A ordem jurídica nacional contemplou inúmeros instrumentos que autorizam a participação popular no processo gerencial, decisório e de controle social, na busca do exercício do poder, em face da descrença dos meios de participação por meio de representantes. Nesse passo, através da atuação em “conselhos”, os particulares se envolvem na execução das tarefas públicas, com atribuições bastante extensas, que se podem situar no campo do planejamento, do controle e da produção-execução de políticas públicas, que vão desde o planejamento participativo até a gestão tripartida de serviços públicos⁶ (OLIVEIRA, 2005).

A participação política em âmbito municipal, por exemplo, pode ocorrer por meio do Conselho Municipal da Criança e do Adolescente – COMDICA, pois os conselhos municipais são considerados integrantes da esfera pública, como lócus de debate político e de formação da opinião pública, porquanto a esfera pública é o âmbito de debate com compromisso fundado no reconhecimento da condição de integrante da comunidade (OLIVEIRA, 2008, p. 21).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado necessita desenvolver uma série de ações para atingir resultados em diversas áreas e promover o bem-estar da sociedade. Para isso, os governos se utilizam das chamadas Políticas Públicas que podem

6 Por exemplo, a previsão contida no art. 227, § 1º, da Constituição da República, quando dispõe que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas.

ser definidas como sendo o conjunto de decisões e ações do governo, voltadas para a solução de problemas apresentados pela sociedade.

As diretrizes constitucionais de participação da sociedade nas decisões governamentais, especialmente nas políticas sociais, foram efetivadas a partir de 1988 por meio da concepção e implementação de mecanismos institucionais, tais como audiências públicas, conselhos de políticas públicas, conferência e ações de orçamento participativo.

A ideia de que os conselhos estejam constituídos por representantes de grupos, associações, partidos etc., é própria da inserção do ideal democrático na Administração. Nas democracias, o modo de formar os “comitês decisórios”, conforme a sua natureza e composição, é através da eleição de representantes, prevalecendo a regra da maioria, que pode ser qualificada ou simples.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Política**. Torrieri Guimarães (Tradução). São Paulo: Martin Claret, 2017;

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2010;

ARISTÓTELES. **Política**. Mário da Gama Kury (Tradução). 2ª edição. Livro I. Capítulo I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988;

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 1983;

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995;

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000;

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. RIBEIRO, Patrícia de Freitas (Tradução). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012;

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998;

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998;

DE MONCADA, Luís Cabral. **Filosofia do Direito e do Estado**. 2ª edição. Coimbra, s/d;

GETTEL, Raymond Garfiend. **Historia de las ideas políticas**. Volume I. México: Editora Nacional, 1951;

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª edição. Volume I. Coimbra: Almedina, 2009;

JELLINEK, Georg. **Teoría General de Estado**. Buenos Aires, 1954;

JELLINEK, Georg. **Teoría General Del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2002;

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª edição. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2000;

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013;

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002;

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: preliminares, o Estado e os Sistemas Constitucionais**. 8ª edição. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2009;

OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de. **O Município Brasileiro: Participação Política e Conselhos Municipais**. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005;

OLIVEIRA, Cristiane Catarina Fagundes de. **Conselhos Municipais na Constituição de 1988: a participação política e suas disfunções**. Porto Alegre:

Algo Mais, 2008;

SANI, Giacomo. Participação Política. **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004;

SCHMITT, Carl. **O conceito de político**. Petrópolis: Vozes, 1992;

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito Constitucional Econômico: Estado e normalização da economia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000;

TABORDA, Wilmar. **Poder Político e Direito de Família – O sujeito de direito no âmbito da família, uma visão histórico-política**. Porto Alegre: AGE, 2010;

TABORDA, Maren Guimarães. O processo de criação da comunidade e da constituição dos governos: uma comparação entre as teses de Aristóteles e as do Jusnaturalismo moderno. In **Direito & Justiça – Revista da Faculdade Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul**. Volume 24, Ano XXIII. Porto Alegre, 2001/2;

A INCIPIENTE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO BRASIL E A SUBUTILIZAÇÃO DE SEUS INSTRUMENTOS: UM OLHAR SOBRE PORTO ALEGRE

RAMIRO CROCHEMORE CASTRO¹

INTRODUÇÃO

Porto Alegre já foi conhecida como a “capital da democracia participativa”, em razão da experiência bem sucedida do Orçamento Participativo Municipal (OP) a partir de 1989, começando na gestão do Prefeito Olívio Dutra (PT), reconhecido internacionalmente pela ONU e pelo Banco Mundial como uma das melhores práticas de Gestão Pública urbana do mundo, e inspiração para a adoção de modelos semelhantes ao redor do globo (FEDOZZI, Martins, 2015). Este mecanismo consiste no debate direto com a população sobre a alocação dos recursos da cidade para obras e serviços, a partir de plenárias e Assembleias regionais (17 regiões) e temáticas (6 temas) em que a população elege as prioridades do município para o ano, e escolhe conselheiros e delegados que então irão debater de forma mais minuciosa o Plano de Investimentos e Serviços (PIS) e suas prioridades (PORTO ALEGRE, 2016).

Apesar de seu pioneirismo no que tange à construção de Instituições participativas, no que inclui-se a primeira eleição para o Conselho Tutelar no Brasil, em 1992, vemos nos últimos anos uma diminuição da qualidade

1 Graduado em Direito pela PUCRS. Advogado Trabalhista. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM) na Espanha e pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho e Seguridad Social na Fundação Escola da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul (FEMARGS). Mestrando em Direito pela Fundação da Escola Superior do Ministério Público (FMP-RS) e vinculado ao grupo de pesquisa Transparência, Direito Fundamental de Acesso e Participação na Gestão da Coisa Pública coordenado pela professora doutora Maren Guimarães Taborda. Endereço eletrônico: ramiro@copadvogados.com.br

da participação e da quantidade de pessoas nos processos participativos na cidade, com o esvaziamento do OP, que chegou a ter suas etapas canceladas em 2017, e com a não realização das conferências municipais. Uma das características deste processo, e que de certa forma, permite essa perda de substância das práticas de controle social na Capital Gaúcha é a ausência de legislação sobre o tema da participação popular no orçamento, salvo as previsões do Estatuto das Cidades que asseguram a participação na gestão orçamentária visando uma gestão urbana democrática. Uma vez que o princípio da legalidade vincula a Administração Pública, a ausência de Lei (como no caso do próprio Orçamento Participativo) torna-se uma lacuna que possibilita o aumento do déficit democrático na cidade e o abandono gradual de compromissos políticos com a participação popular.

No entanto, identificam-se no ordenamento jurídico municipal algumas disposições avançadas no sentido de estimular a participação popular, por meio da consulta direta aos cidadãos. O presente trabalho têm como objetivo analisar de que forma foram utilizados e identificar brevemente algumas potencialidades destes mecanismos, previstos na Lei Orgânica Municipal, em Leis Complementares Municipais, bem como no restante do ordenamento jurídico, como as constituições Federal e Estadual e Legislação pátria, afim de contribuir com o debate sobre o elemento da participação popular e da transparência no Estado Democrático de Direito, na concepção de que o Estado que se abre, permite a *accountability*, o controle social, democratiza seus processos de decisão, toma decisões mais razoáveis, distribui melhor seu orçamento limitado e abre novas possibilidades de interlocução com seu maior recurso, sua própria população (COSSÍ, 2008).

Para atingir sua finalidade, o presente artigo utiliza o método hipotético-dedutivo, testando a comprovação da hipótese a partir do caso da cidade de Porto Alegre e suas especificidades, para então situar a necessidade de adotar-se, frente às complexidades da sociedade atual e suas demandas, cada vez mais mecanismos de transparência e abertura do processo decisório, geralmente concentrado de forma pouco transparente para a população nos poderes Executivo e Legislativo, como órgãos independentes e autônomos do povo que representam. O problema então, perpassa a questão de avaliar se Porto Alegre usa de forma adequada ou suficiente os mecanismos de participação popular que já dispõe positivados, e de que forma pode a literatura jurídica contribuir para que se efetive este direito e potencialize o uso destes instrumentos. O procedimento adotado foi o descritivo, pois busca-se descrever fatos já acontecidos e relevantes para o

trabalho e o comparativo, visando apontar situações que exemplificam possibilidades de melhor uso e frequência destes instrumentos e que contribuam para o desenvolvimento da hipótese aqui tratada e foi utilizado como técnica de pesquisa o levantamento bibliográfico sobre o tema, analisando a legislação pertinente, comentários de doutrina e dogmática e análise de casos de plebiscitos municipais ocorridos no país.

1. O ESTADO MUNICIPAL E A PARTICIPAÇÃO POPULAR

A Soberania popular é um conceito da teoria política que deriva do conceito de soberania do Estado, e começou a ser utilizado no bojo das revoluções burguesas do Século XVIII para substituir o poder divino dos reis e o absolutismo dos monarcas depostos. Ainda que de forma incipiente, pois os partícipes destes fóruns eram diminutos em relação a todo o povo, toma forma um modelo de Estado baseado na Constituição, na separação dos poderes e na supremacia do parlamento, no que popularmente se referiu como o Estado Legislativo ou liberal (DI PIETRO, 1993, p. 127). À sociedade civil, agora liberta das amarras da opressão do estado, caberiam as esferas privadas da vida, como a economia e a família, enquanto a sociedade política tomaria conta daquilo que o Estado deveria se preocupar, com intensas limitações, sobretudo a política internacional e o monopólio da jurisdição e da violência (OLIVEIRA, 2010). A complexificação das sociedades, o advento do Estado Social e a previsão de prestações positivas e não mais apenas direitos de defesa pelo Estado, somada a uma crise de legitimidade das instituições políticas, levou a uma pressão da sociedade civil por participação nos atos de governo.

A Constituição Federal de 1988, não por menos apelidada como Constituição Cidadã, deu passos decisivos e até então inéditos para a abertura do Estado Brasileiro, que saía de duas décadas de arbítrio, ao prever mecanismos de participação democrática e popular, mediante plebiscitos, referendos, projetos de iniciativa popular, ampliando o entendimento e alcance da soberania popular no Brasil, numa ideia de que somente com uma cidadania ativa, informada e participativa é que os objetivos insculpidos em nossa Carta Magna seriam atingidos. Conforme Ledur (2009):

Esses excertos denotam não ter havido discrepâncias entre diferentes correntes ideológicas da Assembléia Constituinte quanto ao novo conteúdo do poder estatal. **Este, a partir da Constituição de 1988, deve ser exercido não somente em modo representa-**

tivo, mas também de forma descentralizada e ampliada, assegurada a participação da Sociedade. As normas da Constituição em que essa participação é admitida revelam que na democracia brasileira representação e participação não-parlamentar não se excluem. (grifos nossos)

Portanto, a Constituição cristalizou o entendimento de que apenas a democracia representativa propriamente dita, e o direito a voto (enfim universalizado em 1988) a cada 4 anos para eleger os representantes do povo, não seriam suficientes, exigindo uma cidadania ativa. Para tanto cunhou caminhos pela via judicial, como a Ação Popular, e previu mecanismos de exercício da soberania popular além do voto, efetivamente colocando a democracia participativa em nossa Lei Maior, o que fez surgir previsões em diversas leis sobre a necessidade de audiências públicas, legitimando a participação popular no processo de elaboração de leis, mas não apenas, podendo-se falar no embrião de um microsistema de participação popular (semelhante ao microsistema de processos coletivos, dentre outros) que ainda deve ser fortificado no país, e deve ser alvo de maior elaboração jusfilosófica. Segundo Paulo Bonavides (2019, p. 585):

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta ao futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, necessariamente, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta às aberturas pluralistas do sistema [...]

A participação popular, portanto, é um dos pilares da democracia Brasileira, que tem a cidadania e a soberania como seus fundamentos e tem seu fundamento legal no artigo 14 da Constituição de 1988, que sintetiza a forma em que será exercida, e elenca os mecanismos de participação direta:

“A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

- I - plebiscito;
- II - referendo;
- III - iniciativa popular.” (BRASIL, 1988)

Ainda, segundo Taborda (2006), “democracia se qualifica como “Estado de cidadãos, fundado em leis de liberdade e organizado segundo os princípios, participativo e representativo”. Segue Taborda, aduzindo que o princípio da participação política, novo parâmetro derivado do direito de participação do cidadão na esfera administrativa, engloba ainda em nível Constitucional, a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos de interesses previdenciários (art. 10º), a participação no planejamento municipal (art. 29º, XII, e XIII) e a iniciativa popular no âmbito da Câmara dos Deputados.

A Lei nº 9.709/1998 regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal, que trata dos instrumentos de participação popular, e o faz na forma de plebiscitos e referendos, e é bem específica no que tange à circunscrição a consultas na esfera nacional e a competência do Congresso Nacional, porém delega às Constituições Estaduais e aos municípios os processos de âmbito estadual e municipal:

Art. 6º Nas demais questões, de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o plebiscito e o referendo serão convocados de conformidade, respectivamente, com a Constituição Estadual e com a Lei Orgânica. (BRASIL, 1998)

Vale relembrar que nos plebiscitos a população é convocada para opinar sobre o assunto em debate antes que qualquer medida tenha sido adotada, antes da criação da norma (ato legislativo ou administrativo), e é o povo, por meio do voto, que vai aprovar ou não a questão que lhe for submetida, fazendo com que a opinião popular seja base para elaboração de lei posterior. No caso de referendos, o Poder Legislativo discute e aprova inicialmente uma norma e os cidadãos são convocados após a edição da mesma, por meio do sufrágio universal, para referendá-la ou não. Foi o caso da polêmica votação sobre a proibição do comércio de armas de fogo, realizada em 2005. Exemplifica-se o primeiro caso a partir dos plebiscitos realizados em 1963 e 1993, quando a população foi consultada sobre a forma de governo que deveria ser adotada no Brasil, vencendo o presidencialismo em ambas as ocasiões, além do caso da proposição de criação dos estados de Tapajós e Carajás no território do atual estado do Pará.

Ainda pende, no entanto, a efetiva democratização do Estado Brasileiro e a qualificação de nossa democracia, dentro do entendimento de um Estado Democrático de Direito. Desde resquícios do período da Ditadura Civil-Militar que ainda observa-se em nossas instituições, até a dificuldade de se efetivar até as poucas normas positivas que permitem que os sujeitos sociais permeiem a estrutura estatal. Exemplo concreto da desvalorização da democracia participativa no país é que pouquíssimos projetos de lei de iniciativa popular, plebiscitos e referendos foram aprovados ou realizados de fato no país, não obstante estes mecanismos estejam presentes em praticamente todas as CEs e LOMs país afora, uma vez que apenas 13 Plebiscitos municipais foram realizados no Brasil, mesmo estas previsões já constando no ordenamento jurídico há cerca de três décadas (CARVALHO, 2019).

Nesta toada, o artigo 99 da Lei Orgânica Municipal de Porto Alegre estipula a participação popular como um dos pilares da governança da nossa cidade. A LOM foi aprovada em 1990, após a efervescência do processo Constituinte, e sob a égide das administrações populares, cuja influência é vista no fato de que nossa Lei maior municipal é bastante avançada no tema em relação a outros documentos da época. Mire-se o referido artigo:

Art. 99 - É assegurado, no âmbito municipal, o recurso de consultas referendárias ou plebiscitárias sobre atos, autorizações ou concessões do Poder Executivo e sobre lei ou parte de lei, projeto de lei ou parte de projeto de lei, cabendo a iniciativa ao Prefeito, a dois terços dos Vereadores da Câmara Municipal ou a cinco por cento do eleitorado do Município. (PORTO ALEGRE, 1990)

Além deste artigo, que contém o direito de forma mais abstrata, sem uma previsão de obrigatoriedade, há na LOM uma disposição que obriga a consulta à população:

Art. 238 - A implantação de distritos ou pólos industriais e empreendimentos de alto potencial poluente, bem como de quaisquer obras de grande porte que possam causar dano à vida ou alterar significativa ou irreversivelmente o ambiente, dependerá da autorização de órgão ambiental, da aprovação da Câmara Municipal e **de concordância da população manifestada por plebiscito convocado na forma da lei. (Grifo nossos)**. (PORTO ALEGRE, 1990).

A Constituição Estadual do Rio Grande do Sul é vaga no que tange ao assunto da participação popular por meio de consultas públicas, abordando a temática de forma genérica, salvo a questão das Empresas Públicas Estatais, emenda aprovada em 2002, e recentemente retirada da Constituição pela aprovação da PEC 77, de 8 de maio de 2019:

Art. 2.º A soberania popular será exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. (...)

Art. 53, XI, sobre o que compete à Assembleia Legislativa - aprovar referendo e convocar plebiscito, na forma da lei; (...)

Art. 69. A Assembléia Legislativa e as Câmaras Municipais, no âmbito de suas competências, poderão promover consultas referendárias e plebiscitárias sobre atos, autorizações ou concessões do Poder Executivo e sobre matéria legislativa sancionada ou vetada. (Vide Lei n.º 9.207/91)

Parágrafo único. As consultas referendárias e plebiscitárias serão formuladas em termos de aprovação ou rejeição dos atos, autorizações ou concessões do Poder Executivo, bem como do teor da matéria legislativa. (RIO GRANDE DO SUL, 1989)

As consultas públicas no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul foram regulamentadas pela Lei Estadual 9207/91:

Art. 4º - Proposta para realização de consulta referendária sobre matéria legislativa sancionada ou vetada poderá ser apresentada: I - pela Mesa da Assembléia; II - por um terço dos Deputados; III - por um por cento do eleitorado que tenha votado nas últimas eleições gerais do Estado, distribuído, no mínimo, em um décimo dos municípios, com não menos de meio por cento dos eleitores de cada um deles. (...)

Art. 7º - Proposta para a convocação de plebiscito poderá ser apresentada pela mesa da Assembléia ou por um terço dos Deputados, e, após tramitação regimental, aprovada por maioria absoluta. (RIO GRANDE DO SUL, 1991)

Já no município de Porto Alegre, vale ressaltar ainda o Regimento interno da Câmara de Vereadores que regulamenta institutos importantes para a democratização dos espaços institucionais, como a Tribuna Popular e os projetos de iniciativa Popular:

TÍTULO V

Da Participação Popular

CAPÍTULO I

Da Iniciativa Popular

Art. 199. A iniciativa popular quanto ao processo legislativo será exercida nos termos da Lei Orgânica e deste Regimento.

Art. 200. A iniciativa popular será tomada por cinco por cento do eleitorado do Município, bairro ou distrito, nos termos do art. 98 da Lei Orgânica Municipal, mediante a apresentação de projeto de lei ou de Emenda à Lei Orgânica.

Parágrafo único. Verificada a implementação das condições de autoria exigidas no artigo anterior, dar-se-á início à tramitação da proposição em regime de urgência.

(...)

CAPÍTULO II

Da Tribuna Popular

Art. 201. A Tribuna Popular, destinada à realização de manifestação de entidades mencionadas no art. 100 da Lei Orgânica, tem por finalidade a veiculação de assuntos de interesse daquelas, com repercussão na comunidade.

CAPÍTULO III

Da Participação no Processo Legislativo

Art. 207. A Câmara Municipal garantirá, às entidades civis que se credenciarem, o direito de acompanhar os trabalhos legislativos em todas as suas fases.

Art. 208. As informações relativas às proposições em tramitação no Legislativo serão disponibilizadas pela internet na página da Câmara Municipal de Porto Alegre.

Art. 209. Fica assegurado o direito a voz, por um período de dez minutos, a representante de entidades em reunião de Comissão Permanente ou Especial.

§ 1º. Quando existir posição contrária das entidades a respeito de assunto determinado, o período previsto no “caput” será dividido entre representantes de até duas entidades.

§ 2º. O parecer das entidades, sempre que contrário à posição aprovada pela Comissão, integrará o processo, sendo também incluído nos avulsos para análise do Plenário. (PORTO ALEGRE, 1992)

2. QUEM TEM MEDO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR?

Apesar de nosso arcabouço jurídico-legal prever diversos mecanismos, e de uma cultura de participação democrática e cidadã na cidade, em Porto Alegre tivemos apenas uma experiência de Consulta Pública oficial, sobre a questão do Pontal do Estaleiro, no ano de 2009. Em 2015, houve a aprovação de uma lei sobre consulta à população, na forma de plebiscito, sobre o cercamento do Parque da Redenção (Lei 11.845/2015), em cumprimento ao disposto no art. 20-A da Lei Complementar nº 12 de 1975, que dispõe sobre a necessidade de parecer do CMDUA (conselho eleito por voto direto) e aprovação pela população mediante plebiscito para que parques e largos da cidade possam receber cercamento. Apesar disso, a lei nunca foi cumprida, e cinco anos após sua aprovação, a população ainda não foi consultada sobre o tema.

Os direitos à formação da vontade estatal são objetos de 10 LCMs, de forma a efetivar este direito fundamental de participação (DIECKMANN, 2007). A primeira é a LCM nº 195/1988, posteriormente modificada, que cria o sistema de participação popular no âmbito da Administração Municipal. Nos anos 1990, três Leis Complementares regulamentaram o exposto no Artigo 99 da LOM, as LCMs nº 282/1992, 282-A/1993 e nº 323/1994, que dá a redação atual da legislação sobre o assunto no município, e ainda tivemos a LCM nº 298/1993 que dispõe sobre assessoramento técnico especializado para projetos de iniciativa popular; a LCM nº 382/1996 que regulamenta as audiências públicas (art. 103 da LOM); além de diversas Leis que versam sobre a participação orgânica do cidadão (TABORDA, 2016), que criaram conselhos temáticos, colegiados, fóruns e outros mecanismos de debate, supervisão e avaliação dos serviços públicos na cidade, alguns deles deliberativos e com fundos próprios, como é o caso do Conselho do Idoso. Para o fim do presente trabalho, colacionar-se-á excertos das LCMs referentes à regulamentação do procedimento de consulta pública:

Art.1º Fica instituído, em Porto Alegre, o plebiscito, como dispositivo de consulta à população a respeito de assuntos de interesse restrito do Município.

Parágrafo Único. o plebiscito tem caráter expresso de consulta, sendo facultativa a participação da população da Capital. (PORTO ALEGRE, 1992)

Vê-se certa contradição na redação das Normas, o que acarreta dificuldades institucionais relevantes, e que devem ser sanadas a partir do entendimento jurisprudencial sobre o tema e a atuação da cidadania alertada, a fim de pressionar o Poder Legislativo e o Executivo. Exemplos destas contradições são o fato de não haver referência expressa à vinculatividade do legislador e do Poder Público ao resultado da consulta à população, pelo contrário, uma vez que o artigo 1º da Lei Complementar nº 282 estipula que o caráter do plebiscito é consultivo, o que *per se* já conflita com o conceito de plebiscito, inclusive a redação dada aos plebiscitos federais pela Lei 9.709/98, ao mesmo tempo que o art. 7º da mesma LCM obriga o Poder Legislativo a apresentar projeto no sentido do que foi decidido pela população, havendo necessidade para tal. Pode-se, numa interpretação sistemática do ordenamento jurídico, afirmar que em Porto Alegre, as consultas públicas devem ser respeitadas em seus resultados e cumpridos pela Administração Pública, inclusive em favor da preservação do vínculo de solidariedade forjado pela participação direta dos cidadãos, sendo um contrassenso a administração organizar e dispendar recursos numa consulta que desprezará posteriormente:

Art. 7º No caso dos resultados apontados pelo plebiscito indicarem a necessidade de legislação específica para a sua aplicação, caberá à Mesa Diretora da Câmara Municipal, na pessoa de seu Presidente, apresentar Projeto de Lei que regule a matéria. (PORTO ALEGRE, 1992).

A atual redação, fruto da LCM nº 323, resguarda o papel protagonista de organização da consulta para o Poder Legislativo, prevenindo ainda que os cidadãos, através da iniciativa popular, possam convocá-lo:

“Art. 3º Caberá à câmara Municipal organizar a consulta plebiscitária, através de sua Mesa Diretora.

(...)

“Art. 4º A Câmara Municipal poderá convidar membros da sociedade civil organizada para a discussão e o debate dos assuntos a respeito dos quais será a população consultada.

(...)

“Art. 6º A iniciativa de realização do plebiscito poderá ser tanto do Executivo quanto do Legislativo, bem como de iniciativa popular, nos termos do art. 99 da Lei Orgânica do Município, correndo as despesas por conta das verbas orçamentárias do Executivo e/ou do Legislativo.” (PORTO ALEGRE, 1994).

Ademais, houve uma modificação recente em um instrumento semelhante, no próprio capítulo da participação popular da LOM, que pode ser utilizado para facilitar o acesso ao direito fundamental de participação no município e aumentar o alcance do mesmo. Em 2010, foi aprovada a Emenda nº 29 à Lei Orgânica Municipal, que positivou expressamente a possibilidade dos projetos de iniciativa popular serem subscritos pela internet. Neste momento de intensa digitalização do país, promete ser ferramenta importante para que os projetos atinjam o número mínimo de assinaturas para que tramitem, uma vez que são necessários 5% do eleitorado de Porto Alegre, o que ultrapassa as 50 (cinquenta) mil assinaturas, embora ainda esteja para ser inaugurado seu uso:

§ 5º Os projetos de iniciativa popular poderão ser subscritos eletronicamente, por meio da Internet. (Redação acrescida pela Emenda à Lei Orgânica nº 29/2010) (PORTO ALEGRE, 2010)

Saliente-se que existe um debate sobre a questão da validade das assinaturas online, com pouquíssimos projetos efetivamente tramitando sob esta égide no Congresso Nacional. Pela dificuldade da verificação das assinaturas, inclusive projetos notórios, como o das medidas anticorrupção (que angariou mais de 2 milhões de assinaturas), formalmente tiveram de tramitar com a assinatura de um parlamentar. Há iniciativas como aplicativos que usam o mecanismo “blockchain” (CALGARO, 2017) e o PLS 267/2016, que buscam validar e possibilitar a assinatura eletrônica nestes projetos (BRASIL, 2016) mas ainda sem muito êxito. Ressalte-se, porém, que não há norma constitucional ou infraconstitucional que exija as assinaturas em papel, o que existe é a exigência da conferência dos dados e assinaturas, para o fim do número de assinaturas válidas chegar ao exposto nos já referidos artigos. Em Porto Alegre, especificamente, houve esta alteração que expressamente autoriza a subscrição eletrônica para os projetos de lei de iniciativa popular, portanto entende-se que não há discussão sobre a validade das assinaturas *per se*, mas sim tem-se o desafio de encontrar maneiras de certificar a lisura do processo de coleta.

Em relação aos temas operacionais, como da infraestrutura necessária, organização e custo destas consultas, assunto que frequentemente gera polêmica, cita-se que já existe um entendimento do TSE que pode facilitar sobremaneira a realização das consultas, de forma célere, aproveitando-se da expertise dos funcionários da Justiça Eleitoral, que é de que as consultas e plebiscitos devem ser feitos junto às eleições,

justamente para diminuir os custos e ampliar a participação, a partir da Resolução nº 23.385 do TSE. Esta Resolução estabeleceu as diretrizes gerais para a realização de consultas populares conjuntamente com eleições, superando entendimento anterior de que a Justiça Eleitoral não teria competência para realizar consultas municipais, o que levava a uma responsabilização direta do município ou um acordo de cessão das urnas eletrônicas, como foi o caso do Pontal do Estaleiro (OSORIO, 2017):

Art. 3º Nas demais questões, de competência dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, as consultas populares serão convocadas em conformidade, respectivamente, com a Constituição estadual e com a Lei Orgânica.

Art. 4º A consulta popular a que se refere esta resolução realizar-se-á, por sufrágio universal e voto direto e secreto, concomitantemente com o primeiro turno das eleições ordinárias subsequentes à edição do ato convocatório. (PORTO ALEGRE, 2009)

Diga-se de passagem, que muitos países utilizam este modelo, com os Estadunidenses frequentemente indo às urnas não apenas para eleger candidaturas, mas também decidir sobre diversos temas como a legalização da *cannabis* ou expansão da cobertura de saúde (*medicare*). Somente nas eleições de 2018, 155 votações foram realizadas em 37 Estados Americanos concomitantemente com a votação ao parlamento e a média nesta última década em anos pares eleitorais é de 173 medidas indo à votação (BALLOTPEDIA, 2018). A primeira experiência deste tipo no Brasil foi realizada em Campinas nas eleições de 2014 (TRE-SP, 2013), em que foi aprovada pela população a transformação de 2 bairros em distritos administrativos, após a sociedade coletar um abaixo-assinado, que contou com a adesão de 1% dos eleitores da cidade, conforme estipulado pela Lei Orgânica daquele município em seu artigo 90:

Art. 90 As questões relevantes aos destinos do Município poderão ser submetidas a plebiscito ou referendo, quando, pelo menos um por cento do eleitorado o requerer ao Tribunal Regional Eleitoral, ouvida a Câmara Municipal. (CAMPINAS, 1990)

O plebiscito foi proposto com o apoio de quase 13,5 mil assinaturas de eleitores e toda a documentação, com os detalhes do projeto, foi enviada e aprovada pela Justiça Eleitoral. Nota-se aí um papel secundário do Poder Legislativo, diferentemente do exposto na Lei Orgânica

da Capital Gaúcha e um protagonismo do Judiciário especializado no tema. Perpassa nesta redação do artigo a hipótese de que a relação direta da aprovação dos requisitos pelo judiciário possa ter contribuído para que a consulta tivesse um destino diferente de muitos outros que acabam fulminados pelas Câmaras Legislativas. Concomitante às eleições municipais de 2016, o município de Rosana/SP realizou um plebiscito para decidir se o bairro de Primavera se tornaria distrito desta cidade, o que foi aprovado com 82,60%.

Já o único caso de consulta popular realizado em Porto Alegre, o referendo do projeto que liberava para uso residencial a área conhecida como Pontal do Estaleiro, onde se localizava o antigo Estaleiro Só, de forma diversa, foi realizado no ano ímpar de 2009, quando não houve eleições, a partir de projeto de lei de autoria do executivo, a Lei Complementar nº 614/2009, que estabeleceu a necessidade de consulta popular e condicionou a eficácia das disposições contidas na lei ao referendo popular, mas expressamente referiu que o rito a ser utilizado seria o mesmo previsto nas eleições para o Conselho Tutelar (Lei 7.595/95). O processo foi regulamentado pelo Decreto Municipal nº 16.313/2009, e diferiu do exposto nas LCMs anteriormente analisadas, estabelecendo-se uma comissão eleitoral coordenada pelo então vice-prefeito José Fortunati e composta por representantes da administração e de entidades de renome da sociedade civil, como a OAB. O resultado, apesar de pouco expressivo em número de votos (22.619 eleitores), foi quantitativamente incontestável, pois 80,7% dos votantes, com 18.212 Porto-Alegrenses se manifestando contrários, enquanto apenas 4.362 votaram sim, manifestando-se a população contrariamente ao uso residencial da área, o que foi cumprido pela administração municipal (ANTUNES, 2009). Para fins de comparação, o plebiscito realizado na cidade de Rosana em conjunto com as eleições de 2016 recebeu 11.787 votos (82,60% votando sim), de um total de 16.332 eleitores na cidade (TRE-SP, 2016).

Veja-se ainda que há uma enorme confusão, tanto na esfera jurídica, quanto no âmbito político e mesmo na questão prática e estrutural, sobre de que maneira utilizar e efetivar as consultas, e até mesmo diferenciar os mecanismos de participação popular, aqui sobretudo os mecanismos de Democracia Direta. O próprio processo do Pontal do Estaleiro ilustra esta falta de clareza sobre como proceder, ao apresentar inconsistências e contradições no seu próprio marco normativo e regulatório, tendo sido uma consulta popular facultativa, regida pelo rito da eleição dos conselhos tutelares, embora a lei que autorizou a consulta

fale da necessidade da população referendar a legislação, o que por si só, na exegese necessária, remeteria ao instituto do *referendum*, que por sua vez na Lei Federal é de participação obrigatória, ainda que nas LCMs de Porto Alegre estes mecanismos apareçam como de presença facultativa. Ainda identifica-se uma série de dificuldades para a realização de um número maior de consultas diretas à população, quais sejam, dificuldades políticas, fruto da ausência de interesse, sobretudo do Poder Legislativo, que por muitas vezes sente-se usurpado de suas competências enquanto representantes eleitos do povo, e portanto enfraquecido; dificuldades de participação, pelo quórum baixo das consultas realizadas, identificando-se falta de mobilização pelo eleitorado em consultas facultativas (o que também se apresenta para eleições facultativas, como as do Conselho Tutelar, cuja participação em 2019, cerca de 43 mil votos, foi a maior no século 21, mas ainda longe dos mais de 800 mil que foram as urnas nas eleições municipais de 2016) e as dificuldades técnicas e operacionais que por vezes opõe o interesse da administração municipal e o da Justiça Eleitoral (OSORIO, 2017) .

CONCLUSÃO

Portanto, tem-se que há apenas esparsas experiências, parca jurisprudência, inclusive com conflitos entre as decisões da Justiça comum e da Justiça Eleitoral (OSORIO, 2017) e pouca vontade política atualmente, não apenas em Porto Alegre, mas em todo o Brasil, para ampliar-se a participação direta da população na discussão em relação aos atos administrativos. Na primeira década do milênio assistimos um crescimento das conferências e conselhos, com representação da sociedade civil, em todos os níveis, mas esta maior participação da sociedade não ecoou em uma maior realização de consultas diretas, e nos últimos anos há um enfraquecimento desta estrutura dos conselhos.

Em Porto Alegre, cidade que conta com uma Casa dos Conselhos, reivindicação antiga dos partícipes destes órgãos de participação direta (inteligência da LCM nº 267 e art. 101 da LOM), e que conta oficialmente com 28 conselhos, 6 (seis) deles estão desativados (e um não chegou a tomar posse, o COMDIM) e em 2019 com a aprovação da LCM nº 869/2019, permitiu-se à prefeitura dispor do dinheiro de 11 fundos municipais ligados aos conselhos setoriais, sem a obrigação de destiná-lo à área específica, demonstrando a fragilidade e a insuficiência deste

modelo de participação, ainda muito dependente da anuência dos três Poderes, sobretudo dos poderes legislativo e executivo para seu pleno funcionamento, sendo que suas funções já são bastante limitadas institucionalmente, especialmente na dificuldade em vincular suas deliberações ao cumprimento pela prefeitura municipal. Salienta-se que este modelo visa ampliar o diálogo social, abrindo o processo decisório aos grupos de interesse na temática, e possui longa história em Porto Alegre, cidade que ainda durante o Estado Novo, na gestão de José Loureiro da Silva, montou o Conselho de Contribuintes (1938), e do Plano Diretor (1939) e conta com a realização de diversas conferências para oitiva da população e a elaboração de planos e resoluções, sendo o mais notório caso o Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano e Ambiental (CMDUA), antigo Conselho do Plano Diretor. Porém ao contrário dos espaços de consulta direta, seus procedimentos ainda que públicos, são feitos no cotidiano por representantes eleitos diretamente ou indicados pelas entidades, portanto fruto de uma lógica diversa daquela presente nos mecanismos de consultas públicas diretas à população, como os plebiscitos e referendos.

Vislumbra-se ainda que os institutos de participação direta poderiam ser mais bem aproveitados para resolver questões polêmicas na cidade, qualificando e legitimando as decisões políticas, sobretudo naquelas que dificilmente os setores da sociedade civil, econômicos e movimentos sociais, o poder público municipal e o Poder Judiciário, entram em consenso, como a questão do Cais Mauá, do Muro da Mauá, da natureza do atendimento de saúde da cidade, que há anos está gerando controvérsias, desde antes da declaração de inconstitucionalidade do IMESF, dentre outros temas que por anos estão opondo os Porto-Alegrenses e nos quais vislumbra-se pressões de lados opostos sobre a Administração Pública. Ilustra-se esta possibilidade de superação de entraves políticos a partir da consulta direta à população, com a própria definição de realizar a consulta no caso do Pontal do Estaleiro, pois a falta de unidade na base do governo municipal de José Fogaça (PMDB), ainda que fosse amplamente majoritária, impedia uma solução unânime para o tema, o que levou o prefeito a legitimar uma decisão por meio da consulta popular (OSORIO, 2017).

Portanto, urge que o Poder Público se debruce de forma mais comprometida sobre o tema, tendo em vista o potencial da democracia participativa, como complementar e não em oposição à democracia representativa, vislumbrando-se inúmeras possibilidades de consultas à população, com certa regularidade concomitantes às eleições municipais e gerais, realizadas a cada dois anos, aproveitando-se da estrutura já dis-

ponibilizada para o escrutínio, o que aumentaria o número de votantes, ampliaria o alcance das campanhas temáticas (denominadas “frentes”) e ao mesmo tempo não incorreria em riscos sobre a lisura do processo ou aumento de gastos para o contribuinte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Paulo Serpa. Pontal do Estaleiro: “Não” vence consulta com baixo índice de participação. **Jornal do Commercio**, 23 de Agosto de 2009. Disponível em: <https://www.jornaldocomercio.com/site/noticia.php?codn=6264>. Acesso em: 08 set. 2020.

BALLOTPEDIA. **2018 Ballot measures**. Disponível em: https://ballotpedia.org/2018_ballot_measures. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de Outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9709 de 18 de Novembro de 1998**. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9709.htm. Acesso em: 03 set. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 267/2016**. Altera a Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998, para possibilitar a assinatura eletrônica de projetos de lei de iniciativa popular pelos cidadãos brasileiros. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126333>. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.385, de 16 de Agosto de 2012**. Estabelece diretrizes gerais para a realização de consultas populares concomitante com eleições ordinárias. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, 2012. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-no-23-385-de-16-de-agosto-de-2012>. Acesso em: 03 set. 2020.

CALGARO, Fernanda. **Advogado cria app para coletar e conferir apoio a projetos de iniciativa popular**, G1, 22 de fevereiro de 2017. Disponível em:

<http://g1.globo.com/politica/noticia/advogado-cria-app-para-coletar-e-confe->

rir-apoio-a-projetos-de-iniciativa-popular.ghtml. Acesso em: 06 set. 2020.

CAMPINAS. **Lei Orgânica do Município de Campinas**. Disponível em: <https://www.campinas.sp.leg.br/atividade-legislativa/lei-organica/lei-organica-do-municipio>. Acesso em: 03 set. 2020.

CARVALHO, Volgane Oliveira. O caso da California Proposition 60 e o déficit na participação popular na democracia brasileira ou a escassez de plebiscitos e referendos no Brasil. **Revista Espaço Acadêmico** nº 219, nov/dez. 2019- Bimestral.

COSSÍ, José Ramon. Transparencia y Estado de Derecho. *In*: ACKERMAN, John M (Coord.). **Más allá del acceso a la información. Transparencia, rendición de cuentas y Estado de Derecho**. México: Siglo XXI, 2008.

DIECKMANN, Guilherme. Direitos Fundamentais na Legislação do Município de Porto Alegre. *In*: **Revista da Procuradora-Geral do Município de Porto Alegre**, nº 21, Dez/2007. Disponível em: http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/revista_-_21.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. *In*: **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, jan. 1993.

LEDUR, José Felipe. **Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2009. Pp. 145.

MARTINS, André Luis Borges; FEDOZZI, Luciano Joel. **Trajetória do orçamento participativo de Porto Alegre: Representação e elitização política**. Lua Nova, São Paulo, 95: 181-223, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n95/0102-6445-ln-95-00181.pdf>. Acesso em: 03 set. 2020.

OLIVEIRA, Bruno. **A participação popular no processo legislativo: o exercício da cidadania ativa e o discurso do Estado democrático de direito no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo, Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16022011-154849/publico/A_PARTICIPACAO_POPULAR_NO_PROCESSO_LEGISLATIVO_versao_integr.pdf. Acesso em: 03 set. 2020.

OSORIO, Bruno Olmos. **Condições e entraves para as consultas populares municipais: uma análise do caso do referendo do Pontal do Estaleiro,**

em Porto Alegre. Porto Alegre, 2018. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado para a faculdade de direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/174823/001061704.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 set. 2020.

PORTO ALEGRE. **Decreto nº 16.313, de 4 de Junho de 2009.** Regulamenta o processo eleitoral à consulta pública sobre a inclusão da atividade residencial na área onde se localizava o “antigo estaleiro só”. Porto Alegre: Prefeitura Municipal, 2009. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegre/decreto/2009/1632/16313/decreto-n-16313-2009-regulamenta-o-processo-eleitoral-a-consulta-publica-sobre-a-inclusao-da-atividade-residencial-na-area-onde-se-localizava-o-antigo=-estaleiro-so?q-lei%20complementar%20470>. Acesso em: 03 set. 2020.

PORTO ALEGRE. **Funcionamento Geral do Orçamento Participativo.** Porto Alegre, 2016. Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/op/default.php?p_secao=15. Acesso em: 19 set. 2020.

PORTO ALEGRE. **Lei Orgânica do Município de Porto Alegre, de 03 de Abril de 1990.** Porto Alegre: Câmara Municipal, 1990. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=000022938.DOCN.&l=20&u=%2Fnethtml%2Fsirel%2Fsimples.html&p=1&r=1&f=-G&d=atos&SECT1=TEXT>. Acesso em: 02 set. 2020.

PORTO ALEGRE. **Lei Complementar nº 323, de 25 de Maio de 1994.** Da nova redação aos artigos 3º, 4º e 6º da Lei Complementar 282, de 16 de Outubro de 1992. Porto Alegre: Câmara Municipal, 1992. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegre/lei-complementar/1994/32/323/lei-complementar-n-323-1994-da-nova-redacao-aos-artigos-3-4-e-6-da-lei-complementar-282-de-16-de-outubro-de-1992>. Acesso em: 03 set. 2020.

PORTO ALEGRE. **Lei Complementar nº 282, de 16 de Outubro de 1992.** Institui consulta plebiscitária sobre assuntos de interesse do município. Porto Alegre: Câmara Municipal, 1992. Disponível em <https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegre/lei-complementar/1992/29/282/lei-complementar-n-282-1992-institui-consulta-plebiscitaria-sobre-assuntos-de-interesse-do-municipio?q=lei%20complementar%20282>: Acesso em: 03 set. 2020.

PORTO ALEGRE. **Lei Complementar nº 869/2019, de 27 de Dezembro de 2019.** Dispõe sobre diretrizes para a criação e a extinção de fundos públicos, es-

tabelece regras para a movimentação financeira dos atuais fundos, cria o Fundo de Reforma e Desenvolvimento Municipal, autoriza o Executivo Municipal a reverter os saldos financeiros dos fundos ativos e extintos ao Tesouro Municipal, extingue o Fundo Municipal de Compras Coletivas e o Fundo Monumenta Porto Alegre e revoga as Leis nº 7.452, de 24 de junho de 1994, nº 8.936, de 3 de julho de 2002, e nº 9.839, de 6 de outubro de 2005. Porto Alegre: Câmara Municipal, 2019. Disponível em: http://dopaonlineupload.procempa.com.br/dopaonlineupload/3172_ce_277453_1.pdf. Acesso em: 07 set. 2020.

PORTO ALEGRE. **Lei Complementar nº 614, de 30 de Abril de 2009.** Determina adequações e observância para os projetos e os empreendimentos a serem executados na subunidade 3 da unidade de estruturação urbana (UEU) 4036 e permite, nessa subunidade, sob as condições que determina, edificações cujas atividades sejam classificadas no código 7 do grupamento de atividades. Porto Alegre: Câmara Municipal, 2009. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegre/lei-complementar/2009/61/614/lei-complementar-n-614-2009-determina-adequacoes-e-observancia-para-os-projetos-e-os-empreendimentos-a-serem-executados-na-subunidade-3-da-unidade-de-estrutura-cao-urbana-ueu-4036-e-permite-nessa-subunidade-sob-as-condicoes-que-determina-edificacoes-cujas-atividades-sejam-classificadas-no-codigo-7-do-grupamento-de-atividades>. Acesso em: 03 set. 2020.

PORTO ALEGRE. **Regimento interno da Câmara de Vereadores de Porto Alegre.** Porto Alegre: Câmara Municipal, 1992. Disponível em: http://200.169.19.94/documentos/transparencia/legislacao/regimento_interno.pdf. Acesso em: 03 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei Estadual nº 9.207 de 21 de Janeiro de 1991.** Dispõe sobre a realização de consultas referendárias no âmbito das competências da Assembleia Legislativa do Estado. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 1991. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rs/lei-ordinaria-n-9207-1991-rio-grande-do-sul-dispoe-sobre-a-realizacao-de-consultas-referendarias-no-ambito-das-competencias-da-assembleia-legislativa-do-estado>. Acesso em: 03 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. **Constituição Estadual do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 1989. Disponível em: http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9p-X_3esaNg%3D&tabid=3683&mid=5358. Acesso em: 03 set. 2020.

TABORDA, Maren Guimarães. **O princípio da publicidade e a participação na administração pública.** Tese (Doutorado em Direito). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/7472/000545875.pdf?sequence=1>
Acesso em: 03 set. 2020.

TABORDA, Maren Guimarães. **A tese institucionalista da Constituição e a participação do cidadão na gestão dos serviços públicos.** Anais do XIII Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, Santa Cruz do Sul: UNISC, 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15770>. Acesso em: 04 set. 2020.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SÃO PAULO. **TRE-SP Aprova realização de plebiscito em Campinas**, 18 de Setembro de 2013. Disponível em: <http://www.tre-sp.jus.br/imprensa/noticias-tre-sp/2013/Setembro/tre-sp-aprova-realizacao-de-plebiscito-em-campinas>. Acesso em: 05 set. 2020.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE SÃO PAULO. **Eleitores de Rosana decidiram pelo Sim em plebiscito**, 03 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.tre-sp.jus.br/imprensa/noticias-tre-sp/2016/Outubro/eleitores-de-rosana-decidiram-pelo-sim-em-plebiscito>. Acesso em: 11 set. 2020.

A IMPORTÂNCIA DE UMA POLÍTICA PÚBLICA EFICIENTE: O EXERCÍCIO DA CIDADANIA VIA ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

RICHARD DOS SANTOS DIAS¹

INTRODUÇÃO

A natureza complexa da nossa sociedade é evidente. Decisões de governo são a mão que afaga como também podem ser a mão que apunhala.

Inúmeras preocupações ocupam os governantes e afligem a sociedade civil, com destaque especial a desigualdade social. Como já se é esperado, pelo princípio básico da inércia social, o que está, continua sendo.

Onde a riqueza e os investimentos públicos se concentram, é lá que continuarão a serem colocados, não há nada que se possa fazer! Esta premissa condiz com a realidade?

Pelo menos em Porto Alegre e alguns municípios inovadores, que seguiram a capital gaúcha, esta descrição não reflete a realidade.

Políticas públicas são o meio para um fim. É o direcionamento das ações do governo para um determinado objetivo em prol da comunidade. Dentre elas, o Orçamento Participativo surge como instrumento inovador que reloca recursos a fim de desenvolver o município como um todo e não apenas manter-se no movimento desregulado do desenvolvimento desigual. É a perfectibilização da cidadania, da participação e do uso dos direitos de cada um dos cidadãos, para que possam muito mais que pelo voto, escolherem os rumos de sua cidade, conforme suas necessidades.

1 Mestrando pela Fundação Superior do Ministério Público do RS, Pós Graduado em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e em Direito Eleitoral pela Verbo Jurídico; Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: richard.dias@outlook.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0888564631369962>.

Assim sendo, como tema do presente artigo tem-se o exercício da cidadania através do Orçamento Participativo. Por sua vez, como problema, questiona-se se o Orçamento Participativo, em destaque na cidade de Porto Alegre, é uma política pública efetiva e se, no que tange ao exercício da cidadania, tem impacto verificável?

Como hipótese, tem-se que o Orçamento Participativo é inovador no que tange a possibilitar a cidadania no âmbito municipal, viabilizando a alocação, pelos próprios cidadãos, de recursos públicos nas regiões que mais necessitam dentro do município.

A metodologia aplicada é de pesquisa bibliográfica e documental. Para tanto, fez-se necessária a utilização de ferramentas de pesquisa disponibilizadas na rede mundial de computadores, a exemplo de catálogos de obras e *e-books*, bem como, a análise da bibliografia proposta no sentido de selecionar conceitos e aprofundar os resultados apresentados em Porto Alegre, município escolhido como base de análise.

O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Na presente análise, dentre todos os princípios norteadores, o que mais interessa a este estudo é o princípio da subsidiariedade, esta por sua vez, guarda relação com liberdade e autonomia.

O princípio da subsidiariedade assemelha-se a uma repartição de competência entre sociedade e Estado. Ao mesmo tempo, impede o avanço intervencionista do Estado, exigindo desse ajuda e promoção das atividades próprias e pluralismo social. [...] Ele equilibra a liberdade, detém o intervencionismo estatal indevido em áreas próprias da sociedade, possibilitando ao Estado ajudar, promover, coordenar, controlar e suprir atividades do pluralismo social (BARACHO, 1996, p. 48).

Indiscutivelmente, uma das maiores características do princípio da subsidiariedade é aproximar as discussões dos cidadãos, dando-lhes condições de participação direta.

Também, o princípio da subsidiariedade aplica-se nas relações entre órgãos da esfera Federal e Estadual, com os órgãos Municipais, verificando-se, também, o grau de descentralização.

Em sendo assim, intrinsecamente ligado ao princípio da subsidiariedade está o princípio da descentralização. “O princípio de subsidia-

riedade explica e justifica, em muitas ocasiões, a política de descentralização” (BARACHO, 1996, p. 30).

É a partir do princípio da subsidiariedade que a distribuição das atribuições dos entes federativos é repensada com o fim de que se estruture a atuação municipal para a concretização dos preceitos constitucionais e democráticos. Remete-se às esferas periféricas o máximo de atribuições possíveis de acordo com o engajamento social como forma de descentralização do poder de ação. Assim, se fortalece o poder local autônomo, proveniente da comunidade e a participação política a fim de estabelecerem-se consensos (BARACHO, 1996, p. 34).

A descentralização está diretamente ligada a subsidiariedade, uma vez que não se pode obter sucesso na aplicação da subsidiariedade enquanto o poder restar centralizado nas esferas distantes dos cidadãos, colocando-os afastados das decisões.

Dessa feita, o princípio assume uma função de limitação da atuação do poder estatal frente ao indivíduo, mas, ao mesmo tempo, possui uma dimensão positiva. Esta se verifica na medida em que se vincula o Estado a um compromisso social, traduzido na exigência de atuação de suas instituições sempre que as necessidades do corpo social ou a dimensão da função a ser alcançada torne insuficiente a ação individual dos atores da sociedade (HERMANY, 2010, p. 23).

Ainda sobre o princípio da subsidiariedade, Roca:

El principio de subsidiariedad impide que una entidad superior desempeñe funciones que puedan realizarse con igual eficacia a nivel local, conecta con la capacidad de gestión de cada instancia local. Con este marco convencional de preceptos, puede irse rellenando de contenidos ese principio tanto por el legislador como de forma pretoriana. Cabe manejar diversos criterios. La plenitud de la competencia local debe entenderse, cuando sea posible, como un juicio de suficiencia de la acción local para los efectos o fines pretendidos (ROCA, 2000, p. 49).

Segundo o princípio da subsidiariedade, estariam as autoridades locais responsáveis pelas políticas públicas, uma vez que, se pretende ter eficácia e economia, até por isso o município é o ente federativo onde

melhor se aplica a subsidiariedade, assim como, a descentralização, uma vez que é nele que há o contato com a sociedade e com suas mazelas. “Isto porque é na esfera local que se observa uma potencialização do processo de formação democrática das decisões públicas, a partir da democracia administrativa, como fator de apropriação do espaço institucional pela sociedade” (HERMANY, 2012, p. 80).

Isto acaba por gerar uma “democratização de decisões, na medida em que o cidadão pode intervir com muito mais clareza e facilidade em assuntos da sua própria vizinhança, e dos quais tem conhecimento direito” (DOWBOR, 2008, p. 28).

Assim a subsidiariedade efetiva-se no município através da mobilização dos indivíduos inseridos no mesmo espaço geográfico. Quando estes se tornam responsáveis pela otimização de políticas públicas e pelo bom funcionamento do poder local. [...] Dessa forma, garantir meios de participação à população é um meio de viabilizar o sucesso do poder local. A Constituição Federal traz em seu texto formas vinculantes, quais sejam plebiscito, referendo e conselhos deliberativos. Mas além destes, contamos com outros meios, não inseridos no texto constitucional, mas tão importantes quanto, as Audiências públicas, consultas públicas, conselhos consultivos, orçamento participativo, ouvidoria e iniciativa popular (HERMANY, 2010, p. 7).

Conforme se pode retirar do objetivo do princípio da subsidiariedade, há o condão de aproximar e incluir os cidadãos no processo decisório e conseqüentemente, na elaboração e direcionamento de políticas públicas que sirvam de instrumento para melhoria de suas vidas.

Nesta seara, cabe mencionar o princípio da gestão democrática, esculpido nos artigos 43, 44 e 45 do Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001), que soma-se ao intento de garantir a efetiva participação dos cidadãos na gestão de suas cidades, conseqüentemente, nas construções dos seus rumos e de seu crescimento, dessa forma tendo forte atuação junto ao orçamento participativo, doravante denominado OP.

Esteve, portanto, no cerne das reivindicações do Movimento Nacional pela Reforma Urbana, a instrumentalização deste ideal. O resultado foi a centralidade que se deu no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) à gestão democrática da cidade, com ampla participação da população “na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano”

(art. 2º, II) (ALFONSIN; SALTZ; FERNANDEZ; VIVIAN FILHO; FACCENDA; MULLER, 2017, p. 1214-1246).

Pelo exposto, a presente análise, objetiva esmiuçar uma das formas de participação popular que mais se mostraram efetivas no decorrer do tempo, e que tem no município de Porto Alegre um grande exemplo a ser seguido, o orçamento participativo (OP).

POLÍTICAS PÚBLICAS: CONCEITO

Indispensável, para entender o que representa o orçamento participativo como política pública, ferramenta de cidadania, necessário um breve desenrolar, cujas informações nos localizarão no tema proposto neste artigo.

Primeiramente, a indagação se mostra como sendo o que necessariamente são políticas públicas e porque elas ganham tamanha importância nos dias atuais. Neste sentido resta explicar que políticas públicas são um conjunto de ações direcionadas para um fim. Tais ações, com um fundo específico, são levadas a cabo pelo governo e tem o intento de atuar em uma determinada área, visando seu melhor aproveitamento.

Muitos são os autores que se puseram a explicar tão importante assunto, tais como Fernández: “O termo política pública é utilizado com significados distintos: com uma abrangência maior ou menor: ora indica um campo de atividade, ora um propósito político bem concreto, ou um programa de ação ou os resultados obtidos por um programa” (FERNANDEZ, 2006, p. 495-517).

As políticas públicas envolvem todos os agentes de um sistema nacional: sociedade, poder público e privado, sociedade civil organizada e inclusive organismos e dinâmica internacional. Elas são elaboradas e pensadas a partir da identificação de sua necessidade, que se dá pela observação de fatos e de indicadores (SILVA; SOUZA-LIMA, 2010, p. 45).

Explicado o conceito, parte-se para a relevância das políticas públicas para a sociedade. Neste sentido, cabe lembrar que as sociedades, hoje, são extremamente mais complexas do que as de antigamente. Com isso, evidentemente, problemas maiores surgem e tem que ser resolvidos. Dada a necessidade, cabe ao governo não apenas agir com simplicidade, uma vez

que as suas escolhas refletem em um imenso número de vidas, onde uma má decisão ou uma ação impensada pode acarretar inúmeros transtornos.

Este é o momento que o governo atua de forma eficaz e direcionada para um fim específico, que nasce as políticas públicas.

Há algumas razões gerais que favorecem o interesse pelas políticas públicas e por seu estudo. Um primeiro é o fato de que a crescente escala da intervenção do Estado e a complexidade dos governos nos dias atuais colocam problemas mais complexos aos responsáveis pelas decisões, seja no setor público, seja na sociedade civil e na iniciativa privada (SCHMIDT, 2008, p. 2307).

Segundo estudiosos do tema, há uma divisão entre o ponto de vista do estudo de políticas públicas, o prático e o acadêmico. Quanto ao ponto de vista acadêmico doutrina Schmidt:

Do ponto de vista acadêmico, o interesse pelos resultados das ações governamentais suscitou a necessidade de uma compreensão teórica dos fatores intervenientes e da dinâmica própria das políticas. A área de estudos que concentra suas pesquisas nos resultados das políticas públicas é chamada de análise de políticas, que pode ser definida como um conjunto de conhecimentos, proporcionando por diversas disciplinas das ciências humanas, utilizados para buscar resolver ou analisar problemas concretos em políticas públicas (SCHMIDT, 2008, p. 2308).

De outro lado, há o ponto de vista prático, também doutrina Schmidt:

Do ponto de vista prático – o dos agentes políticos, dos grupos de interesse e dos cidadãos em geral – uma melhor compreensão do tema permite uma ação mais qualificada e mais potente, com maior impacto nas decisões atinentes às políticas. Para os cidadãos, é muito relevante que conheça e entenda o que está previsto nas políticas que o afetam, quem as estabeleceu, de que modo foram estabelecidas, como estão sendo implementadas, quais são os interesses que estão em jogo, quais são as principais forças envolvidas, quais são os espaços de participação existentes, os possíveis aliados e os adversários, entre outros elementos (SCHMIDT, 2008, p. 2308).

Evidente que os pontos de vista sobre o tema são as duas fases da mesma moeda. Primeiramente, o ponto de vista acadêmico traz a teorização dos problemas, bem como, a sua resolução teórica. Há um interesse

pelas políticas públicas, o que as circundam, como também, os resultados obtidos na sua aplicação.

O outro lado é o prático, o lado dos governos e dos cidadãos. Tal visão visa fornecer informações a fim de tornar as políticas públicas mais eficazes.

POLÍTICAS PÚBLICAS: TIPOLOGIA

Há, segundo a literatura especializada, uma qualificação das políticas públicas quando ao seu tipo, dividindo-se em quatro diferentes, tais como políticas distributivas, redistributivas, regulatórias e constitutivas ou estruturadoras.

“A mais conhecida é de Theodor Lowi, proposta na década de 1960, que identifica quatro tipos de políticas” (SCHMIDT, 2008, p. 2313).

Primeiramente as políticas públicas distributivas:

Consistem na distribuição de recursos da sociedade a regiões ou segmentos sociais específicos. Não tem caráter de universalidade, mas em geral não geram conflitividade comum das políticas redistributivas, pois os segmentos não beneficiados por elas não percebem prejuízos ou custos para si próprios. Ex: políticas de desenvolvimento de regiões específicas, de pavimentação e iluminação de ruas, de auxílio a deficientes físicos, de auxílio a vítimas de intempéries (SCHMIDT, 2008, p. 2313).

Continua a explicação, passando agora as políticas públicas redistributivas, objeto dos maiores conflitos sociais:

Consistem na redistribuição de renda, com deslocamento de recursos das camadas sociais mais abastadas para as camadas pobres, as políticas “Robin Hood”, bem como as políticas sociais universais, como a seguridade social. As políticas de redistribuição explícitas costumam gerar resistência dos setores de maior renda, que se veem prejudicados com a redestinação de recursos (SCHMIDT, 2008, p. 2313).

PASSA, PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS REGULATÓRIAS:

Regulam e ordenam, mediante ordens, proibições, decretos, portarias. Criam normas para funcionamento de serviços e instalações de equipamentos públicos. Podem tanto distribuir custos e benefícios de forma equilibrada entre grupos e setores sociais, como atender a interesses particulares (SCHMIDT, 2008, p. 2314).

Por derradeiro, explica as políticas públicas constitutivas ou estruturadoras:

Definem procedimentos gerais da política; determinam as regras do jogo, as estruturas e os processos da política. [...] Exemplos de políticas constitutivas: a definição do sistema de governo, do sistema eleitoral, as reformas políticas e administrativas (SCHMIDT, 2008, p. 2314).

Entender os tipos de políticas públicas sob as quais a doutrina trabalha é essencial para entendermos, a posteriori, o *case* escolhido.

POLÍTICAS PÚBLICAS: PAPEL

Um exemplo que mostra a importância das políticas públicas para orientar ações de governo e da sociedade aparece em documento do Ministério da Saúde:

Políticas públicas configuram decisões de caráter geral que apontam rumos e linhas estratégicas de atuação governamental, reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis ao tornarem públicas, expressas e acessíveis a população e aos formadores de opinião as intenções do governo no planejamento de programas, projetos e atividades (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006, p. 09).

Outro importante destaque tem que ser dado quanto a função das políticas públicas serem ponte entre governos. Tal afirmativa tem fundamento no sentido que são elas que fazem o processo de continuação entre o governo do passado com o governo do presente, visando

aproveitar o que já foi feito e não recomeçar tudo do zero outra vez. “O Estado é responsável pelo bem-estar da população, e o governo por agenciar o alcance desses objetivos por meio da elaboração de políticas públicas ou macroeconômicas” (SILVA; SOUZA-LIMA, 2010, p.47).

A síndrome da descontinuidade administrativa é uma realidade no país, que se processa periodicamente e que traz inúmeros malefícios para o povo. Não importa o governo, sempre haverá problemas, bem como, avanços. Todavia, quando ingressamos em um processo de transição, surge o total desinteresse de ambos os lados, para que se possa seguir em frente.

Entender que o Estado tem que ser bem gerido e que suas ações refletem de uma maneira grandiosa na existência de inúmeras pessoas, é o foco da questão. Com as políticas públicas, obtém-se, pela primeira vez, uma tentativa de direcionamento do novo governo para ações positivas já emanadas do governo anterior. Basicamente, é a forma encontrada para manter o foco da administração pública onde ela deve estar, elegendo prioridades e efetivando sua atuação nas áreas mais necessitadas, não importando quem estará comandando no momento.

Servir de ponte entre governos, bem como, direcionar as ações da administração pública, é o grande objetivo das políticas públicas.

ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

Iniciado o caminho, resta adentrar-se no cerne da questão proposta. Se já é de conhecimento o papel exemplar desempenhado pelas políticas públicas em nossa sociedade, melhor será se dentre elas possamos analisar uma em especial.

Cada política pública tem uma intenção. Pode-se citar exemplos, tais como: a de ingresso nas universidades para pessoas negras e/ou de baixa renda, bem como, de índios, portadores de necessidades especiais e membros de comunidades quilombolas. Tais políticas públicas visam equilibrar anos de desigualdade social e tentar fornecer qualificação superior para uma parcela da sociedade que durante muitos anos foi excluída.

Outra, a política nacional do meio ambiente, instituída pela Lei Federal n.º 6.938, visa proteger nosso meio ambiente e proporcionar para as futuras gerações acesso a ele de forma saudável e equilibrada.

Muitos outros exemplos podem ser citados, o que evidencia que são em inúmeras áreas que as políticas públicas atuam, dentre elas, a inclusão social, que para o estudo, resta essencial:

Inclusão social é o termo oposto a exclusão. Seus correlatos são inserção e integração social. Denomina as iniciativas empreendidas pelo Estado e pela sociedade civil para enfrentar os processos de exclusão nas suas diversas esferas (econômica, política, social e cultural), de modo a tornar possível a todos ou ao maior número os benefícios que a sociedade possibilita apenas a certos segmentos (SCHMIDT, 2006, p. 1759).

Neste sentido, por consequência lógica, não há melhor forma de inclusão social do que fornecer ao cidadão, seja ele quem for, o poder de escolha quanto a sua comunidade, ou seja, fornecer-lhe meios a efetivar sua cidadania.

Pode, à primeira vista, parecer que apenas trata-se do sistema democrático no qual o Brasil funda-se, onde os cidadãos escolhem seus governantes e eles os reapresentam. Todavia, isto seria incorrer em um equívoco.

O ponto em questão tem a ver com incluir as pessoas em decisões muito mais específicas, algo referente a sua área de residência, seu bairro, suas necessidades cotidianas. Sendo assim, opta-se por adentrar no orçamento participativo de Porto Alegre. Política pública de sucesso que serve de base para muitas outras em todo Brasil e que é exemplo de exercício da cidadania para os residentes na capital gaúcha.

BREVE HISTÓRICO

O orçamento participativo foi implantado em 1989, com o ingresso petista no governo de Porto Alegre, nas eleições de 1988.

Com o advento do novo partido ao poder, novas diretrizes governamentais foram impostas, dentre elas, a mais destacada foi a reforma financeira, cujo objetivo era estabelecer mecanismos institucionais e conjuntos de normas a fim de haver uma administração do município de forma compartilhada entre governo e sociedade civil.

“A cidade foi dividida em dezessete regiões. Cada região elege representantes para os conselhos superiores nas assembleias regionais. As assembleias são os principais veículos de participação popular. Elas são abertas ao público” (MARQUETTI, 2008, p. 132).

Mais importante, experiências de Orçamento Participativo têm surgido em diversas cidades do Brasil. O número de cidades no país que utilizam o OP tem crescido continuamente: entre 1989

e 1992 eram 12 cidades, entre 1993 e 1996 eram 36 municípios e entre 1997 e 200 eram 103 (TEIXEIRA, 2002, p. 28).

Após 2000, não há nenhum estudo quantitativo que traga números concretos quanto aos municípios que se utilizam do orçamento participativo. Todavia, pode-se prever, segundo estimativas e seguindo a lógica pré-estabelecida, que o número aumentou de forma exponencial.

ETAPAS DO OP

A priori, o orçamento participativo consiste em inúmeras reuniões realizadas em cada uma das dezessete regiões da capital gaúcha, no período de março a junho de cada ano.

Há, dentre estas reuniões, algumas que são mais importantes, denominados de primeira e segunda rodadas. “A partir de 1994, passaram a ocorrer assembleias por tema, as plenárias temáticas, utilizando a mesma metodologia das assembleias regionais” (MARQUETTI, 2008, p. 132).

O orçamento participativo desenvolve-se em um ciclo anual, conforme os prazos a que o orçamento público municipal está submetido.

Na primeira rodada, entre os meses de março e abril de cada ano, ocorrem as assembleias regionais e seis plenárias temáticas, quais sejam: “a) Circulação e Transportes; b) Saúde e Assistência Social; c) Educação, Esporte e Lazer; d) Cultura; e) Organização da Cidade e Desenvolvimento Urbano Ambiental” (SANCHEZ, 2002, p. 40).

Nestas assembleias só participam os residentes de cada uma das dezessete regiões, onde, por sua vez, nas plenárias, podem ter a participação de qualquer pessoa.

O governo municipal, na primeira rodada, presta contas dos investimentos feitos no ano anterior, bem como, apresenta o seu plano de investimentos, com a metodologia e critérios adotados, para o ano em questão, sendo estes decididos pelo Conselho Municipal do Orçamento Participativo (COP).

Na mesma rodada, ainda, são eleitos alguns delegados que representarão a comunidade no fórum de delegados. “As rodadas ocorrem no mesmo período nas assembleias regionais e temáticas. O Prefeito participa das assembleias” (MARQUETTI, 2008, p. 133).

A primeira rodada serve basicamente para o governo prestar contas do que foi feito no ano anterior, decisões, obras e direcionamentos de recursos são explicados. Isto possibilita o controle por parte do público da

performance do governo” (MARQUETTI, 2008, p. 132). Também se coloca em pauta a forma de operacionalização do orçamento participativo.

No período de transição entre a primeira e a segunda rodada ocorrem as reuniões ditas intermediárias onde a sociedade civil discute alguns temas, bem como, elege o restante dos delegados. Estas reuniões ocorrem de março a junho, sendo organizadas de forma autônoma, pela própria comunidade.

Na segunda rodada os participantes nas assembleias regionais temáticas elegem dois Conselheiros para o Conselho Municipal do Orçamento Participativo (COP). Quando a segunda rodada é completada em todas as regiões temáticas, o COP é formalmente instalado e torna-se a esfera administrativa mais importante na definição do próximo orçamento (MARQUETTI, 2008, p. 133).

O Conselho Municipal do Orçamento Participativo (COP) é formado por dois conselheiros e seus dois substitutos, representando e sendo eleitos por cada uma das regiões temáticas da capital, como também, por um representante indicado da União das Associações de Moradores de Porto Alegre (UAMPA) e por um representante do Sindicato dos servidores públicos municipais (SIMPA). Destaque é dado para representantes do governo, sendo dois, os quais não possuem direito a voto, mas apenas o direito a voz.

“São 44 conselheiros com o mandato de um ano com o direito de serem reeleitos para um segundo mandato consecutivo” (MARQUETTI, 2008, p. 133).

Entre os meses de julho e agosto, faz-se pelo COP e por representantes do governo a elaboração do orçamento com base nas prioridades eleitas nas assembleias regionais.

Cada região escolhe cinco das treze prioridades padrão (saneamento básico, pavimentação, habitação, saúde, educação, assistência social, transporte e circulação, áreas de lazer, esporte e lazer, iluminação pública, desenvolvimento econômico, cultura e saneamento ambiental). As escolhas das regiões são utilizadas para selecionar as três prioridades da cidade para o próximo ano (MARQUETTI, 2008, p. 134).

Eleitas as prioridades, no número de três, segue-se para distribuição dos recursos existentes entre as regiões de Porto Alegre, entre os meses de agosto e setembro. Esta distribuição ocorre seguindo critérios que são formulados com base nas peculiaridades de cada uma das dezessete regiões da capital, tais como: “a) carência de serviço ou infraestrutura na região; b) população total da região; e c) prioridade temática da região face àquelas escolhidas pela cidade como um todo” (MARQUETTI, 2008, p. 134).

Por derradeiro, após encaminhamento e análise do Prefeito, o orçamento escolhido é enviado à Câmara de Vereadores, no mês de novembro, juntamente com o Plano de Investimentos e Serviços (PIS), “é publicado em dezembro listando demandas a serem executadas. [...] A peça orçamentária é resultado de um processo de negociação entre o setor público e a sociedade civil que participa do OP” (MARQUETTI, 2008, p. 134).

Portanto, o orçamento participativo é um processo dinâmico que se adequou periodicamente às necessidades locais, buscando sempre um formato facilitador, ampliador e aprimorando o debate entre o governo municipal e a população, em suma, uma ferramenta criada para servir de elo entre a atuação do Estado e o exercício da cidadania da população como um todo.

O PORQUÊ DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

Quando no presente artigo promoveu-se referência às inúmeras facetas das políticas públicas, bem como, mencionou-se as inúmeras áreas de atuação, em especial a inclusão social, também, destacou-se a tipologia das políticas públicas, sinalizando o caráter conflituoso das que enquadravam-se no perfil redistributivo, foi com o intento de localizar o orçamento participativo no tema fulcral das políticas públicas. Aqui se faz presente exemplo de política pública redistributiva e de inclusão social.

“A literatura apresenta um rol de orientações, recomendações e princípios – extraídos do estudo de experiências exitosas em termos de desenvolvimento e inclusão social” (SCHMIDT, 2006, p. 1775), tais como:

A criação de valores afetivos pelo local de moradia pode ser impulsionada por medidas como a regularização fundiária, a melhoria dos serviços públicos [...] A continuidade dos programas nas comunidades. A confiança das comunidades pobres nos agentes e instituições políticas, bem como nos agentes externos em geral,

depende muito da continuidade das ações. [...] Fomentar a sinergia entre as organizações populares e o Estado. Nem Estado nem sociedade civil organizada podem isoladamente citar condições para o desenvolvimento sustentável. [...] Estabelecer uma metodologia adequada aos níveis e tipos de capital social existentes no meio, orientada por uma estratégia global, onde começa-se por ações localizadas e projetos específicos, definidos como prioritários pela própria comunidade, sem perder de vista o global (SCHMIDT, 2006, p. 1778).

Este rol apresentado enquadra-se, claramente, nas características do orçamento participativo de Porto Alegre, colocando-o como política pública de governo que visa à inclusão social, via exercício da cidadania, entretanto, há uma descrição ainda mais adequada do OP, expressa na literatura especializada:

Participação popular nos processos decisórios. É imperioso que os governos, nos diferentes níveis, estabeleçam mecanismos de consulta aos cidadãos, criem mecanismos de participação popular nas decisões e descentalizem a administração, seguindo o princípio da subsidiariedade, com a condição de assegurar espaço à voz e às demandas dos pobres (SCHMIDT, 2006, p. 1778).

Portanto, resta clara a posição que o orçamento participativo ganha no sistema político-social da capital gaúcha. Dentre as políticas públicas que enfocam a inclusão social e a promoção da cidadania, não há outra com tamanha envergadura e potencial para atingir seus objetivos.

O CARÁTER REDISTRIBUTIVO DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

Indiscutivelmente, há diferenças entre regiões dentro de qualquer município do Brasil, evidente que em Porto Alegre não seria diferente. Cada uma das dezessete regiões descritas pelo OP tem suas peculiaridades, dentre elas: “área, população, serviços públicos previamente oferecidos, organização política, renda, nível educacional, condições de moradia, entre outros” (MARQUETTI, 2008, p. 141).

A lógica por trás do sistema prevê que as áreas mais abastadas da capital continuem a receber a maior fatia no que tange as ações do poder

público. Todavia, o orçamento participativo, como já bem descrito anteriormente, utiliza-se de prioridades eleitas, e principalmente, critérios, como a carência da região.

É através do OP que se operam mudanças e equilibram-se desigualdades de investimento das regiões. “Pode-se concluir que o OP funciona como um poderoso instrumento de distribuição de renda, as regiões mais pobres recebem maior volume de investimentos por habitante” (MARQUETTI, 2008, p. 145).

São através de indicadores que medem as especificidades de cada região que o orçamento participativo elenca suas ações e distribui os investimentos com base nos critérios previamente adotados, em destaque a carência.

Regiões antes esquecidas como o bairro Restinga, através das rodadas do OP e seus delegados, constituem suas necessidades para que o investimento público possa alcançá-los. É este o diferencial do orçamento participativo em Porto Alegre, que o tornou exemplo para tantos outros municípios no país. É seu efeito redistributivo de renda que, democraticamente, com a junção do governo e da sociedade civil, consegue efetuar mudanças positivas no cenário social sem que haja conflitos.

A análise realizada mostrou que o OP teve um efeito redistributivo, as regiões mais pobres foram as que receberam maior montante de investimentos per capita no período de 1992-2000 e maior número de obras por mil habitantes no período 1989-2000. [...] Portanto, os analistas estavam corretos em chamar atenção para o caráter redistributivo do OP (MARQUETTI, 2008, p. 160).

Sem dúvida, a função redistributiva é um dos pilares estruturantes do orçamento participativo em Porto Alegre. O OP é resultado dos critérios de distribuição dos investimentos nas regiões, bem como, das escolhas realizadas pelos representantes da comunidade nas assembleias.

Com a experiência iniciada em Porto Alegre, é de clareza solar, o potencial que o OP alcança às pessoas e às suas regiões para que possam minimizar as desigualdades sociais que tanto afligem nosso país.

A CIDADANIA NO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

Indiscutivelmente, como bem demonstrado com a análise promovida quanto ao sistema do orçamento participativo de Porto Alegre, bem como, sua faceta de política pública com viés de inclusão social via exercício da cidadania, é essencial destacar o pilar deste sistema promovido na capital gaúcha, sendo este a cidadania.

Primeiramente, segundo Liszt Vieira, o advento da cidadania se dá “a partir dos direitos civis conquistados no século XVIII, dos direitos políticos alcançados no século XIX e dos direitos sociais do século XX” (VIEIRA, 2001, p. 219). No seu entendimento, que tornasse “um fator indispensável para promoção da inclusão social e para combater a desigualdade tão característica em países da América Latina” (GUERRA, 2011, p. 110), a exemplo do Brasil. A cidadania situa-se entre os projetos que demandam uma contínua execução e medidas de aprimoramento.

A definição de cidadania é extremamente complexa, vez que não se trata de um conceito fechado, mas histórico, “o que significa que seu sentido varia no tempo e no espaço” (PINSKY, 2003, p. 9).

Apresentar-se como cidadão na época do Brasil colônia ou durante os regimes militares, em comparação com a situação de hoje há uma grande distinção. Da mesma forma, é diferente a concepção de cidadania que se tem na Alemanha ou na Europa em relação ao Brasil. Isto tem a ver não apenas pelas “regras que definem quem é ou não titular da cidadania, mas também pelos direitos e deveres distintos que caracterizam o cidadão em cada um dos Estados nacionais contemporâneos” (PINSKY, 2003, p. 9).

O conceito de cidadania acabou por sofrer inúmeras alterações, visto que situações que antes não eram aceitas, agora são incorporadas no conceito, a exemplo dos direitos igualitários das mulheres, negros, crianças e adolescentes. Assim sendo, pode-se conceituar cidadania diante de uma situação contextualizada, todavia, não de forma definitiva, pois este conceito também se liga, diretamente, às lutas e reivindicações de cada povo e ao pleno exercício da democracia.

Na definição do dicionário Aurélio, cidadania é a “qualidade ou estado de cidadão”. E cidadão é definido como o “indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um Estado, ou no desempenho de seus deveres para com este”. Também, segundo Pinsky:

Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo, ter direitos civis. É tam-

bém participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos. Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranqüila. Exercer a cidadania plena é ter direitos civis, políticos e sociais” (PINSKY, 2003, p. 10).

Visto sua origem e conceituação, e destacando sua posição basilar no que tange ao tema proposto, ou seja, o orçamento participativo, resta conectar o exercício adequado da cidadania com o cumprimento efetivo da política pública denominada orçamento participativo (OP).

A cidadania nada mais é que fornecer para a população os meios para efetivar seus direitos civis e exercer controle sobre as direções que sua região e seu governo tomarão. Neste contexto que inicia sua ligação com o orçamento participativo, visto que por meio dele cada um dos cidadãos porto alegrenses, independentemente da classe ou condição social, poderá elencar as prioridades de sua localidade e buscar, junto a seus pares, o direcionamento de recursos para esta finalidade.

A capital gaúcha tornou-se exemplo a ser seguido, quando outorga à sua população, cidadãos, mais que o poder de escolha dos seus governantes, mas sim, controle direito sobre os recursos que serão aplicados em sua região e em quais áreas serão feitos tais aportes. Tal iniciativa alça os cidadãos porto alegrenses a um patamar de exercício pleno da cidadania, indo além do que normalmente se permite aos cidadãos irem. “A prática da cidadania é essencial para a formação de uma identidade política baseada na solidariedade, autonomia e reconhecimento das diferenças, bem como para a obtenção da ação política efetiva, com a contribuição de cada indivíduo nas decisões que atinjam o bem-estar da comunidade” (VIEIRA, 2001, p. 53).

É via cidadania que se constrói uma política pública efetiva. Com a experiência promovida pelo OP, se dá o primeiro passo rumo a governos mais eficientes e voltados para o aprimoramento, sempre direcionados por aqueles que melhor compreendem tais necessidades, os cidadãos.

CONCLUSÃO

A breve análise proposta neste artigo perpassou pelas políticas públicas, conceituação, tipologia e função no sistema político-social.

Posteriormente, percebendo a sua essencialidade, optou-se por adentrar em um exemplo positivado no nosso dia a dia, visando a melhor elucidação do tema proposto, e finalmente ingressou-se no orçamento participativo de Porto Alegre, propriamente dito.

Através deste estudo, a fim de obter-se um desenvolvimento social qualificado, evidenciou-se a necessidade de políticas públicas eficazes e não apenas isto, que sejam uma construção do governo, juntamente a sociedade civil organizada.

A escolha do OP se mostra acertada, tendo em vista que se trata de política pública de excelência, que de forma concreta redistribui renda e recursos, como também, serve de instrumento de extinção às desigualdades sociais no município de Porto Alegre, como também, em muitos outros que optaram por adotar tão destacada política pública.

Por derradeiro, ingressou-se no cerne da questão, visualizando o exercício da cidadania como base fundante do sistema participativo do OP. Dando voz ao cidadão, bem como, outorgando-lhe meios de exercer suas vontades e necessidades, os municípios, a exemplo do caso de Porto Alegre, só tem a ganhar em desenvolvimento e respeito aos direitos individuais e coletivos. O cidadão, de fato, ajuda a construir sua cidade, como bem, denota o princípio da gestão democrática, descrito no Estatuto da Cidades.

Porto Alegre, com o orçamento participativo, serve de marco histórico na promoção de um maior desenvolvimento político-social e de pleno crescimento da cidadania. Este exemplo foi e continuará a ser seguido por todos os municípios que vislumbrem um futuro prospero, construído sob a base forte do governo e da atuação permanente da sociedade civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFONSIN, Betânia de Moraes; SALTZ, Alexandre ; FERNANDEZ, Daniel ; VIVAN FILHO, Gerson Tadeu Astolfi; FACCENDA, Guilherme; MULLER, Renata. **Das ruas de Paris a Quito: o direito à cidade na Nova Agenda Urbana - HABITAT III**. Revista de DIREITO DA CIDADE, v. 9, p. 1214-1246, 2017.

Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/29236/21259>> Acesso em 08/07/2020.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**. Conceito e evolução. Forense, Rio de Janeiro, 1996.

DOWBOR, Ladislau. **O que é poder local?** São Paulo, 2008.

FERNÁNDEZ, Antoni. **Las políticas públicas**. In: BADIA, Miguel C. (ed.) Manual de ciência política. 3º ed. Madrid: Tecnos, 2006.

GUERRA, Sidney. **Estado, Cidadania e Direitos Humanos**. São Paulo: Atlas, 2011.

HERMANY, Ricardo; Frantz, Diogo. **As políticas públicas na perspectiva do princípio da subsidiariedade: uma abordagem municipalista**. 2010. In *Gestão Local e Políticas Públicas*, de Hermany. Santa Cruz do Sul. Editora IPR, 2010.

HERMANY, Ricardo. **Município na Constituição: Poder Local no Constitucionalismo Luso-Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.

MARQUETTI, Adalmir. **Participação e Redistribuição: o Orçamento Participativo em Porto Alegre**. Porto Alegre: XAMA, 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Política nacional de plantas medicinais e fitoterápicos**. Brasília, 2006.

PINSKY, Jaime. **Prática de Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.

ROCA, Javier García. **El concepto de autonomía local según el bloque de la constitucionalidad**. *Reala – Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, Madrid: MAP – Ministerio de Administraciones Públicas / INAP – Instituto Nacional de Administración Pública, n. 282, p. 23-70, ene./abr., 2000, p. 49.

SÁNCHEZ, Félix. **Orçamento Participativo: Teoria e Prática**. São Paulo: Cortez, 2002,

SCHMIDT, João P. **Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão**. In: LEAL, R.; REIS, J.R. *Direitos sociais e políticas públicas* 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

SCHMIDT, João Pedro. **Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos.** In: REIS, J.R.; R.G. (org.) Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SILVA, Christian L.; SOUZA-LIMA, José E. **Políticas públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável.** São Paulo: Saraiva, 2010.

TEIXEIRA, Ana Claudia Chaves, 2002. **Orçamento Participativo: condição de implementação, medidas do êxito e formatos da experiência;** Seminário de Tiradentes, Tiradentes, mimeo.

VIEIRA, Listz. **Os argonautas da cidadania.** A sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro/São Paulo, Editora Record, 2001.

INTERFACES ENTRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A NOÇÃO DE GOVERNABILIDADE: A RESPONSABILIDADE FISCAL COMO INSTRUMENTO PARA A CONVALIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹

EDUARDA SCHILLING LANFREDI²

1. INTRODUÇÃO

O Estado, como ente detentor do monopólio político – jurídico, sempre se fez presente em nosso ordenamento, estipulando regras e determinando a forma com que as relações interpessoais seriam regidas e desenvolvidas.

Dessa forma, por relacionar-se, de forma estreita e direta, com o meio social, acabou sofrendo variadas transformações, ao longo do tempo, em seus propósitos e atribuições, em razão dos anseios e necessidades emanadas justamente do corpo social. No caso, transmutou-se de um Estado absolutista para um Estado que passou a perceber o indivíduo como sujeito de direito, abdicando, assim, da atuação desmedida e arbitrária, até então empregada.

Logo, como a sua finalidade transformou-se na tutela e preservação dos direitos fundamentais do homem, necessário que, havendo violação injustificada ou desarrazoada, além da adoção de posturas inadequadas, o Estado e seus representantes pudessem ser punidos.

1 Artigo escrito para o V Seminário Internacional de Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis realizado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais, no eixo temático Transparência e Participação na Gestão Pública.

2 Advogada, Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP, Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP, email: eslanfredi@hotmail.com.

Surgiu, assim, a ideia da responsabilidade estatal.

A responsabilidade, ainda que também tenha se modificado e adotado as mais diversas vertentes, desempenha papel significativo frente ao atual Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, no presente artigo será realizada, inicialmente, uma abordagem acerca da origem da responsabilidade, relacionando-a a alteração do agir estatal e ao reconhecimento dos direitos fundamentais e da sua importância.

Logo em seguida, demonstrar-se-á a relação existente entre a responsabilidade e os critérios de governança, governabilidade e accountability.

Ao final, verificar-se-á, através da pesquisa e de levantamento bibliográfico, se a instituição da responsabilidade fiscal em nosso ordenamento vincula, garante e até mesmo aperfeiçoa o próprio Estado Democrático de Direito.

2. A ORIGEM E A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE ESTATAL

O Estado, como ente hierárquico, sempre se fez presente em nosso ordenamento, estipulando regras e determinando a forma com que as relações interpessoais seriam regidas e desenvolvidas. (LANFREDI; LIMA, 2018, p. 72). Isto porque, como o indivíduo é um ser naturalmente social, pautado na necessidade de agrupar-se e de satisfazer os seus anseios, é imprescindível que um elemento externo imponha balizadores na atuação, por muitas vezes primitivas, do sujeito. (MALESTA, 2003, p. 46).

O Estado trata-se, portanto, do agente responsável pelo controle e pela organização da conduta praticada pelo sujeito de direito. (LANFREDI; LIMA, 2018, p. 72).

Ocorre que, embora determine as diretrizes necessárias e possibilite o pleno desenvolvimento social, através da imputação de sanções para aqueles que vierem a infringir limites comuns imprescindíveis a manutenção do bem estar coletivo, nem sempre atuou dessa forma. (LANFREDI; LIMA, 2018, p. 72).

O referido ente, quando da sua instituição e por muito tempo, não empenhou-se de forma a resguardar o sujeito e proporcionar proteção jurisdicional ao mesmo; agia de forma irregular, sem que qualquer sanção fosse lhe imposta pelos atos cometidos. Nesse período, vigorava a irresponsabilidade do Estado. (LIMA, 2007, p. 532).

Como a sua atuação concentrava-se, quase que exclusivamente, no domínio do poder econômico e territorial, na perpetuação do poder e na soberania de interesses financeiros, portava-se de forma desmedida, sem que qualquer elemento lhe impossibilitasse ou lhe gerasse consequências em razão dessa atuação.

A primeira concepção de Estado, na verdade, nasceu alicerçada na vontade absoluta e irrestrita dos monarcas, o poder emanado pelos soberanos era visto e compreendido de modo incontroverso, como se verdade absoluta fosse; de modo que tornava-se inviabilizado de ser alvo de quaisquer questionamentos, restrições ou violações. (STRECK; MORAIS, 2008, p. 45).

Nessa época, como as questões de ordem pública encontravam-se relacionadas com a moral e a religião, o monarca era percebido pela sociedade como um representante divino. Logo, os atos praticados por ele não possuíam qualquer limitador ou impedimento ao exercício da sua vontade. (STRECK; MORAIS, 2008, p. 45).

Conforme asseveram Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes:

O Estado, em sua primeira versão – absolutista – foi fundamental para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quanto esta, por razões econômicas “abriu mão” do poder político, delegando-o ao soberano, concretizando-se mutuais *mutatis*, aquilo que Hobbes sustentou no *Leviatã*.

Na virada do século XVIII, entretanto, essa mesma classe não mais se contentava em ter o poder econômico; queria, sim, agora, tomar para si o poder político, até então privilégio da aristocracia, legitimando-a como poder legal-racional, sustentado em uma estrutura normativa a partir de uma “Constituição” – no sentido moderno do termo – como expressão jurídica do acordo político fundante do Estado. (STRECK; MORAIS, 2008, p. 51).

Assim, o indivíduo, representando pela burguesia, passou a questionar o poder exercido pelo Estado, uma vez que por ser capaz de auto-determinar-se, inexistiria necessidade da atuação arbitrária por parte do ente hierárquico. O sujeito, portanto, passou a significar-se como indivíduo capaz de gerenciar as próprias relações e interesses e almejar, por derradeiro, o direito de liberdade, principalmente, a contratual, que até então era impedido pelo Estado.

Ou seja, o Estado detinha e controlava o poder, atuando de modo contrário aos interesses do homem, essencialmente em relação a anseios e expectativas contratuais. Acontece que essa interferência e limitação

por parte do ente hierárquico foi evoluindo de tal modo que se mostrou imprescindível estabelecer um contraponto entre a liberdade reivindicada e o absolutismo praticado. (BONAVIDES, 2007, p. 41/42).

A burguesia começou a instigar a população a pensar sobre o absolutismo monárquico e pleitear, por consequência, a legalização de direitos fundamentais, a transformação do direito natural em direito individual. (BONAVIDES, 2007, p. 41/42).

Dessa forma, diante deste desejo emanado pela sociedade e deste conceito por ela internalizado, surgiu o Estado de Direito Liberal. Esta classificação do Estado foi caracterizada pela submissão dos atos praticados pelo soberano à lei, inviabilizando que o mesmo violasse ou suprimisse as disposições almejados pelo corpo social.

A partir dessa transformação, o Estado passou a vincular-se a legislação, aderindo ao princípio da legalidade, codificando as condutas praticadas e utilizando a lei como justificativa para adotar certos comandos ou respaldar a inércia diante de dada situação, almejando, em ambos os casos, a garantia das liberdades individuais. (CADEMARTORI, 1999, p. 25/26).

O Estado de Direito Liberal, portanto, fundamentou-se na necessidade de regular e normatizar condutas sociais, através da codificação e da busca pelo formalismo do direito, limitando, assim, a atuação estatal, a fim de permitir o exercício das liberdades individuais. (NETTO, 2004, p. 33/34).

E foi justamente nesse período que, por intermédio do crescente desejo de participação e representação social do indivíduo, o Estado teve o seu papel substancialmente ressignificado, passando a ser pensada a sua responsabilização por eventual atuação incompatível ou irregular. Surgiu, assim, os primeiros ideais de responsabilidade estatal.

Destaca-se que essa responsabilidade acabou modificando-se de acordo com as próprias alterações do Estado de Direito, uma vez que com a transmutação de um Estado absolutista para um Estado que reconhece e tutela as garantias fundamentais, passando a utilizá-las como norte da própria atuação, ocasional excesso cometido deve ser balizado, coibido e punido.

Um dos casos mais emblemáticos que marcou o aparecimento, ainda que comedido, dessa noção de responsabilidade foi a decisão “arret Blanco”, julgada pelo Tribunal Des Conflits na França em 1873. (LIMA, 2007, p. 532).

O caso envolvia uma menina, chamada Agnes Blanco, que, ao atravessar a rua em frente a uma fábrica de tabaco, integrante da administração francesa, foi atropelada e ferida gravemente por um veículo pertencente a empresa. O pai, consternado com os sinistros ocasionados à filha, ingres-

sou com uma ação de reparação de danos, alegando que o Estado é civilmente responsável pelos atos praticados por seus agentes. (GOMES, 2016).

Ainda que tenha sido suscitado conflito de competência entre a jurisdição comum e a jurisdição administrativa, o Tribunal entendeu que a questão deveria ser solucionada pelo Tribunal administrativo, reconhecendo a possibilidade do Estado responder por atos praticados por seus prepostos. (GOMES, 2016).

Esse caso tornou-se um dos pilares do direito administrativo, já que trouxe, na ordem mundial, uma das primeiras situações de vinculação do Estado aos agentes por ele empregados; desencadeou a possibilidade daquele que presta serviços públicos ser autuado por eventual falha ou lesão cometida. (MEDAUAR, 1992).

No Brasil, a responsabilidade do Estado foi evoluindo de acordo com as transformações implementadas em nosso sistema, não sucedeu-se de forma inovadora, tampouco tardia. (SEVERO, 2009, p. 39).

Durante o período da Monarquia, a responsabilidade do ente detentor do monopólio político – jurídico ocorreu de forma quase que inexistente, uma vez que, assim como no ordenamento global, anteriormente referido, os comandos exarados pelo monarca eram compreendidos como regras e blindados, por derradeiro, de eventuais irresignações ou cominações legais.

Aqui, conforme explana Sérgio Severo, “o Estado é o Imperador”. (SEVERO, 2009, p. 40).

Apenas com o advento da Constituição Imperial de 1824 é que a responsabilidade pública começou a ser verificada, embora de forma sucinta, discreta e através apenas da figura do funcionário. A referida carta previa, em seus artigos 179, incisos XXII, XXVI e XXVII e 156, a responsabilidade quando da violação do direito de propriedade privada, de propriedade intelectual, da violação de correspondência e do excesso de atos cometidos por servidores públicos (Magistrados e Oficiais de Justiça). (SEVERO, 2009, p. 40/41).

No entanto, o Imperador ainda permanecia blindado e inviolável, inclusive sendo resguardado dessa absoluta ausência de responsabilização com expressa previsão constitucional, em seu artigo 99. (SEVERO, 2009, p. 42).

Portanto, nesse constitucionalismo, de acordo com Sérgio Saraiva:

O Brasil adotava a irresponsabilidade do Imperador e a responsabilidade do funcionário como regra, admitindo topicamente casos de indenização pública quando expressamente determinados pela Constituição. (SEVERO, 2009, p. 44).

A Constituição de 1891 não estabeleceu um tratamento diferenciado, tendo mantido a responsabilidade apenas na figura do funcionário público. O artigo 82 era claro ao afirmar que apenas os servidores seriam responsabilizados por eventuais excessos ou falhas cometidas no exercício de suas funções. (LIMA, 2007, p. 535).

Tão somente com o Código Civil de 1916 que a responsabilidade do Estado e das pessoas jurídicas de direito público passou a ter efetiva previsão legal. (SILVA, 2015, p. 313). A partir dessa codificação é que, conforme Ruy Cirne Lima:

A situação se alterou e as pessoas de direito público passaram a ser consideradas civilmente responsáveis por atos de seus representantes que, nessa qualidade, causassem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito, ou faltando a um dever prescrito por lei (art. 15). Iniciava-se, então, formalmente, pela definição do Código Civil, a regulamentação da responsabilidade do Estado e das pessoas jurídicas de direito público. (LIMA, 2007, p. 535).

Entretanto, apenas com a Constituição de 1934 é que o Estado passou a ser responsabilizado e, conseqüentemente, condenado de forma solidária pelos danos oriundos da culpa dos servidores públicos. Tal determinação foi reforçada pelas Constituições subseqüentes, promulgadas nos anos de 1937, 1946 e 1967, que acabaram introduzindo, inclusive, a responsabilidade objetiva do ente hierárquico. (SILVA, 2015, p. 314/315).

Acontece que, apenas com a Constituição Federal de 1988 é que, através da tomada de consciência doutrinária e jurisprudencial, a necessidade da responsabilização estatal consolidou-se. (SEVERO, 2009, p. 58).

Além das empresas jurídicas de direito público, as empresas privadas, como concessionárias, passaram a responder pelos atos praticados por seus agentes³, inclusive sendo dispensada a comprovação de culpa. Isto é, a responsabilização pelos atos cometidos começou a suceder-se de forma objetiva.⁴

3 Art. 37 CF. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

4 Art. 43 CC/2002. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente

Aqui, conforme refere Almiro de Couto e Silva:

A simples existência denexo causal ou, mais tecnicamente, de causalidade adequada, entre a ação do Poder Público e o dano produzido no particular é suficiente para determinar a responsabilidade do Estado. (SILVA, 1982, p. 7).

Dessa forma, pode-se verificar que a responsabilidade do Estado foi evoluindo e fundamentando-se nas alterações sociais que aconteceram ao longo do tempo, bem como nas próprias modificações do Estado de Direito.

Conforme anteriormente referido, o Estado, impositivo e supremo em sua concepção original, passou a primar pelos direitos fundamentais do indivíduo e instituir limites para sua atuação, a fim de evitar a ocorrência de agires imotivados e desproporcionais.

Assim, pode-se dizer que a responsabilidade do Estado guarda estreita relação com o advento do Estado Democrático de Direito, visto que esse sistema passou a pregar pelo equilíbrio entre o direito público e o direito privado, passou a reconhecer o sujeito como detentor de garantias individuais e a instituir a ideia de cidadania e de participação popular como instrumentos aliados e indispensáveis a convalidação da democracia. (NETTO, 2004, p. 37).

Logo, a responsabilidade acabou por fortalecer o próprio Estado, já que ao restringir o poder estatal, através da submissão dos atos ao ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que se institui a ideia da importância da participação do sujeito como agente que auxilia nos atos de controle, poder e gestão do Estado, surge um contraponto entre o Estado e o cidadão. (BARROSO, 2012, p. 25).

Ou seja, reconhece-se que o Estado é imprescindível para a manutenção e organização social, possibilitando que atue de forma a vincular os sujeitos integrantes desse ordenamento, mas não se outorga capacidade irrestrita de atuação, uma vez que o agir deve ser norteado pelas necessidades sociais. (MOREIRA, 2010, p. 80/81).

Até porque, conforme explana Egon Bockmann Moreira, “o agente que não cumprir os mandamentos de sua função administrativa estar-se-á comportando em oposição ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito”. (MOREIRA, 2010, p. 84).

responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

E é nesse ponto, quando se atesta a importância da existência da responsabilidade do Estado para a garantia e para o desenvolvimento social é que irá emergir a relação entre responsabilidade e governabilidade.

3. INTERFACES ENTRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A NOÇÃO DE GOVERNABILIDADE: A RESPONSABILIDADE FISCAL COMO INSTRUMENTO PARA CONVALIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conforme verificado acima, o Estado, ante as transformações sociais ocorridas, necessitou adaptar-se as novas demandas e anseios emanados do contexto social, criando, dessa forma, uma nova maneira de controle e de agir governamental.

No caso, como o sujeito passou a atuar e participar de modo ativo e direto das ações tomadas, uma vez que destinatário do poder do Estado, os atos exercidos pelo ente começaram a ser revestidos de caráter eminentemente público.

Assim, a atuação do Estado necessitava atender a finalidade para qual fora instituída, sob pena de responsabilização, já que o indivíduo, por acompanhar a gestão, poderia pleitear a imputação de sanção pelo excesso ou omissão praticada.

Nessa conjuntura surge a noção de governança e governabilidade.

A governança é compreendida como a capacidade do Estado implantar e internalizar políticas públicas (TORRES, 2016, p. 161), além de administrar, planejar e cumprir as funções, atingindo os resultados pretendidos de forma objetiva e eficiente ao bem comum. Trata-se, portanto, da capacidade técnica do Estado. (NASCIMENTO; RIBCZUK, 2017, p. 222).

A governabilidade, por sua vez, é a capacidade da tomada de decisão por parte do Estado, a aptidão para fazer com que a sociedade sintasse devidamente representada e legitimada pela gestão exercida. Trata-se, em suma, da capacidade política, que, através da outorga promovida pelo indivíduo da sua capacidade de atuação, legitima o representante estatal. (NASCIMENTO; RIBCZUK, 2017, p. 224).

Logo, se a sociedade não se sente representada, pode-se dizer que a mesma, ante a ausência de legitimidade de seus governantes, carece de governabilidade. (TORRES, 2016, p. 156/157).

De todo modo, para que ambos os conceitos possam promover o pleno desenvolvimento social e atenderem, por consequência, os

propósitos do Estado Democrático de Direito, é imprescindível que a atuação seja pautada nos valores da transparência e da accountability. (NASCIMENTO; RIBCZUK, 2017, p. 225/226).

Isto é, que as obrigações sejam prestadas de modo claro, que possam ser acompanhadas pelos cidadãos e que sejam passíveis de responsabilização por eventual dano causado. (NASCIMENTO; RIBCZUK, 2017, p. 224).

A accountability, portanto, é o dever que o Estado tem em prestar contas dos serviços efetuados, através da avaliação e da discriminação da administração realizada. (NASCIMENTO; RIBCZUK, 2017, p. 224).

Conforme sustenta Hely Lopes Meirelles:

A prestação de contas é obrigação indeclinável de todo e qualquer que administra bens, valores ou dinheiro público. É decorrência natural da administração como atividade exercida em relação a interesses alheios. Se o administrar corresponde ao desempenho de um mandato de zelo e bom emprego do patrimônio de outrem, manifesto é que quem o exerce deverá contas ao proprietário. No caso do administrador público, esse dever ainda mais se alteia porque a gestão se refere a bens e interesses da coletividade e assume o caráter de um múnus público, isto é, de um encargo para com a comunidade. Daí o dever inescusável de todo gestor da coisa ou dinheiro público – funcionário ou simples cidadão – de prestar contas de sua aplicação. (MEIRELLES, 1973, p. 30).

Esse conceito configura-se como um elemento fundamental para a convalidação da democracia representativa – característica do atual Estado de Direito, uma vez que, no momento em que o indivíduo transfere a sua capacidade para um representante estatal e social, as atividades desempenhadas por este devem justificadas, já que atua apenas em caráter de substituição. (TORRES, 2016, p. 163). Ou seja, como foram legitimados pelos cidadãos a eles devem reportar-se acerca das condutas e posturas adotadas. (NASCIMENTO; RIBCZUK, 2017, p. 226).

Até porque, segundo Norberto Bobbio:

Uma vez conquistado o direito à participação política, o cidadão das democracias mais avançadas percebeu que a esfera política está por sua vez incluída numa esfera muito mais ampla, a esfera da sociedade em seu conjunto, e que não existe decisão política que não esteja condicionada ou inclusive determinada por aquilo que acontece na sociedade civil. (BOBBIO, 1987, p. 156).

Desta forma, os atos praticados pela autoridade pública e seus representantes devem ir de encontro aos propósitos sociais, devendo serem norteados pela legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, visto que os princípios que regem o direito administrativo são imprescindíveis para a convalidação tanto da governança, quanto da governabilidade. (MILESKI, 2003, p. 38).

Caso não venham a ser executados dessa forma, serão passíveis de responsabilização, já que, conforme anteriormente referido, o Estado deve cumprir com o papel para o qual foi instituído. Essa responsabilização poderá ocorrer de forma vertical e horizontal.

A responsabilização vertical se dá quando as consequências são emanadas pela própria sociedade civil, através dos cidadãos, pelo voto, ou dos meios de comunicação, enquanto a responsabilização horizontal junto aos agentes de controle e demais poderes. (NASCIMENTO; RIBCZUK, 2017, p. 229).

Aqui, na responsabilização horizontal, pode-se trazer a responsabilidade fiscal como exemplo, visto que, se dentre os objetivos do Estado está a correta destinação das finanças públicas como forma de suprir as necessidades sociais, a má administração dessas receitas deverá ser coibida e punida pelos entes competentes. (PAZZAGLINI FILHO, 2001, p. 14).

A responsabilidade fiscal encontra respaldo na Lei Complementar n.º 101. Essa lei foi instituída em razão da crise econômica que se instaurou no país na década de 80 e início da década de 90 e que ocasionou o aumento significativo da inflação, além de um desequilíbrio no sistema financeiro. (MILESKI, 2003, p. 63).

Dessa forma, a fim de que o Estado pudesse se reestabelecer e retomar, por consequência, a sua capacidade e autonomia fiscal, necessário se fez que determinadas políticas públicas de reajuste fossem adotadas; assim, surgiu a Lei de Responsabilidade Fiscal. (MILESKI, 2003, p. 63).

A Lei Complementar n.º 101, de acordo com Eduardo Canelos Saboia Lima:

Uma norma que resultou do Programa de Estabilidade Fiscal (PEF) e que procurou estabelecer os princípios fundamentais e normas gerais das finanças públicas, assim como, buscou-se diminuir o déficit público e a estabilização do montante da dívida pública em relação ao Produto Interno Bruto (PIB), de modo a instaurar um novo regime fiscal no país, inovando estruturalmente a Administração Pública e obedecendo todos os comandos constitucionais e seus respectivos princípios. (LIMA, 2019, p. 77).

A legislação, portanto, estabeleceu limites de gastos com despesas e dívidas, instituindo mecanismos que possam controlar receitas e despesas, como aqueles atinentes a saúde e ao próprio endividamento público, a fim de que a gestão fiscal possa ser saudável, estável e responsável. (MILESKI, 2003, p. 64).

Ocorre que no que diz respeito a possibilidade de limitação das despesas havidas com saúde, recentemente, foi observada uma controvérsia nesse sentido. Isto porque, em 2016 houve a aprovação da Emenda Constitucional de n.º 95 que determinou o congelamento dos gastos públicos pelo período de 20 anos e a impossibilidade de superarem a média da inflação. (LIMA, 2017, p. 183/187).

Essa alteração legislativa acabou sendo alvo de inúmeras críticas, em razão de inviabilizar a plena atuação estatal, ante a insuficiência dos recursos imprescindíveis para tanto, inclusive tendo sido alvo da interposição de algumas ações diretas de inconstitucionalidade, dentre elas as propostas por parte do PDT e PSOL e que se encontram em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal sob os n.º 5658 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017a) e 5680 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017b), respectivamente.

Contudo, foi identificada como um instrumento viabilizador da Lei de Responsabilidade Fiscal, já que tem como propósito impedir o superendividamento e, através da reestruturação orçamentária, possibilitar que as demandas sociais sejam efetivamente atendidas. (LIMA, 2017, p. 183/187).

Assim, a Lei de Responsabilidade Fiscal, juntamente com os seus desdobramentos, como o acima mencionado, e a Lei n.º 4.320/64, que institui normas gerais do direito financeiro para elaboração e controle dos balanços e orçamentos dos entes federados⁵, representam os maiores diplomas de controle econômico e organizacional do nosso sistema.

Enquanto uma estabelece as necessidades sociais, a outra, ao limitar os gastos públicos, perfectibiliza as atividades a serem desenvolvidas e atendidas pelo Estado. (MILESKI, 2003, p. 70).

É importante destacar que a responsabilidade fiscal plena foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro há pouco tempo, tendo a sua regulamentação sido influenciado pela ocorrência de eventos e elementos externos. No caso:

5 Art. 1º Esta lei estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, de acordo com o disposto no art. 5º, inciso XV, letra b, da Constituição Federal.

- a) o Tratado de Maastricht entabulado na União Europeia e que instituiu mecanismos de ajustes fiscais e punições aos Estados Membros;
- b) o Budget Enforcement Act, firmado nos Estados Unidos nos anos 1990, que fixou metas fiscais e limites de gastos orçamentários;
- c) o Fiscal Responsibility Act, entabulado na Nova Zelândia em 1994, que delimitou a obrigatoriedade de emissão de declarações por parte da Fazenda, a fim de viabilizar a transparência das estratégias e metas fiscais assumidas. (MILESKI, 2003, p. 63).

Entretanto, ainda que tenha sido internalizada posteriormente ao sistema global, foi instituída com a mesma finalidade de determinar diretrizes fiscais e orçamentárias, possibilitar o acompanhamento por parte do cidadão e estabelecer sanções para a hipótese de desvio de finalidade ou atuação equivocada por parte do representante estatal.

Aqui o indivíduo pode observar os atos praticados pela gestão pública, através da prestação de contas realizada pelo Estado e disponibilizada nos meios eletrônicos, como o portal da transparência. As contas devem ser apresentadas, por intermédio de um relatório resumido de execução orçamentária, realizado bimestralmente, e de um relatório de gestão fiscal, realizado há cada 04 meses e onde são apontadas variações sujeitas a limitação, como dívidas e operações de crédito. (PAZZAGLINI FILHO, 2001, p. 39).

Esses balanços são remetidos para o Tribunal de Contas, a fim de que sejam analisados, uma vez que estes se tratam de um dos órgãos responsáveis pelo controle externo dos atos da administração. (PAZZAGLINI FILHO, 2001, p. 41).

Destaca-se que o controle da atividade estatal pode suceder-se de maneira interna, quando a própria administração controla os atos realizados, podendo anulá-los e revogá-los, ou de modo externo, quando um órgão é responsável pela verificação das atribuições exercidas pelo outro. (MILESKI, 2003, p. 140/141).

Nesse caso, sendo constatada qualquer irregularidade, as contas serão rejeitadas e o processo para responsabilização do Estado e seus representantes será investigado, sendo os mesmos, em caso de confirmação dos danos, sujeitos a imposição de sanções penais, civis e administrativas. (MILESKI, 2003, p. 140/141).

Essas penalidades encontram previsão nos artigos 359 – A a 359 H do Código Penal, no Decreto Lei 2017/67, que apura crime de responsabilidade cometido por prefeito e vereador⁶, e na Lei 10.079/50,

6 Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao

que apura crimes de responsabilidade cometido pelo Presidente da República, Governador, Ministro do Supremo Tribunal Federal e Procurador Geral da República⁷.

Um dos casos mais emblemáticos acerca da incidência da Lei de Responsabilidade Fiscal foi o impeachment sofrido pela então Presidente Dilma Rousseff que, em 2016, foi afastada da função exercida, em face da constatação de crime contra a lei orçamentária ao ter operado de forma irregular na abertura e movimentação de crédito. (SENADO FEDERAL, 2016).

Dessa forma, percebe-se que, independentemente da irregularidade verificada e da sanção aplicada, a Lei da Responsabilidade Fiscal acaba convalidando as noções de governança, governabilidade e accountability, já que pressupõe a necessidade de transparência na gestão e imputa, ainda que tacitamente, a obrigação do Estado e de seus representantes cumprirem com os propósitos para quais foram destinados, sob pena de incorrerem em punição em caso de excesso ou omissão.

Conforme sustenta Hélio Saul Mileski:

A transparência fiscal se revela como um mecanismo democrático que busca o fortalecimento da cidadania, servindo de pressuposto do controle social e forma de valorar e tornar mais eficiente o sistema de controle das contas públicas, na medida em que enfatiza a obrigatoriedade de informação ao cidadão sobre a estrutura e as funções de governo, os fins da política fiscal adotada, qual a orientação para elaboração e execução dos planos de governo, a situação das contas públicas e as respectivas prestações de contas. (MILESKI, 2003, p. 103).

Portanto, verifica-se que o advento da responsabilidade e as modificações de suas atribuições, ao longo do tempo, restaram por convalidar o princípio democrático e o próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que, ao primar pela participação popular e outorgar ao indivíduo a capacidade de controlar e legitimar os representantes estatais, imputando a esses sanções em casos de adoção de condutas inadequadas, a finalidade para qual o Estado foi instituída resta sendo efetivamente cumprida.

juízo do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores.

7 Art. 2º Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República.

Ou seja, a gestão pública passa a ser exercida de forma acertada, transparente, eficaz e que prioriza, legitima e resguarda os direitos e garantias fundamentais do indivíduo e da ordem democrática.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O surgimento da responsabilidade estatal trata-se de um dos marcos da transformação do Estado, uma vez que introduziu a necessidade das condutas adotadas pelo ente e seus representantes serem ressignificadas.

Isto porque, instituiu a obrigatoriedade do Estado cumprir com as atribuições que lhe são próprias, sendo possibilitada a imputação de cominações legais em caso de desvio de finalidade ou atuação incongruente e contrária aos preceitos e garantias fundamentais do sujeito de direito.

Dessa forma, para que estas cominações não se convalidem, o agir e o controle estatal passaram a serem norteados pelos ideais de governança, governabilidade e accountability. Ou seja, a atuação começou a suceder-se de forma técnica, transparente e que faça com que o cidadão – agente responsável pela legitimação do Estado e seus representantes, sintam-se devidamente representado.

Logo, quando se significou e se compreendeu o indivíduo e a sua capacidade de participação popular imprescindível para a organização e manutenção social, o agir do Estado foi transformado e os princípios fundamentais e democráticos passaram a ser, verdadeiramente, efetivados.

No caso, o Estado, por intermédio da noção de responsabilidade, começou a cumprir com a função social que lhe é inerente e a tutelar pelo sujeito que o legitima, através da observância e do atendimento aos direitos fundamentais do homem e da ordem democrática.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política** – 11ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social – 8ª ed.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

GOMES, Diego André Varjão Costa. **A evolução histórica da responsabilidade do Estado.** 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46378/a-evolucao-historica-da-responsabilidade-do-estado>. Acesso em: 02 de nov. de 2019.

LANFREDI, Eduarda Schilling Lanfredi; LIMA, Rodrigo Rosa de. **O princípio da autonomia privada e da mínima intervenção estatal à luz do direito de família contemporâneo.** In: ROSA, Conrado Paulino da; IBIAS, Delma Silveira; THOMÉ, Liana Maria Busnello (Org.) *Temas atuais no direito de família e sucessões.* Porto Alegre: IBDFAM, 2018.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes. **Novo regime fiscal: implicações, dificuldades e o papel do TCU.** In: *Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público*, ano XIX, n.º 103, maio/junho 2017. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LIMA, Eduardo Canelos Saboia. **Primeiras linhas sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal na esfera constitucional.** In *Revista de Direito Constitucional e Internacional – ano 27, vol. 112, mar.-abr. 2019.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo – 7ª ed.** revista e elaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A sociedade e o estado: introdução sociológica ao estudo do direito público – tradução Lúcia Amélia Fernandes Baz e Maria Sicília Damiano.** Campinas: LZN Editora, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Serviço público.** 1992. Disponível em: <file:///C:/Users/Windows/Downloads/45285-99336-1-PB.pdf>. Acesso em: 02 de nov. de 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **A administração pública e seus controles.** 1973. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/38799/37538>. Acesso em: 30 de out. de 2019.

MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999** – 4ª ed. atualizada, revista e aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

NASCIMENTO, Arthur Ramos do; RIBCZUK, Paula. **Governança, governabilidade, accountability e gestão pública: critérios de conceituação e aferição de requisitos de legitimidade**. 2017. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/10112>. Acesso em: 24 de nov. de 2019.

NETTO, Melnick de Carvalho. **A Hermenêutica Constitucional Sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. In Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (coord.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Crimes de responsabilidade fiscal: atos de improbidade administrativa por violação da LRF**. São Paulo: Atlas, 2001, p.14.

SENADO FEDERAL. **Sentença do impeachment**, 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/08/31/veja-a-sentenca-de-impeachment-contradilma-rousseff>. Acesso em: 22 de nov. de 2019.

SEVERO, Sérgio. **Tratado da responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Almiro do Couto e. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Partido questiona incidência do teto dos gastos públicos nas despesas com educação e saúde**, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337949&caixa-Busca=N>. Acesso em: 28 de out. de 2019a.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Nova ADI questiona emenda que estabeleceu teto dos gastos públicos**, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=340701>. Disponível em: 28 de out. de 2019b.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Roberto Dutra. **Governabilidade, governança e poder informal: um problema central de sociologia política**. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/civitas/v16n1/1984-7289-civitas-16-01-0153.pdf>. Acesso em: 20 de nov. de 2019.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO EM AMBIENTE VIRTUAL ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA

ANA LUIZA LIZ DOS SANTOS¹
LUCAS MORESCHI PAULO²

1. INTRODUÇÃO

Desde o firmamento da pedra da democracia, na antiga Grécia de Clístenes, Sólon e Sócrates, se concluiu que a melhor forma de trazer o caráter *Demo* (povo) ao exercício da *Kratia* (poder) era a partir da parti-

-
- 1 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade: Interesses Públicos *versus* Interesses Privados, coordenado pelo Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Assessora Jurídica (Cargo em Comissão) em Gabinete de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1213105149446784>. E-mail: analuizaliz.s@hotmail.com.
 - 2 Advogado. Bacharel e Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Bolsista do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Colisão de Direitos Fundamentais e o Direito como Argumentação do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP, coordenado pelo Prof. Dr. Anizio Pires Gavião Filho, e pesquisador dos Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Reflexões acerca do problema do critério normativo e sua determinação vinculante: entre a casuística e o padrão decisório (justiça x igualdade), coordenado pelo Prof. Dr. Maurício Martins Reis, e do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito: da academia à prática, coordenado pelo Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, todos do PPGD da FMP e vinculados no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4330914363996350>. E-mail: lucasmoreschipaulo@gmail.com.

cipação direta dos cidadãos atenienses ao fórum de discussão da política, nos altos da Acrópole, para que, em comunhão e igualdade, decidissem os rumos da *Pólis* (da Cidade-Estado).

Diante do constante processo de desenvolvimento e evolução das sociedades contemporâneas, e com o simultâneo acompanhamento da sociedade e do ambiente digital, novos mecanismos foram sendo criados para suprir o distanciamento dos cidadãos do fórum de discussão política. Na contemporaneidade, o desenvolvimento e o avanço tecnológico são realidades incontestáveis. A Era Digital e a Sociedade da Informação são frutos desta evolução, e promovem constantemente uma reestruturação das relações pessoais, sociais, econômicas, políticas e culturais

Ocorre que, seja por um enfraquecimento do ser frente à multidão de seres em um determinado país, seja por falta de instrução, formação e informação, há poucos anos se vivenciava uma rotineira cegueira deliberada e pandêmica sobre os rumos da política. Entre 2010 e 2012 o mundo vivenciou uma revolução da informação. Foi através da *internet* que a Primavera Árabe destronou regimes autocráticos que estavam imperando nos países árabes desde o final da Guerra Fria, ou ainda anteriores ao marco histórico. A *internet* foi o meio, o fórum de discussão e o veículo da informação que permitiu às pessoas que conhecessem suas realidades a partir do que elas verdadeiramente eram, tiranias. Foi através da *internet* que os manifestantes árabes se mobilizaram para marcar os locais de resistência, e só graças à *internet* conseguiram derrubar os regimes despóticos, autoritários e injustos.

Fato é que nos ambientes virtuais, como em todas as esferas, a realização de direitos fundamentais torna-se objeto de importante e necessária atenção, justamente pela intensidade e velocidade que os processos ocorrem nos ambientes digitais. Especificamente sobre o direito fundamental à liberdade de expressão, tem-se que, em uma democracia, as garantias relacionadas à livre manifestação são amplas e abrangentes. Para além desta realidade, o ambiente virtual potencializa a força e a abrangência deste direito fundamental, e a *internet*, como que em perfeita harmonia com esta garantia constitucional, permite a sua realização de modo praticamente instantâneo.

A partir de então, começam a surgir interrogações relacionadas com o impacto e o significado desta realidade para o direito, sobre os mecanismos para que haja proteção e efetivação da liberdade de expressão (aquela utilizada na *internet*), bem como sobre se é possível encarar esta liberdade de expressão como uma ramificação do direito de que todos os cidadãos têm à participação política.

Um dos principais desafios decorrentes da necessária conexão entre a Era Digital e a garantia fundamental à liberdade de expressão está no afloramento de um sentimento de que tudo é permitido, na possibilidade de anonimato e, muitas vezes, na sensação de impunidade que fomentam a disseminação de notícias falsas, a partir de uma distorção do que é o direito fundamental à liberdade de expressão. Diante desse contexto, objetiva-se analisar a relação entre a liberdade de expressão e o ambiente virtual como meio adequado para a participação igualitária e democrática na coisa pública, bem assim os mecanismos para a efetivação da liberdade de expressão enquanto direito fundamental à participação democrática, contudo, sem olvidar dos fatos problemáticos que a ampla garantia à liberdade de expressão acoberta, como o *cyberbullying*, a importunação e, dentre outros, mais relevante ao presente estudo, o fenômeno das *fake news*.

A partir desta realidade posta, portanto, e buscando enfrentar esta temática, o presente estudo se propõe a apresentar, através do método dedutivo de pesquisa bibliográfica, em um primeiro momento, uma descrição da conjuntura da Sociedade da Informação, do seu surgimento ao seu impacto na complexidade da contemporaneidade, bem como de que formas o seu desenvolvimento e evolução transformaram as relações sociais, pessoais, econômicas, políticas e culturais. Na sequência, apresentam-se noções sobre o direito fundamental geral de liberdade e o direito fundamental específico da liberdade de expressão, previstos ao longo do rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, bem como a partir de quais perspectivas ele pode ser considerado amparado ou relativizado. Finalmente, com o intuito de reunir as duas temáticas, se propõe a traçar considerações sobre a ciberdemocracia, o risco, a liberdade de expressão e as *fake news* na contemporaneidade.

2. SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E A COMPLEXIDADE DA MODERNIDADE

O final do século XX representou um “raro intervalo na história” (CASTELLS, 2005a, p. 67), a partir da transformação da cultura material pelos mecanismos de um novo paradigma tecnológico, isto é, o mundo está, cada vez mais, sendo integrado em redes globais de instrumentalidade, a partir das novas tecnologias da informação. Diante desse cenário, tem-se que os primeiros passos históricos da Sociedade da Informação são caracterizados pelo princípio organizacional da preeminência da identidade (CASTELLS, 2005a, p. 57).

A expressiva transformação estrutural que o mundo está vivenciando decorre de um processo multidimensional, a partir da necessidade deste novo paradigma tecnológico, baseado nas tecnologias de comunicação e de informação (CASTELLS, 2005a, p. 107). A Sociedade da Informação é, portanto, resultado de uma realidade em que as informações fluem a nível expressivo de quantidade e de velocidade, de modo que adquirem fundamentais valores sociais e econômicos. Isso significa que o cenário da Sociedade da Informação tem por consequência uma significativa transformação das organizações sociais, pessoais e econômicas e é por isso que representa um novo paradigma técnico-econômico (TAKAHASHI, 2000, p. 3-4).

O novo paradigma tem por primeira e principal característica o fato de que a informação é sua matéria-prima, isto é, as tecnologias agem sobre as informações, e não apenas ao contrário. Ademais, caracteriza-se pela penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias, bem como pela lógica das redes, pela sua flexibilidade e pela convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado (CASTELLS, 2005a, p. 107-109).

Além da informação como matéria-prima, a flexibilidade, que corresponde a uma das características-base do novo paradigma, é por muitos considerada o elemento que fundamenta de forma mais substancial as especulações positivas da Sociedade da Informação. Essa percepção se deve ao fato de que é a flexibilidade que incorpora a ideia de aprendizagem e, conseqüentemente, fundamenta as expectativas de frequente adaptação dos usuários, inserindo o contínuo aperfeiçoamento intelectual e técnico como requisito da Sociedade da Informação (WERTHEIN, 2000, p. 73-74).

A partir de um enfoque metodológico, as tecnologias disruptivas são aquelas que rompem com os atuais modelos tecnológicos e produtivos de uma maneira extremamente brusca, de modo a modificar a própria sociedade. Neste cenário, uma regulação inicial de novas tecnologias deve ser voltada para a garantia da segurança do usuário e do respeito às liberdades fundamentais (MENDONÇA, TONETTO, 2020, p. 29). A relação entre modelos disruptivos e Direito ocorre em três etapas as quais, justamente pela intensidade do desenvolvimento tecnológico, podem ocorrer em um espaço de tempo curto e de um modo significativamente intenso (FEIGELSON, 2018, p. 163). A primeira etapa está relacionada com a forma como as dinâmicas se inserem exatamente nas lacunas de ausência de regulamentação. A segunda etapa, por sua vez, compreende ao impacto que ocorre entre os modelos existentes e as novas dinâmicas, provocando tensões que inevitavelmente são levadas ao Poder Judiciário. Por fim, a terceira etapa corresponde ao momento em que o Estado e o Direito passam a se adaptar à nova realidade.

O constante processo de desenvolvimento e evolução da Sociedade da Informação faz com que também evoluam as relações sociais e o ambiente digital e, portanto, o cenário decorrente da Sociedade da Informação tem por outra significativa consequência a reestruturação das relações pessoais, sociais e econômicas com base nos fluxos de conhecimento e de informação. Ademais, para além de tornar mais complexas as relações sociais, econômicas, culturais e políticas, o desenvolvimento e o avanço da Sociedade da Informação criaram significativas alterações nas concepções de espaço e tempo. Essa constatação se deve ao fato de que o virtual usa novos espaços e novas velocidades, originando novas problematizações, ao mesmo tempo em que deixam de existir as noções de território, de domínio e de espera (BORGES, 2000). O acesso à informática, cada vez mais crescente, corresponde ao avanço da comunicação, uma vez que, os computadores apresentam a possibilidade de transmissão das informações de uma forma extremamente veloz, ao passo que a interligação dos computadores por redes faz com que os seus efeitos ultrapassem o seu âmbito restrito, alcançando uma transmissão global, com velocidade ímpar (LIMBERGER, 2007, p. 51).

Ademais, uma vez que o amplo desenvolvimento tecnológico da atualidade tem, inevitavelmente, um reflexo significativo nas relações humanas, as ciências jurídicas e sociais não podem ficar à margem destas transformações. Em verdade, as transformações ocorridas como reflexo do avanço tecnológico têm ampla relação com o Direito, e é nesse cenário que se origina o Direito Digital, o qual corresponde a um microsistema jurídico que se desenvolve constantemente, na medida e na mesma proporção em que se desenvolve a tecnologia (BRANT; REINALDO FILHO, 2020, p. 26).

Uma forte ligação é despontada entre as inovações tecnológicas e o direito de acesso à informação, pois é justamente o avanço tecnológico que torna possível que se proponha uma generalização do direito de acesso, a partir do momento em que elas suprimem os obstáculos físicos que, no passado, tornavam significativamente difíceis e, muitas vezes, impossíveis os acessos múltiplos, à distância e atemporais (RODOTÀ, 2008, p. 69). Diante desta perspectiva, o direito de acesso compreende a face dinâmica de um direito à informação (RODOTÀ, 2008, p. 73).

Rodotà (2008, p. 111) ainda entende ser necessário o questionamento sobre quem são os indivíduos que as tecnologias da informação e da comunicação fazem emergir, bem como de que modo ocorre a sua construção. Para tal, a despeito de uma sociedade da vigilância total ou de uma sociedade da liberação total, questiona: “devemos nos concentrar na multiplicação de sistemas e ocasiões de controle ou na liberdade anárquica

que se encontra (ou que se espera encontrar) nas redes?”. Diante do questionamento, o jurista italiano depreende que necessariamente a resposta deve começar a ser construída a partir de um outro questionamento, qual seja, se, no contexto das tecnologias da informação e da comunicação, tudo que é tecnicamente possível é politicamente e socialmente aceitável e, ainda, eticamente admissível e juridicamente lícito (RODOTÀ, 2008, p. 142).

Na concepção de Stefano Rodotà (2008, p. 25), a elaboração, por si só, de um sistema de contenção de poder dos computadores em relação às suas particulares modalidades de utilização não é suficiente. Em verdade, muitas vezes adota-se uma visão ingênua sobre o determinismo tecnológico, no sentido da ideia de que as transformações em direção à Sociedade da Informação são resultado da tecnologia e simplesmente seguem uma lógica técnica e neutra, que são indiferentes aos fatores sociais e políticos. No entanto, é necessário afastar este posicionamento equivocado, e sedimentar a ideia de que os processos sociais e a transformação tecnológica “resultam de uma interação complexa em que fatores sociais pré-existentes, a criatividade, o espírito empreendedor, as condições da pesquisa científica afetam o avanço tecnológico e suas aplicações sociais” (WERTHEIN, 2000, p. 72). É essencial que sejam analisadas todas as potencialidades de seu uso para, assim, ligá-las aos mais diversos significados que possam assumir no contexto e no conjunto do sistema político (RODOTÀ, 2008, p. 25).

Fato é que, “mudam os tempos, transforma-se a democracia” (RODOTÀ, 2008, p. 141), uma vez que a Sociedade da Informação corresponde a uma trama singular, dotada de novas possibilidades e antigos modelos. Nesse contexto, ao vislumbrarmos as grandes utopias positivas e negativas (distopias) do século XX, o mundo atual caracteriza-se profundamente por um conjunto de técnicas da comunicação, as quais mudaram a sua fisionomia e a sua dimensão. Isso significa dizer que a vida privada, o mercado e a democracia transformam-se diariamente, pois o mundo atual passa a ser caracterizado por um conjunto de técnicas da comunicação, as quais transformam a sua dimensão, pois “falamos cada vez mais frequentemente de um mundo sem fronteiras, deslocalizado, globalizado” (RODOTÀ, 2008, p. 141-142).

Outrossim, diante da tendência do avanço tecnológico, vai sendo clareada a relação instituída entre indivíduos e informações, ou melhor, entre interesses dos indivíduos e modalidades de circulação de informações. Em assim sendo, o direito de “ver divulgadas determinadas notícias (o *information right*) amplia-se rumo a um *right to democracy*, identificando-se, sem maiores entraves, o caráter democrático de um sistema com a quota de informações relevantes que circulam no seu interior” (RODOTÀ, 2008, p. 45).

Além disso, uma vez que a democracia tem por alguns de seus elementos centrais as discussões, os confrontos de ideias e a pesquisa, a realidade da Sociedade da Informação submete novos desafios à democracia, pois “a *internet* se mostra, ao mesmo tempo, como o exemplo significativo e a metáfora mais poderosa de um mundo novo, de uma nova ordem” (RODOTÀ, 2008, p. 142). Isso porque, de um lado, o desenvolvimento tecnológico oferece ao ambiente democrático a possibilidade de coletar qualquer informação sobre os cidadãos, sob o argumento de que tudo pode ser útil, por exemplo, para a tutela da segurança, da saúde, mas, de outro lado, “a democracia é também sobriedade, até mesmo renúncia, quando pode existir um risco para a liberdade dos cidadãos” (RODOTÀ, 2008, p. 162).

O caminho a ser trilhado deve ser no sentido de um balanceamento de posições, no sentido de que as tecnologias da informação tornem possível o conhecimento por parte dos cidadãos, mas não a sua manipulação. Para usufruir das oportunidades do “novo mundo” que, em verdade, corresponde ao “atual mundo”, é necessário o desenvolvimento de políticas públicas adequadas e a consciência de que, uma vez que as tecnologias suprimem as noções de tempo e espaço, devem ser reconstruídas as ideias de cidadania e soberania, sobretudo nas modernas comunidades jurídico-políticas (RODOTÀ, 2008, p. 163).

Pelo que até aqui foi disposto, é possível afirmar que a tecnologia é, hoje, na Era Digital, o que a eletricidade foi na Era Industrial (CASTELLS, 2003, p. 7). Nesse compasso, a atualidade passou a ter a *internet* como base tecnológica das redes que, por sua vez, correspondem ao conjunto de nós interconectados, e são a forma organizacional da Sociedade da Informação. Sobre a temática das redes, Castells (2003, p. 7-8) dispõe que, no final do século XX, três processos distintos e independentes foram unidos, inaugurando a presente estrutura social, a qual é predominantemente baseada em redes. O principal destes processos, para o que aqui nos interessa, corresponde às demandas da sociedade, em que valores da liberdade individual e da comunicação aberta tornaram-se supremos.

Diante dessa realidade, o sociólogo espanhol Castells (2005b, p. 17) dispõe que, muito mais que determinar a sociedade, a tecnologia é a sociedade, isto é, a tecnologia é delineada pela sociedade, a partir das necessidades, dos valores e dos interesses das pessoas que se utilizam das tecnologias. O progresso tecnológico e o direito de informação – de informar e de ser informado – configuram novas faces aos direitos fundamentais de privacidade, intimidade e liberdade de expressão. Mas no que consiste a liberdade de expressão, e quais são os seus limites?

3. O DIREITO FUNDAMENTAL GERAL DE LIBERDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL ESPECÍFICO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A noção democrática que existe na experiência ocidental está intimamente imbricada às premissas da participação popular e da dialeticidade franca e autêntica de ideias, propostas e visões de mundo contrapostas. Só assim, pensa-se no ocidente democrático, poderá haver o gerúndio crescente das comunidades políticas, com o amadurecimento conjectural dos panoramas sociais. Assim, não há que se falar em democracia se não houver garantais (não apenas formais) ao exercício da expressão (meio pelo qual os seres humanos externalizam ideias para o mundo exterior) livre.

Claro, a liberdade em si, o direito geral de liberdade (ALEXY, 2015, p. 341) é relevante por si só. Porém, a liberdade de expressão possui um substrato maior para a consolidação do ideal político-democrático, porquanto a humanidade se desenvolve a partir do diálogo efetivo (e de boa índole). E isto é facilmente identificável desde as experiências que romperam com governos autocráticos, até a concepção de necessidade de garantia à liberdade de expressão. Assim, para que se possa autenticamente falar em democracia, como na concepção de parceria democrática desenvolvida por Dworkin (2011, p. 382-384), deve-se ter, no mínimo, a proteção ao direito subsequente àquela primeira liberdade dos seres (a de pensamento), qual seja, a de exteriorizar o que se pensa.

John Stuart Mill (2010, p. 25-80) dedica-se ao tema da liberdade, e inclusive da liberdade de expressão, como sendo um daqueles direitos que não mais deveria ser discutido sobre sua existência – por ser derivado de conquistas revolucionárias e democráticas, garantido pelas constituições – mas apenas nos casos em que essa liberdade se visse assediada (o que, ressalta, não deveria acontecer em uma democracia). Para Mill (2010, p. 31-35), é a liberdade de comunicação e de discussão que nos faz mais livres, porquanto verificamos os nossos próprios pensamentos com os outros, melhorando aquelas ideias pela dialética – em termos hegelianos – e, daí, temos uma longevidade maior da democracia e do Estado, frutificada e fortalecida pelo desabrochar intelectual próprio da comunicação. Não é à toa que a Igreja Católica Apostólica-Romana, no processo de canonização dos santos, admitia e considerava as acusações do advogado do diabo, um advogado designado a defender a não canonização daquelas pessoas mais puras e santas que estavam sendo beatificadas (MILL, 2010, p. 33). Basta pensar em como seria o desenvolvimento da atividade acadêmica – mesma

a da academia jurídica – se houvesse grandes limitações à liberdade de livre manifestação do pensamento, ou mesmo limitação ao embate, à contrariedade, à crítica e à contestação das ideias.

A Constituição brasileira garante, no seu rol de direitos e garantias fundamentais, o exercício da livre manifestação de pensamento (art. 5º, IV) e a liberdade de expressão (art. 5ª, IX), bem como o livre acesso à informação (art. 5º, XIV). Consagradas ao longo de todo texto constitucional, as liberdades são consideradas retrato da busca da pessoa humana por autorrealização e exercício de suas capacidades, essencialmente porque, nos termos dos ensinamentos de Alexy (2015, p. 220), a base de seu conceito é constituída “por uma relação triádica entre um titular de uma liberdade (ou de uma não-liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade”.

A liberdade de expressão, ou o exercício livre do pensamento e de sua exteriorização, é uma garantia constitucional, protegida constitucionalmente pelo direito geral de liberdade, mas também, em específico no artigo 220 da Constituição da República, a proteção à comunicação e à expressão deste pensamento, que, portanto, é livre. Ocorre que o exercício desnudado e desmedido de qualquer garantia e direito individual pode ocasionar na interferência injustificada na liberdade de outrem, e é nessas hipóteses em que o direito age, sobretudo, com a limitação dos direitos fundamentais – pensados em limitar a interferência do Estado na esfera de liberdade do privado.

Na esteira do pensamento de Alexy (2015, p. 93-94), a liberdade é um princípio, isto é, um mandamento de otimização³ que pode ser relativizado frente à necessidade de satisfação de outro princípio, sem que haja a declaração de invalidez ou a criação de uma cláusula de exceção para que seja reconhecida precedência no caso em concreto.

Tanto assim o é que no § 2º do artigo 220, da Constituição Federal, está vedada toda e qualquer censura, porquanto essa é uma afronta à democracia como um todo, uma vez que censura significa uma interferência injustificada à liberdade, que não pode ser restringida, a não ser naquilo em que tenha ido contrariamente ao disposto na Constituição – que veda expressamente as hipóteses de liberdade de expressão.

3 Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Por serem mandamentos a serem otimizados, se cumprem em diferentes graus. O mandamento principiológico é sempre ideal e sua aplicação se dá *prima facie*, isto é, deverão ser aplicados mediante a ponderação, que avaliará a configuração de posições fundamentais jurídicas e deveres definitivos passíveis de exigibilidade judicial (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 32).

É falaciosa, portanto, a máxima de que a liberdade do indivíduo I termina onde começa a liberdade de I'. Com efeito, assim pensava Kant (2013, p. 36) para quem “a liberdade (independência de ser coagido pelo arbítrio de outrem), desde que possa existir em conjunto com a liberdade dos outros com base em uma lei geral”, é o direito “único, original e conferido a todos”, e isso “por força de sua humanidade”, caracterizada pelo atributo do ser humano como ser racional.

As liberdades não terminam, eles se desenvolvem em um otimizar de seu âmbito de proteção. A liberdade de I' não é mais relevante e mais constitucionalmente protegida que a de I, ela é detentora do mesmo núcleo de proteção que, em virtude das questões fáticas de um caso – que deverão ser avaliadas topicamente – poderá se resultar em uma interferência justificada e racional à liberdade de I em detrimento à liberdade de I', por excessos cometidos por I, e não por uma sobrevalorização da liberdade de I'. Não há nenhuma linha tênue entre duas liberdades, há sim um esforço coletivo de comungação democrática e legítima de todas as liberdades, na medida do juridicamente possível.

No âmbito da *Bundesrepublik Deutschland* (República Federal da Alemanha), a disposição de direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, disposto no artigo 2º, § 1º, da *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Constituição alemã), foi interpretada pelo *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal) (“BVerfGE”) como um direito à liberdade geral de ação, isto é, de existir no mundo (ALEXY, 2015, p. 343).

A liberdade geral de ação é uma liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer. Pressupor que essa liberdade é garantida, para Alexy (2015, p. 343), significa duas coisas, **i**) que cada um é *prima facie* permitido de fazer ou deixar de fazer o que quiser, e **ii**) que cada um tem *prima facie* o direito em face do Estado, a que este não embarace sua ação ou sua abstenção, ou seja, a que o Estado nelas não intervenha. Desse modo, o cidadão deve contar com a sua liberdade social (interpessoal e interativa) – que podemos chamar de direito fundamental positivo, ou horizontal –, bem como deve contar com a liberdade em face do Estado (escudo de proteção), em um desdobramento obrigacional negativo, em que é credor o Estado e devedor o jurisdicionado que não pode ver afetada sua posição jurídica legitimamente justificada.

Claro, uma questão crucial para a utilização dos elementos da teoria alexyana é a validade e a certeza das premissas epistêmicas para a formulação do raciocínio jurídico (TRIVISONNO, 2018, p. 30). Assim, isso

significa que, por serem normas de direitos fundamentais, os direitos de liberdade, por mais que devam ser protegidos horizontal e verticalmente, devem ser reconhecidos como não absolutos. O que não significa que o suporte fático destas normas não possa ser o mais amplo o possível dentre das possibilidades fáticas e jurídicas de casos em concreto. O que se espera é que a relativização de um direito fundamental tão caro como o da liberdade seja justificada a partir da satisfação (em mesmo ou maior grau de importância) de um outro direito fundamental que lhe vai preterindo.

Mas então deve-se analisar o conteúdo dos direitos à liberdade, em especial o da liberdade de expressão.

Com efeito, o direito geral de liberdade tem o caráter de um direito protetor da liberdade geral de ação tanto diretamente, tutelando a ação, quanto indiretamente, protegendo situações e posições jurídicas (ALEXY, 2015, p. 344). Para Alexy (2015, p. 351) o direito geral de liberdade compreende uma liberdade negativa em sentido amplo, que consiste na liberdade de não ser afetado em suas posições e situações jurídicas – juridicamente válidas – por qualquer ameaça de lesão ou coação à liberdade de fazê-lo.

Após aprofundamentos teóricos – que não cabem aqui demonstrar –, Alexy (2015, p. 354) defende que há uma complementação à liberdade negativa a partir da perspectiva substancial da norma da dignidade humana, porquanto não há que se falar em dignidade humana sem com que tenha o respaldo e a garantia estatal de não afetação das liberdades, sobretudo a de não ser compelido a fazer ou deixar de fazer algo que lhe é legalmente autorizado.

Contudo, sabe-se que os direitos de liberdade não são limitados a uma faceta negativa. Assim, a face positiva da liberdade compreende as limitações negativas, aquilo que não se pode limitar, ou, nas palavras de Berlin (1995, p. 169), é a dimensão positiva que indica o controle e a interferência ao livre desenvolvimento ativo dos indivíduos.

Em um caso do Tribunal Constitucional Alemão, BVerfGE 1, 97 (104), ficou consignada que a fórmula (ou a regra) da dignidade humana está “baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade” e que a Lei Fundamental de Bohn, de 1949, “não concebe essa liberdade como uma liberdade de um indivíduo isolado e autocrático, mas como um indivíduo relacionado a uma comunidade e a ela vinculado” (ALEXY, 2015, p. 356).

No caso da liberdade de expressão, deve-se interpretar a decisão do BVerfGE como sendo o mandamento que reina que o núcleo mínimo da liberdade de expressão decorre da compreensão que os cidadãos

têm aptidão moral e intelectual suficientes para se desenvolver, se expressar e dialogar. E que, assim como a Lei Fundamental, a Constituição da República do Brasil não concebe essa liberdade apenas como uma liberdade individual, importante apenas para uma única pessoa por vez, mas sim por toda a comunidade, de maneira integrada.

Assim, seja pela conteúdo filosófico-histórico, e até mesmo religioso, das liberdades, em especial a da liberdade de expressão, seja pelo caráter dúplice da liberdade sob a perspectiva filosófico-jurídico-constitucional, há de se asseverar que a dignidade da comunidade jurídica de um certo direito posto – e de um certo contexto político formatado – dependerá diretamente dos livres comandos exercidos dentro de seu seio. Assim, quanto mais liberdade de expressão, há de se ter maior fluxo de ideias, maior criticidade sobre as tomadas de decisão pelos entes públicos, juízes e políticos. Isto é, maior será a participação democrática de toda a comunidade jurídico-político, tanto dos seus membros para com o Estado, quanto dos seus membros entre si.

Claro, as liberdades podem ser suprimidas, a partir da constatação de que outro direito fundamental esteja sendo ameaçado ou efetivamente lesado pela manutenção da prática do direito fundamental que se quer suprimir. Mas isso demanda uma aprofundada análise do caso, com extensa e discursiva fundamentação das razões pelas quais se quer suprimir determinado direito fundamental. Sendo verificável, posteriormente, pelo teste da proporcionalidade – e pelos seus quatro subtestes quais sejam, a adequação (ou idoneidade técnica), a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ou ponderação). Por meio destas etapas de verificação da validade jurídica e da legitimidade constitucional do meio adotado para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais, poderá ser avaliado, escalonadamente, se o meio empregado é adequado, necessário e em qual medida de restrição e satisfação⁴ ele deverá ser otimizado, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 239).

Os subtestes da adequação e da necessidade tratam das possibilidades fáticas, expressando o mandamento a ser otimizado, visando evitar restrições evitáveis aos direitos fundamentais por ventura precedidos. A adequação estabelece uma verificação da possibilidade da medida interventiva em um direito fundamental, promotora da realização de outro direito fundamental, a ser tomada, é idônea ou não, isto é, se é apta a realizar um fim constitucionalmente

4 Neste ponto tem-se a primeira lei da ponderação (material), no sentido de que quanto maior for o grau da intensidade da intervenção, ou restrição, de um direito fundamental, tão maior deverá ser o grau de importância, de satisfação, ou, de realização, do outro (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 249).

legítimo (não proibido). No âmbito da proporcionalidade na atividade legislativa, sempre que várias medidas forem consideradas aptas, será do espaço estrutural de decisão do legislador optar por uma delas, levando-se em conta a ideia de Pareto-ótimo⁵. Já a necessidade diz que quando duas, ou mais, medidas forem consideradas igualmente idôneas deve-se optar pela medida que intervenha menos intensamente no outro direito fundamental. Aqui, em uma esfera de atuação legislativa, a escolha deverá ser fundamentadamente sustentada pelos conhecimentos gerais e científicos existentes no momento da intervenção, que deverá ser, na hipótese de ainda se sustentarem duas ou mais medidas, a mais eficaz, rápida, provável e com menor afetação de demais direitos fundamentais (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 241-248).

Já o subteste da proporcionalidade em sentido estrito expressa um mandamento de otimização frente às possibilidades jurídicas. Este teste é consubstanciado pela noção de ponderação⁶, a qual estabelecerá uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais ou os bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos, com base na justificação racional entre o grau de intensidade da intervenção no direito precedido pelo grau de importância de realização do direito que ganhou precedência (GAVIÃO FILHO, 2011, P. 249-250).

5 O princípio da adequação é uma expressão da ideia de Pareto-ótimo e exclui a adoção de meios que possam obstruir pelo menos um direito sem promover nenhum outro direito ou interesse (KLATT; MEISTER, 2012, p. 9).

6 Para um maior aproveitamento da ponderação, Alexy formulou, e Klatt e Meister (2012, p. 10-11) ampliaram, a fórmula peso, um modelo matemático em que analisamos que o peso absoluto, ou a correta interferência do princípio alvo de preferência, terá precedência sobre o outro colidente, é fruto de uma contraposição entre o peso relativo de cada princípio (i e j), os seus graus de interferência ao caso, e a confiabilidade empírica e normativa a cada um deles no caso, conforme segue, em que W é o peso abstrato dos princípios, I é a intensidade de interferência de um sobre o outro, R^e é a confiabilidade da premissa empírica e Rⁿ da premissa normativa:

$$W_{ij} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{W_j \cdot I_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

Resultado deste teste será analisado na escala triádica, na qual os resultados da ponderação poderão ser i) leve, ii) moderado ou iii) sério, ou ainda, no modelo triádico duplo, i) leve-leve, ii) leve-médio, iii) leve-sério, iv) médio-leve, v) médio-médio, vi) médio-sério, vii) sério-leve, viii) sério-médio, ix) sério-sério. Assim, pode-se descrever a escala triádica básica em uma escala exponencial, em que as respostas poderão ser 2⁰ (igual a 1), 2¹ (igual a 2) e 2² (igual a 4), de modo que quando W_{ij} for maior do que 1, então o princípio que se pretendeu como preferido tem precedência ao princípio que se objetivou preterir, mas quando for igual a 1, não há resposta segura através da fórmula, e a questão ficará para a discricionariedade judicial quando do resultado da ponderação.

O Estado Democrático de Direito, fundado sob a égide de uma Constituição de Direitos, ainda mais uma com cartilha de Direitos Fundamentais de rol aberto, não pode admitir atropelos e lesões aos direitos de liberdade. Se ocorrem, o guardião da constituição, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal, tem o dever de reparar as lesões oriundas de atos inconstitucionais, ou que resultam em uma violação de bem constitucionalmente tutelado. Os ministros do STF viram, assim, a última barreira de contenção à censura, ainda mais à censura prévia, que é frontalmente rechaçada pela Constituição brasileira, fruto de um passado recente autocrático que usava da censura prévia, através do DOI-CODI (Destacamento de Operações de Informação - Centro de Operações de Defesa Interna), para retirar da pauta social possíveis ideias nocivas à “Democracia” que foi instaurada no Brasil em 1964.

4. A CIBERDEMOCRACIA, O RISCO, A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E AS FAKE NEWS NA CONTEMPORANEIDADE

Em razão da sua representação democrática, as garantias relacionadas à livre manifestação são amplas e abrangentes. Para além da dimensão individual e defensiva da liberdade de expressão, o texto constitucional brasileiro também tutela a dimensão transindividual e proteti-va deste direito, dimensão esta que tem como foco o enriquecimento da qualidade e da inclusão do discurso público (BINENBOJM, 2003, p. 373).

No contexto da Sociedade da Informação, diante da facilidade de acesso aos meios digitais, da ampliação dos meios de comunicação e da disseminação praticamente instantânea das informações, surge uma relação de aparente perfeita harmonia entre o direito fundamental de liberdade de expressão e a *internet*, tendo em vista que essa possibilita um resultado instantâneo para o exercício da liberdade de expressão. Assim, é concebido à rede mundial de computadores a titularidade de principal mecanismo para o exercício e a realização da liberdade de expressão, inclusive porque “a sensação de liberdade que o ciberespaço proporciona é sedutora, no sentido em que permite de forma democrática que qualquer pessoa com acesso à *internet*, por meio de qualquer tipo de dispositivo, manifeste sua opinião sobre qualquer assunto” (FAUSTINO, 2020).

Por decorrência desta realidade, em 2014 foi sancionada a Lei 12.965/2014, que representa o Marco Civil da *Internet* e disciplina o uso da *in-*

ternet no Brasil, tendo por fundamentos a liberdade de expressão, a finalidade social da rede, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, a abertura e a colaboração, a pluralidade e a diversidade, os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais, e o reconhecimento da escala mundial da rede (art. 2º). Para consolidar seus fundamentos, o Marco Civil da *Internet* tem por princípios básicos a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, a proteção da privacidade, e a proteção dos dados pessoais (art. 3º).

Ocorre que, em tempos de massificação da comunicação, e dessa comunicação muito facilitada e fluida pela *internet*, Eco (2017) bem dispõe que possibilita-se que todos tenham suas opiniões mais ouvidas do que de qualquer outro vencedor do Prêmio Nobel, isto é, promoveu o idiota da aldeia a emissor da verdade e, assim, temos um reavivamento na discussão (que agora se faz necessária) sobre os limites da liberdade de expressão. É por isso que, em razão do cada vez maior protagonismo assumido pela *internet* como meio para realização da liberdade de expressão, a Organização dos Estados Americanos (OEA) lançou em seu Relatório Anual sobre Liberdade de Expressão (2012) um comunicado no sentido de classificar a *internet* como sendo uma ferramenta única de transformação, que permite para milhares de pessoas o exercício da liberdade de pensamento e de expressão.

A partir de uma realidade em que o acesso às mídias digitais acontece a níveis extremamente acelerados de velocidade e quantidade, e ao passo que nenhum direito fundamental é absoluto, tem-se que o uso irrestrito do direito fundamental de liberdade de expressão pode ter como consequência um abuso ilícito, de modo que as liberdades podem ser restringidas em face da existência de outros direitos fundamentais, que, em se tratando de ambiente digital, refletem-se especialmente nos direitos à privacidade, à intimidade, à proteção de dados e à autodeterminação informativa.

Sabe-se que as notícias circulam em torno da verdade, a qual, apesar de não ser necessariamente a verdade utópica do jornalismo imparcial, desprovido de interesses, deve, necessariamente, ser uma verdade que dá sentido à atividade jornalística, como fonte de informação (BALEM, 2018, p. 85). É necessário ter em mente, entretanto, que, em um cenário de avanço tecnológico e comunicação em massa, conteúdos e informações podem ser geradas independentemente do seu compromisso com a verdade, e torna-se facilitada e ampliada a possibilidade de divulgação de mentiras contadas em forma de notícia, o que se convencionou chamar *fake news*, isto é, notícias falsas.

O texto constitucional brasileiro, ao mesmo tempo em que garante a livre manifestação de pensamento, também veda o anonimato (art. 5º, IV, da CF), no sentido de reprimir as possibilidades geradoras de irresponsabilidade pela criação de conteúdo. Ocorre que o ambiente digital da *internet*, além de dissipar fronteiras, propicia o anonimato e, em sendo assim, em que pese a previsão constitucional de vedação ao anonimato e a consagração da ideia de que o direito fundamental à liberdade de expressão não é absoluto – como nenhum o é –, o seu limite não é previamente delimitado. Nesse contexto, fato é que um dos maiores desafios na busca e no combate às *fake news* está justamente na harmonização entre a repressão da divulgação das notícias falsas e a garantia da não afetação do exercício do direito fundamental à liberdade de expressão, isto é, “como garantir a liberdade de expressão na *internet* e, ao mesmo tempo, evitar que ela seja utilizada de forma criminoso” (BALEM, 2018, p. 86).

O Inquérito n. 4.781/DF, denominado de inquérito das *fake news*, instaurado por meio de Portaria expedida em 14 de março de 2019 pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Antônio Dias Toffoli, nos termos do art. 43 do Regimento Interno da Corte, busca investigar, nos termos da decisão proferida pelo Ministro Relator Alexandre de Moraes em maio de 2020, notícias fraudulentas (*fake news*), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de *animus caluniandi*, *diffamandi* ou *injuriandi*, que atinjam a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros, bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito.

Sem adentrar na análise da legalidade da abertura do mencionado inquérito pelo Supremo Tribunal Federal, o que se pretende no estudo é debater os limites do direito fundamental à liberdade de expressão. Como os demais direitos fundamentais, a liberdade de expressão, embora seja inegavelmente imprescindível para a manutenção do Estado Democrático de Direito, é um direito relativo, passível de restrição. Entretanto, deve se ter um elevado cuidado em sua possível limitação, especialmente com o risco de censura.

A busca do Supremo Tribunal Federal pelo protagonismo no trato com a liberdade de expressão positiva, isto é, a liberdade positiva na sua subclasse de liberdade de expressão, exigindo a atuação do Estado como interventor para a garantia de uma qualidade mínima e razoável ao debate público, fez crer, nas palavras do Ministro Dias Toffoli, o Estado (e na realidade o Supremo Tribunal Federal) possa ser o censor máximo da sociedade.

A decisão que não fundamenta de forma suficiente e adequada a limitação é presumidamente incorreta sob o ponto de vista das teorias jurídicas que buscam legitimar a atuação jurisdicional pela argumentação, o que é relevante muito especialmente ao Supremo Tribunal Federal (ALEXY, 2005, p. 578). Assim, é inegável que a liberdade de expressão pode ser relativizada, conquanto a sua restrição ocorra em face de um outro direito fundamental cuja importância se faça mais forte *in casu*, o que deverá ficar devidamente demonstrado no teste racionalizante e legitimador da proporcionalidade.

Nessa linha de ideais, as *fake news*, por mais desinformadoras que sejam, não devem ser conceituadas como oposto de notícias verdadeiras – por mais que a linguística engane – porquanto constituem um meandro de informações – factuais ou não – organizadas e conduzidas de tal modo que haja uma grande potencialidade de manipulação das massas. Essas mentiras devem ser combatidas, mas com cautela. Não se pode permitir que por meio de juízos sintéticos *a priori* – aqueles baseados não nos fatos em si, mas na potencialidade de repetição da experiência (KANT, 2017, p. 20) – se pretenda antever a emissão de uma desinformação. Ou, mesmo que se consiga comprovar que a fonte emissora X veicula *fake news* como um hábito – atividade recorrente –, a dificuldade estará em como, legitimamente e juridicamente fazer o manejo do controle ágil sobre o conteúdo emitido pela fonte. O que não se pode é calar por total aquela fonte, em uma censura prévia de super restrição da liberdade de expressão futura, que talvez seja verídica – e não *fake* – mas que, uma vez censurada, ou ainda presa a pessoa da fonte, não se ouvirá dizer mais, pois tolhida também de outras liberdades.

A censura prévia é inaceitável em uma comunidade que se autodeclare democrática, ainda mais sob a égide de uma constituição de direitos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Democracia, de fato, pode ser aprimorada. Talvez tenhamos uma participação mais ativa e direta a partir das (não mais tão novas) fronteiras que a *internet* conseguiu transpor. A ciberdemocracia é, talvez, o *lócus*, mais próximo da Acrópole Grega que temos nos dias atuais. Nem na Suíça, lar do “diretismo” democrático moderno, se pode deixar de pensar na virtualização do debate e da deliberação pública.

Claro, como dito por Eco (2017), a *internet* deu mais voz ao idiota da aldeia do que ao ganhador do prêmio Nobel. No entanto, não é por ser má utilizada por uns, que todos deverão ficar facilmente sujeitos – e daí parar por completo de utilizar – as ferramentas que a *internet* dispõe. Ato de censura prévia, como o fechamento de contas do *Instagram*, *Twitter* e afins, por medo de possíveis *fake News*, é trazer do teatro à realidade o futuro – digamos distópico – exercitado mentalmente pelos oráculos de *Minority Report* que, ao lerem o futuro, prendiam e executavam os ofensores da lei antes mesmo de terem cometido qualquer ilegalidade. Ao final do drama cinematográfico, ficou provado que as premissas epistêmicas (ainda que futurísticas) utilizadas pelos oráculos não se mantinham em todos os casos, pois havia uma margem de erro em que a pessoa poderia optar por não cometer determinado crime.

Censura prévia é inaceitável. E fechamento de contas de figuras públicas, ao argumento de se quer evitar *fake news* é prática inconstitucional e marca de um governo autoritário.

A depender do caso a liberdade de expressão poderá sim ser limitada. O que se defende é que toda e qualquer restrição a um direito fundamental seja dada em bases racionais, universalizáveis, verificáveis do ponto de vista lógico e sistemático, e cuja fundamentação tenha ingressado na análise dos argumentos das partes – pressupondo-se que foi ofertada a ampla defesa e o contraditório – bem como demonstre juridicamente o respaldo da tese que se vai valendo – mais ainda quando for em sede de medidas cautelares e em fase ainda investigatória ou saneadora.

A liberdade, ao contrário do que muitos acreditam, não é a faculdade de fazer tudo aquilo que se quer. Liberdade é poder dispor de sua vontade nos limites prescritos pelo direito, de modo que ante ao livre exercício de uma conduta que não está respaldada pela ordem jurídica não há falar em ilegalidade na restrição ao direito, pois havia um desvio jurídico já na prática do ato restringido (LOCKE, 1823, p. 128). O que não se pode haver é um descontrole sobre o que desvia do juridicamente possível e o que foi dito posteriormente que desviava.

É que mentira se combate com verdade. E a verdade, embora não concretamente realizada, é alcançada pela confluência e pelo choque de visões, interpretações e debates que, para acontecerem, devem ser viáveis. Mentira não se combate com censura, sobretudo a prévia. Mentira, *fake news* e desinformação, se não se enquadrarem em algum tipo penal, são combatidas no mesmo ambiente em que veiculadas. Assim, não é porque ilícitos são cometidos no mundo físico que devemos parar de transitar nele. Da mesma forma, não é pelo fato de ocorrerem abusos ao direito fundamental à liberdade de expressão em ambiente virtual que se deve inviabilizar o debate em meio digital.

Obstar o desenvolvimento da ciberdemocracia é obstar o fluxo informacional da história humana. É retardar a evolução dos seres humanos que, ao se desenvolverem e se qualificarem, produziram instrumentos e redes informacionais complexas que, em pouco tempo, se massificaram e se tornaram importante veículo democratizante, igualizador e conscientizador da sociedade. Esta é a essência da Sociedade da Informação. Esta é a luta posta pela continuidade do desenvolvimento restringível – desde que devidamente justificada – da livre expressão em ambiente virtual.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

BALEM, Isadora Forgiarini. O Impacto das *Fake News* e o Fomento dos Discursos de Ódio na Sociedade em Rede: a contribuição da liberdade de expressão na consolidação da democracia. In BLOOD, Renata Luciane Polsaque Young (org.). **Fenômenos Sociais e Direito 2**. Ponta Grossa/PR: Atena, 2018, p. 83-95. Disponível em: <<https://www.finersistemas.com/atenaeditora/index.php/admin/api/artigoPDF/2858>>. Acesso em 29 set. 2020.

BERLIN, Isaiah. **Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, v. 6, nº 23, p. 360-380. 2003. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_onli>

ne/edicoes/revista23/revista23_360.pdf>. Acesso em 29 set. 2020.

BORGES, Maria Alice Guimarães. A Compreensão da Sociedade da Informação. **Ciência da Informação**. Brasília, v. 29, n° 3, set./dez. 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-19652000000300003&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em 28 set. 2020.

BRANT, Cássio Augusto Barros; REINALDO FILHO, Demócrito. O Direito Digital como Microssistema Jurídico. In **Direito Digital e Sociedade 4.0**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 23-69.

BRASIL [Casa Civil]. **Marco Civil da Internet (Lei Federal nº 12.965/2014)**. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 29 set. 2020.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 8 ed, v. 1. Tradução de Roneide Venancio Majer e Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2005a.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política**. Lisboa, 2005b.

ECO, Umberto. **Pape Satàn Aleppo: crônicas de uma sociedade líquida**. [recurso eletrônico]. Tradução de Eliana Aguiar. 1 ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

FAUSTINO, André. **Fake News: a liberdade de expressão nas redes sociais da Sociedade da Informação**. São Caetano do Sul/SP: Lura Editorial, 2020.

FEIGELSON, Bruno. Direito da Inovação: a relação entre as novas tecnologias e as ciências jurídicas. In FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; COSTA, Henrique Araújo; CARVALHO, Ângelo Gamba Prata de. **Tecnologia Jurídica e Direito Digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia – 2017**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 59-183.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The constitutional structure of proportionality**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LOCKE, John. **Two Treatises of Government**. 1823. Disponível em: <<https://www.yorku.ca/comninel/courses/3025pdf/Locke.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2020.

MENDONÇA, Filipe Benevides; TONETTO, Leonardo Roza. Tecnologia Disruptiva e Direitos Fundamentais: apontamentos para um direito disruptivo. In FERNEDA, Ariê; COSTA, Aron Vitor Fraiz; FERRAZ, Miriam Olivia Knopik. **Anais do Encontro de Direito e Tecnologia: os desafios a partir das novas relações**. Paraná: PUCPR, 2020, p. 29-30.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. London: Penguin, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Relatório Anual sobre Liberdade de Imprensa**: comunicado de imprensa nº R06/12. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=880&IID=2>>. Acesso em 10 ago. 2020.

TAKAHASHI, Tadao. A Sociedade da Informação no Brasil. **Livro Verde**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. Disponível em: <<https://livro-aberto.ibict.br/bitstream/1/434/1/Livro%20Verde.pdf>>. Acesso em 24 set. 2020.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **O problema do conhecimento prático na Teoria Discursiva de Alexy**. In: ALEXY, Robert. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette. (Org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WERTHEIN, Jorge. **A Sociedade da Informação e seus Desafios**. Brasília, v. 29, nº 2, p. 71-77, mai./ago. 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2020.

A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

FLÁVIA HOLZ ANGST¹

INTRODUÇÃO

Os avanços e recursos disponíveis por intermédio da Internet propiciaram a democratização da informação, ou seja, a facilitação do acesso às mais variadas informações com rapidez. No entanto, surgiram diversos problemas advindos da evolução tecnológica, entre eles por conta da possibilidade de coleta, tratamento e armazenamento de dados (Big Data), motivo pelo qual se faz necessário promover o debate acerca da forma de utilização dos dados pessoais da rede e de sua difusão.

Na seara consumerista, a era digital também promoveu transformações e os fornecedores passaram a utilizar-se de ferramentas para fomentar a oferta de seus produtos, utilizando-se da big data, baseado no processamento de dados, tanto para proporcionar o alcance dos produtos e serviços por meio das preferências dos consumidores, quanto para analisar os riscos do crédito com base nas transações realizadas pelo cliente.

Nesse cenário, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.853/2018) vem para regular e proteger o direito à liberdade e privacidade, trazendo regras gerais para disciplinar a utilização dos dados pessoais armazenados por empresas e pessoas físicas em seus bancos de dados.

1 Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Participante do Grupo de Estudos em Direito Digital e do Grupo de Pesquisa “Consumo e Desigualdade no Brasil” da FMP/RS. E-mail: flavia_angst@hotmail.com

1. INFORMAÇÃO E PRIVACIDADE: A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DADOS PESSOAIS

1.1. A PRIVACIDADE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos da personalidade são inerentes ao ser humano e têm por objetivo o resguardo da dignidade da pessoa humana, surgindo como uma reação à teoria estatal sobre o indivíduo e encontram amparo em documentos como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), 9ª Conferência Internacional Americana de 1948, Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), Convenção Panamericana dos Direitos do Homem (1959), a Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade (1967), além de outros documentos internacionais (HIRATA, 2017).

Conforme Danilo Doneda, a doutrina brasileira utiliza diversos termos distintos para se referir à privacidade, mencionado “vida privada, intimidade, segredo, sigilo, recato, reserva, intimidade da vida privada, e até mesmo ‘privatividade’ e ‘privaticidade’, entre outros” (2006, p. 101).

O direito à privacidade como figura jurídica autônoma teve seu início com o trabalho de Warren e Brandeis (1890), onde trouxeram novos aspectos ao direito da privacidade, distanciando-o dos direitos de propriedade e passando a apresentá-lo como parte da tutela da personalidade humana.

No Brasil, a matéria apenas foi tratada com rigor no projeto de Código Civil elaborado por Orlando Gomes, onde veio disposta em capítulo próprio e cujo objetivo da legislação foi o de romper com o viés individualista-patrimonialista. Orlando Gomes referia que a despatrimonialização do direito civil era um necessário processo de humanização do direito privado (BIONI, 2019, p. 97).

Assim, o Código Civil de 2002 não menciona a palavra em si, mas dispõe que “a vida da privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”, fazendo referência, portanto à privacidade.

A Constituição Federal de 1988 prevê o direito à privacidade no art. 5ª, inciso X que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a

honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, disposição localizada no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, de modo que se trata de cláusula pétrea².

Importante asseverar que independentemente da forma como é designada, a tutela da privacidade tem como objetivo proteger “atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica”, de forma que o que “muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta” (SCHREIBER, 2013, p. 13).

O direito à privacidade é considerado um direito de primeira geração pois se mostra como uma projeção dos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Para tornar-se digno e livre, “o homem precisa dispor no âmbito de sua esfera individual, seja por meio de autonomia de compor e decidir o que fará parte da sua vida” (PEZZI, 2007, p. 28).

A privacidade, segundo Marcel Leonardi (2011), é uma palavra extremamente ampla, com significados diversos, sendo de difícil conceituação, motivo pelo qual elenca algumas definições para a privacidade, sendo elas: a) o direito a ser deixado só³; b) o resguardo contra interferências alheias; c) o segredo ou sigilo e, d) o controle sobre informações de dados pessoais.

O conceito de privacidade como “o direito a ser deixado só” foi originário por Warren e Brandeis no trabalho “The right to privacy”. Nesse sentido explica LEONARDI que “a essência da privacidade é a inviolabilidade da personalidade, e não a propriedade privada”, ainda, que “seu valor não está no direito de receber indenização em decorrência da publicação, mas sim na paz de espírito ou no alívio assegurado pela capacidade de impedir a própria publicação” (2011, p. 53).

Com relação ao segundo conceito trazido por Leonardi (2011), a privacidade como resguardo contra interferências alheias, refere-se ao direito de a pessoa poder viver sua vida sem interferências.

A definição de entender a privacidade como segredo ou sigilo de determinadas informações a respeito do indivíduo, “pode ser entendido como uma subdivisão do resguardo contra interferências alheias”,

2 Art. 60, CF/88. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
[...]

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
[...]
IV – os direitos e garantias individuais.

3 Conceito formulado por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis.

porém, esse conceito é mais restritivo “pois o segredo envolve apenas uma dimensão de acesso ao indivíduo, que é a ocultação de fatos pessoais (LEONARDI, 2011, p. 62).

O quarto conceito trazido por Leonardi (2011), e também o mais importante é a privacidade como forma de controle sobre informações e dados pessoais, em que a característica preponderante se refere à faculdade do indivíduo controlar a circulação de informações a seu respeito, sendo o controle exercido sobre as informações e os dados pessoais.

Para Stefano Rodotà (2008), a tutela da privacidade deve ser manifestada nas suas mais variadas potencialidades, de forma que seja utilizada conforme seus múltiplos significados e de acordo com o sistema político vigente, de modo a valorizar a sua pluralidade de significados.

Com base na análise do conceito de privacidade, verifica-se que para sua apreciação faz-se necessário levar em conta o contexto, o local e a época e mesmo as pessoas que a utilizam pois utilizam-se de um contexto social e ideológico.

Nesse sentido, Danilo Doneda afirma que “o contexto em que se tenta definir a privacidade não raro é reduzido a uma perspectiva epistemológica conceitualista, que visa (por vezes sem a consciência disto)”, primeiramente, “à coesão do sistema, operando precisamente através de um processo de generalização, do qual a individuação de um conceito dogmático é seu ápice” (2006, p. 104-105).

Com o advento da internet e da consequente velocidade em que as informações se propagam, o conceito de privacidade passou a ser visto sob uma nova ótica, que se aproxima do conceito de privacidade como controle das informações e dos dados pessoais, uma vez que os dados pessoais dos usuários passaram a ser coletados e utilizados de maneira exponencial, causando conflitos e invasões de privacidade.

1.2. O TRATAMENTO JURÍDICO DOS DADOS PESSOAIS NO CONTEXTO DA REDE

Em meados do século XX, especificamente a partir da década de 1980, é apontado como o início da era digital, conhecida como sociedade da informação, que segundo Salete Oro Boff et al. é símbolo da atualidade e mostra o “atributo de forma específica de organização social na qual a geração, o processamento e a transmissão de informações se converte nas fontes fundamentais da produtividade e do poder” (2018, p. 9).

A tecnologia da informação e comunicação (TIC) fornece o suporte à era da informação e os processos dominantes estão organi-

zados em torno das estruturas de rede que são “estruturas abertas que compartilham códigos próprios de comunicação, à velocidade da luz” (ROTHGIESSER, 2010, p. 24).

Segundo Castells a tecnologia é circunstância necessária, portando não bastante para a urgência de uma nova forma de organização social baseada em redes, isto é, na disseminação de redes nos mais variados aspectos da atividade na base das redes de comunicação digital (2005, p. 17).

A importância da proteção dos dados pessoais é um aspecto relevante a respeito do direito à privacidade, especialmente em tempos em que a informação transformou-se em um bem jurídico de valor, onde os avanços tecnológicos e o acesso à rede geram atividade econômica baseada na economia da informação.

Afirma José Afonso da Silva que “o intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas”, onde “o amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadriçamento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada”. Ainda, aduz que “o perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento” (2008, p. 209-2010).

No mesmo sentido manifesta-se Rodotà, alertando que há uma série de “novos problemas impostos pela realidade dos sistemas informativos atuais” e que o acúmulo de circulação das informações trouxe questões extremamente complexas, não apenas restritas a um problema regulatório, mas também de compatibilização de interesses diversos e muitas vezes conflitantes (2008, p. 44).

Segundo Catarina Sarmiento e Castro, os dados pessoais são compreendidos como “qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (titular de dados)” assim é “considerada identificável a pessoa que possa ser identificada directa ou indirectamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, econômica, cultural ou social” (2005, p. 339).

Salete Oro Boff et al. afirmam que “pela análise dos direitos fundamentais sob diferentes dimensões, é possível afirmar que os direitos fundamentais de terceira dimensão [...] representam uma resposta à degradação de direitos e liberdades fundamentais”, por conta das novas tec-

nologias (2018, p. 55). Por conta disso, afirma SARLET que o direito à informática “cujo reconhecimento é postulado justamente em virtude do controle cada vez maior sobre a liberdade e intimidade individual mediante bancos de dados pessoais, meios de comunicação, etc.” e que em razão “de sua vinculação com os direitos de liberdade (inclusive de expressão e comunicação) e as garantias da intimidade e privacidade suscita certas dúvidas no que tange ao seu enquadramento na terceira dimensão dos direitos fundamentais” (2010, p. 1058).

Wolkmer (2012) argumenta a respeito da existência de uma quinta dimensão dos direitos fundamentais, onde estariam englobados os direitos oriundos da sociedade da informação e da internet. Dentro desse entendimento, afirma Boff et al. que “o Direito tem como responsabilidade regulamentar as questões relacionadas às tecnologias da informação e comunicação, dando especial atenção a mecanismos de eficácia do direito à privacidade e à informação (2018, p. 56).

Assim, a Internet, inseriu novas categorias para a vulnerabilidade dos dados pessoais, já que transmite informações de forma vertiginosa, bem como da existência de banco de dados, entre outras ferramentas capazes de armazenar as mais variadas informações dos usuários, de modo que passou-se a utilizar novas formas de coleta de dados pessoais, que podem ser utilizadas para as mais diversas finalidades.

Por conta disso, a Lei nº 13.709/2018, chamada de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que entrou em vigor no dia 18 de setembro de 2020, apresenta um marco regulatório em relação a tutela da privacidade da proteção dos dados pessoais no Brasil.

Segundo Patrícia Peck Pinheiro “a lei se aplica a todos aqueles que realizam o tratamento de dados pessoais, sejam organizações públicas ou privadas, pessoas físicas ou jurídicas, que realizam qualquer operação de tratamento de dados pessoais”, não importando qual o meio utilizado, porém, devendo envolver algum dos elementos a seguir: “(i) ocorrer em território nacional; (ii) que tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional, (iii) em que os dados tenham sido coletados no território nacional” (2020, p.33, formato kindle).

A LGPD traz em seu art. 1º o seu objetivo de proteção dos “direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”, ou seja, busca trazer uma efetiva proteção jurídica da privacidade e dos dados pessoais na Internet, buscando assim, maior efetividade ao direito fundamental à privacidade.

Assim, o regime de proteção de dados pessoais que vem disposto na LGPD possui como finalidade a regulação do tratamento dos dados pessoais na sociedade, buscando a preservação da coletividade e dos direitos fundamentais do cidadão.

2. DIREITO DO CONSUMIDOR E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

2.1. A PROTEÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR

A Revolução Industrial, movimento que teve início da Inglaterra nos séculos XVIII e XIX, deu início ao fenômeno gradativo de mudanças nos meios de produção, afetando os modelos econômicos e sociais, aumentando a produtividade em função da mecanização da produção e propiciando o comércio em escala global.

Como resultado, “as relações antes tidas como individuais e pessoais com o fornecedor passam a ser transindividuais e indiretas, pois o fornecedor, neste momento, começou a produzir em larga escala e lançar no mercado toda a sua produção”, onde da “simples troca de mercadorias chegou-se às sofisticadas operações mercantis, ao surgimento de grandes centros comerciais e da produção em série dos bens de consumo” (LUIZ JUNIOR, 2005, s.p.).

Por conta disso, a sociedade do século XX passou a ser denominada sociedade do consumo, caracterizada pela variedade de produtos, que produzidos em grande escala, baratearam o preço, vindo a estimular o consumo.

Nesse sentido, Juliano Madalena, afirma que “as transformações sociais catalisadas pela tecnologia marcam a sociedade contemporânea, que a utiliza como meio ou fundamento de suas identidades”, de modo que “passamos de uma sociedade industrial, movida por complexas engrenagens, para uma sociedade impulsionada pela hiper-informação” (2016, p. 81).

Como consequência da sociedade do consumo, verificou-se situações em que o consumidor, por se encontrar em situação de vulnerabilidade e inferioridade ao lado do poder econômico e experiência técnica do fornecedor, precisava ser amparado, surgindo a necessidade de promover a proteção das relações de consumo.

Luiz A. Rizzatto Nunes afirma que “o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real,

concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico”, o primeiro refere-se aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor e o segundo, que normalmente quem detêm maior capital econômico é o fornecedor (2000, p. 106).

No Brasil, somente com a Constituição Federal de 1988 foi incluída a defesa do consumidor, constando no rol dos direitos e garantias fundamentais, no seu art. 5º, XXXII, dispondo que “o Estado promoverá, na forma da lei a defesa do consumidor”, garantindo assim, condição de cláusula pétrea.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) passou a ser o regramento para as relações consumeristas, com o objetivo de reequilibrar a relação entre consumidor e fornecedor, limitando que práticas abusivas sejam impostas pelo fornecedor.

Com a produção em massa, a fim de estimular o consumo, os fornecedores passaram a atrair os consumidores não apenas através da publicidade, mas também, especialmente com o advento da internet, com formas de identificar as preferências dos usuários, a partir da análise de dados, embasada no cruzamento de informações originários de várias fontes, o denominado Big Data, e assim direcionar promoções aos usuários e consumidores.

Um caso que ganhou notoriedade que trata de Big Data foi o da Target, grande varejista norte-americana, no ano de 2012, que com base nos produtos que as mulheres adquiriam, como fragrâncias suaves, suplementos, entre outros, descobriam se a cliente estava grávida e assim enviavam panfletos de campanhas e cupons de desconto direcionados.

Outra informação que interessa aos fornecedores é referente aos bancos de dados que permitem a mensuração dos riscos de crédito no mercado, chamados de *crediscore*, que avaliam a capacidade de pagamento do consumidor e se está em dia com dívidas contraídas.

A fim de tutelar os bancos de dados de informações e cadastros de consumidores, o art. 43 e 44 do Código de Defesa do Consumidor disciplinam o assunto.

Porém, a fim de angariar clientes, os fornecedores vão em busca de suas preferências, estilo de vida, transações, hábitos, realizando uma análise a partir dos dados coletados, especialmente por meio da rede, tendo como base o histórico de acessos, ou seja, as páginas que visualiza, no uso das redes sociais, verificando os conteúdos reagidos, entre outros métodos, que atravessam a esfera privada do consumidor.

2.2. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO A PARTIR DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI Nº 13.709/2018)

A Lei Geral de Proteção de Dados que veio para tutelar o direito à privacidade dispõe em seu art. 2º que sua disciplina da proteção de dados possui como fundamento, inclusive, a defesa do consumidor.

Dessa forma, é possível afirmar que o tratamento de dados realizados com o intuito de impulsionar a atividade econômica do fornecedor deve se submeter a aplicação tanto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, quanto do Código de Defesa do Consumidor.

A formação de banco de dados de consumidores necessita de expresso consentimento do consumidor titular dos dados pessoais, de forma livre e diante da informação de sua utilização, conforme previsão do art. 5º, XII, da LGPD e do art. 43 do CDC.

Para o exercício da manifestação de vontade do consumidor ser capaz de vincular-lhe juridicamente existem alguns requisitos a serem seguidos, que são divididos em substanciais e formais.

Sobre os requisitos, Bruno Miragem afirma que “são requisitos substanciais os que digam respeito à qualidade do consentimento”, sendo o “conhecimento e compreensão por aquele de quem se requer o consentimento [...] elementos essenciais para sua configuração”. Por conta disso que se sustenta que a manifestação de vontade deve ser livre, ou seja, “isenta de pressões ou ameaças diretas ou indiretas que contamine a decisão do consumidor”, bem como que seja uma manifestação de vontade informada, que se configura não apenas no “dever de repassar informações àquele que deve manifestar seu consentimento, mas um autêntico dever de esclarecimento [...], de tornar estas informações compreensíveis para o destinatário” (2019, p. 18).

Entre os requisitos formais, destaca-se a exigência de que o consentimento seja inequívoco, conforme dispõe o art. 8º da LGPD que o consentimento “deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular”.

Importante destacar que a LGPD em seu art. 8º, §2º define que o ônus de da prova de demonstrar que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto na legislação é do controlador. O controlador “é aquele a quem compete a decisão relativa ao tratamento de dados pessoais” que “no caso da relação de consumo, pode ser que o próprio fornecedor tenha este poder, porque coletou os dados para ele próprio incrementar suas decisões negociais”, ou mesmo, “pode ser ges-

tor do banco de dados ao decidir formatar determinadas informações que diretamente coletou ou recebeu por intermédio de compartilhamento” (MIRAGEM, 2019, p. 19).

A LGPD além de assegurar aos titulares dos dados a proteção os direitos fundamentais de liberdade, intimidade e privacidade (art. 17), “define uma série de direitos subjetivos específicos do titular de dados, em relação aos quais corresponde ao controlador uma situação jurídica passiva, do dever de realizar seu conteúdo” (MIRAGEM, 2019, p. 20).

Entre os deveres está a confirmação da existência de tratamento dos dados pessoais, onde “observa-se que o tratamento de dados pode se dar mediante consentimento do titular dos dados, hipótese na qual, como regra, não há razão para que confirme aquilo em relação ao que anuiu”; também o direito subjetivo de acesso aos dados, que “relaciona-se ao princípio do livre acesso, e compreende a possibilidade reconhecida de consulta facilitada e gratuita dos dados a seu respeito de que dispõe o controlador”; o direito à anonimização, “destinado a preservar a privacidade do titular dos dados” de forma a impedir “a associação entre o titular dos dados e as informações objeto de tratamento” (MIRAGEM, 2019, p. 20-22).

Outros direitos do titular referem-se à portabilidade, prevista no art. 18, V da LGPD, que assegura ao titular dos dados a sua portabilidade a outro “fornecedor de serviço ou produto, mediante a requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional”; a eliminação dos dados, como consequência da revogação do consentimento e o direito de requerer do controlador informações sobre as entidades que realizaram o uso dos dados.

Ainda, abrange o direito de correção dos dados, previsto no art. 18, III, da LGPD, mas que já vinha previsto no art. 43 do CDC, podendo o titular determinar a correção dos dados constantes de forma incorreta em banco de dados. Essa disposição mostra-se extremamente importante, uma vez que o titular pode vir a ser lesado com eventual dado incorreto, como por exemplo, relacionados aos cadastros de inadimplentes, que pode causar inconvenientes ao consumidor durante a compra e contratação.

Além disso, “não escapa da ótica do legislador a necessidade de conceder proteção especial a determinada espécie de dado pessoal, em virtude de guardar em seu conteúdo certa carga de vulnerabilidade do titular, objetivando frear práticas discriminatórias” que são os chamados dados pessoais sensíveis (ANJOS, 2020, p. 6).

A LGPD define os dados pessoais sensíveis em seu art. 5º, II, como aqueles “sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

Conforme Miragem, a “disciplina especial da proteção de dados sensíveis fixada pela LGPD tem a finalidade de prevenir e reduzir os riscos de discriminação em razão dos critérios proibidos pela Constituição, a partir da delimitação mais estrita das condições do seu tratamento” e nesse caso “o próprio consentimento do titular dos dados para tratamento é exigido que seja feito “de forma específica e destacada” vinculado a “finalidades específicas” (art. 11, I, da LGPD) (2019, p. 24).

Portanto, a interpretação da LGPD na seara do direito do consumidor tem repercussões que devem sempre primar por assegurar a efetividade dos direitos do consumidor e dos princípios consagrados.

CONCLUSÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.853/2018) traz a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e intimidade do tutelar dos dados pessoais, dispondo regras gerais para disciplinar a utilização dos dados armazenados por empresas e pessoas físicas em seus bancos de dados.

A LGPD sob a ótica consumerista visa a proteção do consumidor contra a disparidade social e de poder que possa vir afetar a liberdade, a privacidade e uma decisão autônoma, de forma que deve ser inserida de informações precisas.

A proteção de dados busca um reequilíbrio entre o controlador dos dados pessoais e o seu titular, que muitas vezes não possui conhecimento de como ocorre o tratamento dos dados, sua finalidade ou mesmo dos possíveis riscos a que está submetido.

Sobrevém para as empresas e fornecedores o desafio de legitimar legalmente seus processos que dependem do tratamento de dados pessoais, sem pôr em risco o modelo de negócios adotado bem como violar as disposições da legislação.

Assim, embora a proteção dos dados pessoais seja uma disciplina ampla e aplicável as mais variadas situações, além do mercado de consumo, se apresenta também como um mecanismo significativo para proteção da privacidade dos consumidores.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Lucas Souza dos. A lei geral de proteção de dados pessoais: um novo desafio para o varejo. **Migalhas**. 27 jan. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/46525417897C00_Aleigeraldeprotecaodedadospess.pdf>. Acesso em 24 set 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almeida. **Proteção de Dados e Privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede: do conhecimento à política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (orgs.). **A sociedade em rede: do conhecimento à ação política**. Lisboa: Casa da Moeda, Imprensa Nacional: 2005.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. **Direito da Informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Revonar, 2006.

HIRATA, Alessandro. **Direito à privacidade**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: < <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade>>. Acesso em 24 set 2020.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUIZ JUNIOR, José. **O CDC e a necessidade de tutelar a relação de consumo.** DireitoNet. 25 de abril de 2005. Disponível em: < <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2017/O-CDC-e-a-necessidade-de-tutelar-a-relacao-de-consumo>>. Acesso em 24 set 2020.

MADALENA, Juliano. Regulação das Fronteiras da Internet: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. **Revista dos Tribunais**, vol. 974/2016, p. 81-110, dez. 2016.

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, vol. 1009/2019, p. 1-35, nov. 2019.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor:** direito material. São Paulo: Saraiva, 2000.

PEZZI, Ana Paula Jacobus. **A necessidade de Proteção dos Dados Pessoais nos Arquivos de Consumo:** em busca da concretização do direito à privacidade. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais:** Comentários à Lei n. 13.709/2018 – LGPD. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância:** a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROTHGIESSER, Tanya Linda. **Cidadania Digital:** impactos controversias e possíveis soluções. 214f. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2008.

SARLET, I.W. **A Eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** 2ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

WOLKMER, A.C. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, A.C; LEITE, J.R.M. (eds.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas.** São Paulo: Saraiva, 2012. P. 15-48.

O DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS – UMA BREVE ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS

CRISTINA STRINGARI PASQUAL¹

MARIA GABRIELA BORGES PUENTE DE SOUZA²

1. INTRODUÇÃO

As relações jurídicas no âmbito do direito brasileiro que tenham o tratamento de dados pessoais como uma das obrigações previstas entre os contratantes são reguladas pela denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira (Lei nº 13.709/18), a qual passou a formar o microsistema de proteção de dados no âmbito do direito do consumidor.

A novel legislação não revogou as demais normas que já regulam o tratamento de dados, em especial o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Cadastro Positivo, mas se trata de uma norma de maior abrangência, aplicável a todas as relações de consumo que guardem pertinência à questão do tratamento de dados pessoais, sob a concepção da ideia de diálogo das fontes.

No que se refere ao tratamento de dados pessoais, a lei cuidou de tratar da espécie denominada de dados sensíveis que, a exemplo do Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu, conceituou-os como aqueles pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à

1 *cristinaspasqual@gmail.com*. Professora do Curso de Graduação e Mestrado em Direito da FMP – Fundação Escola Superior do Ministério Público de Porto Alegre/RS/Brasil. Especialista em Processo Civil pela PUC/RS. Mestre e Doutora em Direito pela UFRGS. Advogada.

2 *mgabrielapuate@gmail.com*. Professora do Programa de Pós-Graduação *Lato Senso* da Universidade La Salle de Canoas/RS/Brasil e de cursos preparatórios para concursos públicos de Porto Alegre/RS/Brasil. Especialista em Direito Civil pela Faculdade IDC. Especialista em Processo Civil pela PUC/RS. Mestre em Direito pela UFRGS. Advogada Pública.

informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

Um dos objetivos de ambas as legislações, quanto à proteção de dados sensíveis, é assegurar os direitos fundamentais à liberdade, privacidade, intimidade e vida privada, como valores máximos em qualquer regime democrático, dado que o tratamento dessa espécie de dados não somente impacta as relações de consumo, mas, sobremaneira, a vida pública dos indivíduos, sua atuação no espaço público e sua relação com as instituições de seus países. Não é demais destacar a preocupação cada vez maior de associações, organizações e entidades de proteção de direitos humanos quanto à vedação a qualquer espécie de discriminação de grupos sociais através do controle indiscriminado e desautorizado do tratamento de dados pessoais, em especial, de dados sensíveis.

O presente artigo, portanto, objetiva trazer breves considerações acerca da abordagem dos dados sensíveis pela LGPD brasileira, em co-tejo com o modelo europeu, bem como abordar alguns posicionamentos jurisprudenciais oriundos do Tribunal de Justiça europeu e da Corte Suprema de Cassação italiana, acerca do tema.

2. O DIREITO DO CONSUMIDOR À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS, DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA DE MATRIZ CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

O art. 5º, incisos X³ e XII, da Constituição Federal assegura como direitos fundamentais a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da pessoa, bem como a inviolabilidade do sigilo de dados (MENDES, 2018).

Além disso, a Constituição Federal reconhece como princípio geral da ordem econômica a defesa do consumidor, cuja primordial base infraconstitucional é o Código de Defesa do Consumidor, o qual se trata de uma norma de caráter principiológico e de ordem pública, com aplicação transversal sobre toda e qualquer relação jurídica, ainda que regida por normas gerais e específicas, titularizada pelas figuras do consumi-

3 Como garantia fundamental para fins de proteção aos dados pessoais, a Constituição Federal prevê a ação constitucional do Habeas Data no art. 5º, LXXII, regulamentado na Lei nº 9.507/97. O direito fundamental à proteção de dados tem, portanto, eficácia horizontal, aplicando-se igualmente às relações privadas.

dor e do fornecedor, sob o espectro do diálogo das fontes, introduzido no Brasil pela doutrinadora Claudia Lima Marques e criado pelo jurista alemão Erik Jayme, que diz respeito à aplicação conjunta de diversas normas em verdadeiro diálogo entre elas na tutela das relações jurídicas (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2017).

No que se refere à proteção de dados pessoais na esfera consumerista, a legislação de consumo prevê, no art. 43 do CDC, a tutela de bancos de dados e cadastros relativos a consumidores restrita aos serviços de proteção ao crédito. O CDC dedicou uma seção para o tema, na qual assegurou ao consumidor o acesso irrestrito a quaisquer cadastros arquivados em seu nome, bem como o direito de retificá-los e corrigi-los, sempre que identificada inexatidão, o que deverá ser observado pelo arquivista no prazo de até cinco dias úteis, com a comunicação da alteração aos destinatários das informações incorretas.

Além disso, o CDC assegura que não poderão ser mantidas informações negativas sobre o consumidor por período superior a cinco anos e, quando atingida a prescrição da cobrança dos respectivos créditos, não poderá ser fornecida informação a respeito por parte dos sistemas de proteção ao crédito.

Toda e qualquer abertura de cadastro em nome do consumidor deverá ser comunicada, caso a abertura não tiver sido solicitada pelo vulnerável. O descumprimento da norma pelos integrantes do sistema de proteção ao crédito gerará o dever de indenizar ao consumidor, cuja responsabilidade civil é objetiva, a teor do art. 14, caput e § 1º do CDC.

Assim, temos que o Código de Defesa do Consumidor preocupou-se em regular a proteção de dados do consumidor no que se refere ao sistema de proteção ao crédito. Quanto ao cadastro denominado positivo, restou promulgada a Lei nº 12.414/11, a qual regula a formação de histórico de crédito com informações sobre o comportamento dos consumidores no mercado de consumo, no que se refere a contratos, dados financeiros, análise de risco e informações relacionadas.

O consumidor é autorizado a obter acesso ao cadastro e histórico de crédito, bem como impugnar e exigir a retificação de informações incorretas ou desatualizadas. Todo e qualquer dano causado ao consumidor cadastrado gera o dever de indenizar cuja responsabilidade é objetiva e solidária entre o banco de dados, a fonte e o consulente, nos termos da Lei nº 12.414/11 e do CDC, novamente em diálogo das fontes, de modo a garantir a eficiente tutela do direito fundamental de proteção do vulnerável.

A lei em questão cuidou de prever a proteção daquilo que denominou de informações sensíveis do consumidor em seu art. 3º, § 3º, II, conceituando-as como *“aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas”*, no sentido de proibir a sua anotação em bancos de dados.

Pois bem, relativamente à proteção de dados pessoais em específico, carecia a legislação consumerista de uma norma em específico, a qual veio a ser promulgada em 14/08/2018, através da Lei nº 13.709, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Tal lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, em quaisquer meios inclusive digitais, por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Possui por fundamentos o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Importa registrar que a novel legislação não revogou as demais normas que regulam o tema da proteção de dados do consumidor, tratando-se de mais uma lei a fazer parte do microsistema legal consumerista brasileiro.

3. O DIREITO DO CONSUMIDOR À PROTEÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Além da Lei nº 12.414/11, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais dedicou-se à proteção de dados sensíveis do consumidor, conceituando-os no art. 5º, II, no seguinte sentido: *“dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”*.

A preocupação do legislador evidentemente é com a possibilidade de discriminação de consumidores a partir do acesso e registro

de tais dados sensíveis, impedindo-os de acesso ao mercado de consumo a partir de critérios absolutamente vinculados à sua vida privada e convicções pessoais.

Parece-nos evidente que a proteção de dados sensíveis não tem somente o objetivo de proteger o acesso do consumidor aos bens de consumo em razão de discriminações de toda espécie, mas também de garantir a sua liberdade de pensamento e de ir e vir na medida em que qualquer condicionamento de cunho autoritário para que o consumidor usufrua dos bens da vida ofertados no mercado de consumo, indiretamente o obrigaria a ter de se adequar a orientações e convicções eventualmente contrárias a si próprio.

Condutas contrárias ao dever de não discriminação ilícita de consumidores em razão de tratamento de dados sensíveis ou, até mesmo, de tratamento de tal espécie de dados sem consentimento do consumidor, nos casos que não se encaixam nas exceções legais, deverão gerar a responsabilidade dos responsáveis nas esferas cível, administrativa e penal, com o dever de indenizar o(s) titular(es) dos dados em danos materiais e morais, a título individual ou coletivo⁴.

Em razão da complexidade do tratamento de dados sensíveis é que a LGPD prevê, como regra geral, que se dê somente mediante autorização do titular ou responsável, de forma específica e destacada e para finalidades específicas e previamente informadas. E, excepcionalmente, ou seja, sem consentimento do titular, nas seguintes hipóteses: cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral; proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os

4 Sobretudo atualmente, em que o país e o mundo se encontram em estado de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19, o tratamento de dados pessoais, mais do que nunca, exige o equilíbrio entre a tutela da saúde da população e a proteção da privacidade dos titulares de dados pessoais, o que deve ser realizado a partir de premissas básicas de boa-fé, liberdade, igualdade e proteção à vida, à saúde e à privacidade dos envolvidos. (HIBNER; RODRIGUES, 2020).

direitos mencionados no art. 9º da lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais (art. 11, II).

De destacar que o consentimento do titular não pode ser genérico ou sem destaque de modo que, no seu silêncio, presume-se a não autorização para o tratamento de dados sensíveis. Seja com relação aos dados sensíveis, seja com relação aos dados pessoais de uma forma geral, o tratamento indevido ou em contrariedade à lei dará ensejo ao dever de indenizar de forma objetiva⁵ e solidária, conforme já destacado, tanto do controlador quanto do operador, assim definidos no art. 5º, VI e VII.

A exemplo do CDC, a lei prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova *ope judicis*, vale dizer, a critério judicial, quando for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa (art. 42, § 2º). A lei também prevê, no art. 43, excludentes de responsabilidade civil, seguindo os mesmos critérios do CDC quanto ao tema.

Vale dizer, nos termos da novel legislação, o operador e o controlador de dados pessoais não serão responsabilizados se comprovarem inequivocamente que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Quanto ao inciso III do art. 43 (“*que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro*”), a jurisprudência deverá definir o que se caracterizará como culpa exclusiva do titular dos dados ou fato de terceiro, sobretudo, relativamente ao último, no tocante à atuação ilícita de *hackers*, dado que o dever de segurança de sistemas digitais contra a ocorrência de vírus e a atuação de *hackers*, caracteriza-se como risco da atividade do fornecedor, operador e controlador, não devendo tal ônus ser transferido ao consumidor por se tratar, com efeito, de típico caso de fortuito interno (BRASIL, 2020).

5 Parte da doutrina sustenta que a nova lei criou um sistema de responsabilidade civil proativa, porque nem subjetiva e nem objetiva, porém, acima de tudo, de prevenção e mitigação de danos em detrimento do consumidor na utilização de seus dados pessoais. (BODIN DE MORAES, 2020).

4. O DIREITO DO CONSUMIDOR À PROTEÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS NO REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS EUROPEU (REGULAMENTO 2016/679)

É reconhecido pela doutrina consumerista brasileira (MIRAGEM, 2019) que a LGPD brasileira teve como uma de suas principais fontes normativas o Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu 2016/679, o qual substituiu a Diretiva 46/95/CE e é obrigatoriamente aplicável, no âmbito da União Europeia, desde 25/05/2018 (art. 99, II).

O regulamento possui eficácia imediata e não requereu a internalização no direito nacional dos Estados-membros da União Europeia. A doutrina aponta a existência de uma convergência entre o regulamento europeu e a lei brasileira no que se refere à sua principiologia, o que se deve ao “*Fair Information Practice Principles*” com origem na década de 1970 nos EUA, Inglaterra e Alemanha (MENDES, 2019).

O art. 9º do regulamento europeu assim prevê a proibição do tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa.

O dispositivo traz exceções à proibição nas hipóteses de (a) consentimento explícito do titular dos dados; (b) necessidade do tratamento de dados para cumprimento de obrigações e do exercício de direitos específicos do responsável pelo tratamento ou do titular dos dados em matéria de legislação laboral, de segurança social e de proteção social; (c) necessidade do tratamento de dados para proteção dos interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular, no caso de o titular dos dados estar física ou legalmente incapacitado de dar o seu consentimento; (d) tratamento de dados realizado no âmbito de atividade legítimas e mediante garantias adequadas por fundação, associação ou qualquer outro organismo sem fins lucrativos e que prosiga fins políticos, filosóficos, religiosos ou sindicais, e desde que esse tratamento se refira exclusivamente aos membros, antigos membros ou pessoas vinculadas a tais entidades; (e) tratamento de dados tornados públicos por seus titulares; (f) necessidade de tratamento de dados para a defesa de direitos em processo judicial; (g) tratamento de dados para fins de interesse público; (h) tratamento de dados para fins de medicina

preventiva ou do trabalho, para a avaliação da capacidade de trabalho do empregado, o diagnóstico médico, a prestação de cuidados ou tratamentos de saúde ou de ação social ou a gestão de sistemas e serviços de saúde ou de ação social; e (i) necessidade de tratamento de dados por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, tais como a proteção contra ameaças transfronteiriças graves para a saúde ou para assegurar um elevado nível de qualidade e de segurança dos cuidados de saúde e dos medicamentos ou dispositivos médicos.

Ou seja, a regra geral é a proibição de tratamento de dados pessoais de categoria especial, no direito brasileiro denominados de sensíveis, que são aqueles que revelam a origem racial ou étnica, opiniões políticas, convicções religiosas ou filosóficas, filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa.

O regulamento europeu apresenta exceções e, ainda, indica que se trata de rol exemplificativo, na medida em que autoriza os Estados-membros a imporem novas condições e limitações no que respeita ao tratamento de dados genéticos, biométricos ou relativos à saúde.

Importante é mencionar um julgado proferido em 29/07/2019 pelo Tribunal de Justiça Europeu no processo nº C-40/17 (LUXEMBURGO, 2019), o qual teve por objeto a análise de questão prejudicial apresentada pelo Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Superior de Düsseldorf/Alemanha) em ação ajuizada por uma Central de Defesa dos Consumidores do país alemão contra as empresas Peek & Cloppenburg/Fashion ID e Facebook para fins de interpretação dos artigos 2º, 7º, 10º e 22º a 24º da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, vigente ao tempo dos fatos objetos da ação.

O primeiro questionamento do tribunal alemão foi sobre a legitimidade da central de defesa dos consumidores para questionar judicialmente a violação da proteção de dados pessoais, em cotejo com o previsto nos arts. 22º a 24º da Diretiva 95/46.

Com relação a tal questionamento, o tribunal europeu manifestou-se no sentido de que o art. 22º da Diretiva 95/46 assegura que os Estados-membros estabelecerão que qualquer pessoa poderá recorrer judicialmente em caso de violação dos direitos garantidos pelas disposições nacionais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais.

Ademais disso, ponderou o tribunal que a Diretiva 95/46 não impõe aos Estados-membros que prevejam, em seu direito nacional, a

possibilidade de uma associação representar judicialmente uma pessoa lesada ou intentar, como legitimada extraordinária (assim denominada no microssistema processual coletivo brasileiro), ação para proteção de dados pessoais violados. Com isso, a Diretiva também não proíbe que os Estados-membros prevejam, em seu direito nacional, a legitimidade de tais associações para assim atuarem judicialmente.

Até porque, como bem destacado na decisão, o objetivo da Diretiva é proteger os dados pessoais de toda e qualquer violação, de molde a garantir a proteção da liberdade e dos demais direitos fundamentais das pessoas singulares, de modo que a previsão legal no direito interno da legitimidade de associações contribui para a eficácia da proteção dos direitos fundamentais dos seus nacionais.

O segundo questionamento feito pelo tribunal alemão consubstanciou-se quanto a incluir como responsável pelo tratamento de dados pessoais a pessoa jurídica que instala em seu site plug-ins de mídias sociais, como o botão de curtida do Facebook.

Tal ferramenta coleta automaticamente os dados de pessoas que acessam o site, ainda que não cliquem no botão de “curtir” e/ou não tenham perfil na rede social, e transmitem tais dados ao Facebook, sem prévios conhecimento e anuência por parte dos consumidores.

O tribunal ponderou que o art. 2º, alínea “d”, da Diretiva 95/46 traz uma definição ampla acerca do conceito de responsável pelo tratamento de dados pessoais, sempre com o objetivo de garantir a eficaz proteção de tais direitos fundamentais. Ainda, que toda pessoa física ou jurídica (singular ou coletiva) que, para fins próprios, influencia no tratamento de dados pessoais pode ser considerada responsável, sendo que o que deve ser avaliado é o nível de responsabilidade de cada um que participa da cadeia de tratamento de dados pessoais.

No caso concreto, o tribunal entende que a empresa de e-commerce não determina as finalidades e os meios de operação do tratamento de dados a serem feitas pelo Facebook, após a sua transmissão pela primeira, de modo que não pode ser responsável por essas operações. Não obstante, a empresa de e-commerce influencia o recolhimento e a transmissão dos dados pessoais dos visitantes de seu site em prol do Facebook.

Portanto, para o tribunal, ambas as empresas determinam conjuntamente o tratamento de dados pessoais dos visitantes do site da empresa de e-commerce, cada uma vinculada à operação realizada dentro das etapas de tratamento dos dados. Evidentemente que tal parceria

comercial traz benefícios econômicos para ambas as responsáveis pelo tratamento de dados pessoais.

Segundo o tribunal, as empresas determinam, conjuntamente, as finalidades das operações de recolhimento e de comunicação por transmissão dos dados pessoais, de forma que a circunstância de o próprio administrador de um sítio de internet não ter acesso aos dados pessoais recolhidos e transmitidos ao fornecedor da rede social com o qual determina, conjuntamente, os meios e as finalidades do tratamento dos dados pessoais não obsta a que este possa ter a qualidade de responsável pelo tratamento. Essa responsabilidade é, porém, limitada à operação ou ao conjunto de operações de tratamento de dados pessoais cujas finalidades e meios são efetivamente determinados por esse administrador, a saber, o recolhimento e a comunicação por transmissão dos dados em causa.

Finalmente, o tribunal considerou que, nos termos do art. 7º, alínea “f”, da Diretiva 95/46, para que o tratamento de dados pessoais tenha atributos de legalidade, deve atender a um interesse legítimo de todos os envolvidos na cadeia de tratamento de dados, tendo por paradigma maior o respeito à liberdade e aos demais direitos fundamentais do titular dos dados pessoais.

E isto evidentemente inclui a colheita do consentimento do titular dos dados pessoais, a qual deve ser de responsabilidade de todos os envolvidos na operação, na medida de sua responsabilidade. No caso concreto, o recolhimento e a comunicação por transmissão dos dados pessoais são de responsabilidade da empresa de e-commerce.

Ainda que a apontada decisão não trate especificamente de dados sensíveis, não se pode perder de vista que o Facebook vem respondendo a inúmeras demandas judiciais espalhadas em diversos países no mundo, tendo por objeto justamente o tratamento de dados sensíveis de usuários e consumidores em geral, utilizados por terceiros para fins eleitorais, questões de Estado e, até mesmo, para propagação de *hate speech* (discurso de ódio). Assim, a presente análise mostra-se relevante na medida em que demonstra a ofensiva a que vêm sendo submetidas as redes sociais em geral por parte de associações e entidades de proteção de consumidores e de direitos humanos ao redor do mundo, para fins de remoção de ilícitos em violação a direitos fundamentais, relativamente ao tratamento de dados pessoais e sensíveis.

Outro caso recente foi analisado pela Corte Suprema di Cassazione italiana, cuja decisão foi publicada em 21/10/2019 no processo nº 26778/2019 (ITÁLIA, 2019), através da qual deu provimento ao

recurso de um consumidor e reconheceu a nulidade de cláusula contratual, a qual subordinava a realização de contrato de abertura de conta e demais transações bancárias e financeiras ao consentimento para o tratamento de dados sensíveis.

No caso concreto, um consumidor italiano ajuizou ação contra uma instituição bancária postulando indenização por danos materiais e morais em razão do bloqueio de operações bancárias e de crédito em consequência da ausência de autorização do vulnerável para o tratamento, por parte do banco, de seus dados sensíveis.

O juízo de primeiro grau e a Corte de Apelo de Gênova haviam julgado improcedente a ação com fundamento na autonomia contratual e pela necessária gestão de relacionamento da pasta de clientes pelo banco, a partir do acesso e tratamento de seus dados sensíveis.

A Suprema Corte não acompanhou as decisões anteriores sob o fundamento de que a cláusula contratual que subordina a realização do contrato ao acesso e tratamento de dados sensíveis vai de encontro à legislação que protege o tratamento de dados pessoais, a qual possui *status* de imperatividade que não pode ser afastada pela autonomia privada de seus destinatários, justamente por assegurar proteção a direitos fundamentais de seus titulares.

Ainda, a Corte bem destacou que o tratamento de dados pessoais deve possuir pertinência com o objetivo do operador ou controlador. Vale dizer, a instituição bancária não logrou êxito em demonstrar a pertinência entre a sua política interna e o tratamento de dados sensíveis de seus clientes, levando-se em consideração que tais dados dizem respeito, ainda segundo a Corte, à origem racial e étnica, convicção religiosa e filosófica, opinião política, adesão a partidos políticos e sindicatos, associações e organizações de caráter religioso, filosófico, político ou sindical, estado de saúde e vida sexual.

Para a Corte, portanto, o conhecimento e tratamento de dados sensíveis pela instituição bancária não é pertinente e tampouco indispensável para a realização de contratos bancários e de crédito. Assim, a cláusula que prevê a obrigatoriedade do consentimento foi declarada nula de pleno direito pela Suprema Corte de Cassação italiana.

Segundo a Suprema Corte italiana, com efeito, a cláusula através da qual o banco subordinou a continuidade das operações requeridas pelo cliente ao consentimento para o tratamento dos dados sensíveis é passível de nulidade enquanto contrária à norma imperativa do art. 1418 do Código Civil. Resulta que a conduta da instituição de crédito

que procedeu no bloqueio da conta corrente e do depósito de títulos e valores, justamente por prever no contrato uma cláusula nula, não a exonera da responsabilidade por inadimplemento contratual.

Por outro lado, o Banco, tendo prestado as informações várias vezes para conhecimento do cliente no momento da assinatura do contrato de conta corrente bancária, diante da recusa deste em assinar o consentimento para tratamento de dados sensíveis, deveria, para que fosse coerente, recusar a realização do contrato e não, ao invés, como efetivamente procedeu, consentir na realização do contrato de abertura de conta e operar por um certo período de tempo, para posteriormente bloqueá-lo em razão de um motivo do qual já era plenamente ciente quando da abertura da conta corrente (e da conta de investimentos)⁶.

A decisão da Suprema Corte teve por fundamentos legais o Regulamento europeu de proteção de dados pessoais 2016/679 e o Decreto legislativo italiano n° 196/2003.

O que se verifica em mais esse julgado é a preocupação do Poder Judiciário em garantir a proteção ao acesso indiscriminado a dados de cunho eminentemente pessoal da pessoa humana e que, por vezes, não possui pertinência temática com a relação jurídica subjacente existente entre um fornecedor e um consumidor.

Ademais disso, considerando-se inúmeras denúncias operadas por entidades de direitos humanos de diversos países em face de empresas gestoras de redes sociais e empresas em geral, no que se refere à sua interferência em resultados de eleições nacionais, levantamento de perfis de nacionais de um país por entidades de outro país, dissemina-

6 Tradução livre das autoras. No original: “In conclusione, la clausola con cui la banca ha subordinato il dar corso alle operazioni richieste dal cliente al consenso al trattamento dei dati sensibili è affetta da nullità in quanto contraria a norme imperative, a norma dell’art. 1418 cod. civ.. Ne consegue che la condotta con cui lo stesso istituto di credito ha successivamente provveduto al “blocco” del conto corrente e del deposito titoli, proprio perché trova il proprio titolo in una clausola nulla dalla stessa inserita, non lo esonera da responsabilità per inadempimento contrattuale. Peraltro, la Banca, avendo sottoposto l’informativa più volte citata, all’attenzione del cliente all’atto della sottoscrizione del contratto di conto corrente bancario, di fronte al rifiuto del cliente di sottoscrivere il consenso al trattamento dei dati sensibili, avrebbe dovuto, ove avesse voluto essere coerente, rifiutarsi di instaurare il rapporto contrattuale e non invece, come effettivamente avvenuto, consentire al cliente di aprire il conto e di operare sullo stesso per un certo periodo di tempo, salvo poi “bloccarlo” per una causa di cui era già pienamente consapevole all’atto dell’apertura del conto corrente (e del conto titoli). Deve pertanto cassarsi la sentenza impugnata con rinvio alla Corte d’Appello di Genova, in diversa composizione, per nuovo esame [...]”.

ção de *hate speech* e controle em massa sobre posicionamentos políticos, religiosos, filosóficos, de saúde e orientação sexual de uma rede de pessoas sem o seu prévio conhecimento e anuência, através do tratamento de seus dados sensíveis, verifica-se a urgência da regulamentação de tal tema em âmbito brasileiro, cuja legislação, recentemente com entrada em vigor, deverá conferir efetividade aos direitos fundamentais relacionados à proteção de dados, sobretudo a partir da atuação com eficiência e autonomia técnica e decisória da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, enquanto órgão fiscalizador do tratamento de dados pessoais em âmbito nacional⁷.

5. CONCLUSÃO

A entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil é um marco de extrema importância para a regulação de relações jurídicas que abrangem o tratamento de dados pessoais, considerando-se que, na sociedade da informação, os dados pessoais do sujeito equivalem a uma verdadeira reprodução de sua persona privada, de modo que a eventual violação no tratamento de dados pessoais adquire o *status* de violação a seus direitos fundamentais de liberdade, dignidade, intimidade, vida privada e honra.

Portanto, a entrada em vigor da novel legislação no ordenamento jurídico pátrio e, em especial, no microsistema legal de proteção ao consumidor inclui o Brasil dentre a grande maioria dos países democráticos que já adotam a proteção legal de dados pessoais em seu direito nacional, a exemplo dos países-membros da União Europeia e do próprio bloco econômico enquanto ente autônomo.

Importa reforçar que a proteção de dados pessoais não apenas interfere no âmbito da autonomia privada dos envolvidos, mas sobretudo na atuação do indivíduo em seu respectivo espaço público, no exercício da cidadania, na medida em que o eventual controle indiscriminado de grupos sociopolíticos e econômicos, através do tratamento de seus dados

7 Sobre a necessidade de independência funcional de tal autoridade, a doutrina aponta para o receio de que as decisões tomadas pela Autoridade Nacional, órgão da administração pública acessório à Presidência da República, sejam dotadas de conteúdo político e não unicamente técnico, o que poderá trazer dificuldades no âmbito internacional para que as empresas brasileiras tenham livre fluxo com a União Europeia. (ANDRADE; BARRETO, 2020).

peçoais, em especial seus dados sensíveis, sem prévio conhecimento e consentimento, evidentemente impacta no exercício dos direitos fundamentais mais caros em uma democracia, que são a liberdade e a igualdade, enquanto paradigmas a serem incessantemente garantidos na comunidade.

Vale dizer, a utilização da prática de tratamento de dados sensíveis como forma de impedir o acesso de indivíduos e grupos sociopolíticos e econômicos a bens da vida e a serviços essenciais é uma forma de discriminação ilícita que impacta não somente a esfera da vida privada, mas o espaço público e a própria democracia.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. BARRETO, Roberta Hora Arcieri. A ausência da atividade fiscalizadora na lei geral de proteção de dados pessoais e sua ineficácia. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, vol. 8, n. 2, ago. 2020.

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito “proativo”. **Editorial à Civilística.com**. Rio de Janeiro: a. 8, n. 3, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/lgpd-um-novo-regime/>. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias/Caso-fortuito--forca-maior-e-os-limites-da-responsabilizacao.aspx>. Acesso em: 28 abr. 2020.

ITALIA. Corte di Cassazione. Acórdão de 21 de outubro de 2019. Civile Ord. Sez. 1, Num. 26778. Disponível em: <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=./20191021/snciv@s10@a2019@n26778@tO.clean.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 29 de julho de 2019, C-40/17, EU: C: 2019: 629. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/lang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5147941>. Acesso em: 25 abr. 2020.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

MENDES, Laura Schertel. O direito básico do consumidor à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 95/2014, p. 53 – 75, Set - Out / 2014, DTR\2014\10481.

MENDES, Laura Schertel. O regulamento europeu de proteção de dados pessoais e a lei geral de proteção de dados brasileira: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. The European Global Data Protection Regulation and the Brazil's General Data Protection Law: mapping convergences towards an equivalence level. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 124/2019, p. 157 – 180, Jul - Ago / 2019, DTR\2019\39947.

MENDES, Laura Schertel. Reflexões Iniciais sobre a Nova Lei Geral de Proteção de Dados. The Brazil's General Data Protection Law and the consumer's law. **Revista dos Tribunais**. vol. 1009/2019, p. 173 – 222, Nov / 2019, DTR\2019\40668.

MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. The Brazil's General Data Protection Law and the consumer's law. **Revista dos Tribunais**. vol. 1009/2019, p. 173 – 222, Nov / 2019, DTR\2019\40668.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. HIBNER. Davi Amaral. Parâmetros para a proteção de dados pessoais em tempos de pandemia. **Revista dos Tribunais Online**, v. 8, jul./set. 2020.

A TUTELA DOS DADOS PESSOAIS DO CONSUMIDOR E AS PRÁTICAS DE GEODISCRIMINAÇÃO ELETRÔNICA: GEOPRICING E GEOBLOCKING¹

BÁRBARA GUERRA CHALA²
CÍNTIA BURILLE³

1. INTRODUÇÃO

Desde que nascemos são registrados e armazenados diversos dados a nosso respeito em cadastros públicos e privados, que abrangem desde o nosso nome até registros médicos, escolares, fiscais, empregatícios, partidários, policiais, dentre outros. Décadas atrás, muitas dessas informações eram arquivadas unicamente em registros físicos em papel, circunstância que, paulatinamente, após o advento do computador e com o avanço dos meios tecnológicos e de comunicação, foi sendo substituída por registros eletrônicos, de modo que o acesso e o compartilhamento de dados pessoais se expandiram de maneira abrupta e muito significativa.

-
- 1 Artigo desenvolvido para o V Seminário Internacional de Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis realizado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais, no eixo temático Proteção do Consumidor como Garantia Fundamental Constitucional.
 - 2 Mestranda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP. Especialista em Direito de Família e Sucessões e Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Assessora de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - TJRS. E-mail: barbaragchala@gmail.com.
 - 3 Mestranda na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. Advogada. E-mail: cintia@burilleadvocacia.com.br.

O desenvolvimento tecnológico e informacional, bem como a globalização, inegavelmente trouxeram muitas facilidades ao cotidiano dos indivíduos e viabilizaram o armazenamento de grande volume de informações e a fluidez dos dados, que podem ser disseminados instantaneamente e em larga escala, transpondo barreiras. Ademais, a referida expansão e maturação tecnológica gerou um avanço socioeconômico da informação e ocasionou reflexos importantes nas relações de consumo, assumindo os dados pessoais a figura de insumo essencial da atual economia digital que tomou conta da sociedade.

Nesse contexto, em que os dados pessoais assumiram uma importância estratégica para mover as atividades econômicas, permitindo a eficiência da produção e criando novas formas de relacionamentos intersubjetivos e comerciais, depara-se o direito com novos desafios. Dentre eles, a necessidade de propiciar a proteção adequada dos dados pessoais dos indivíduos e de tutelar de forma efetiva o consumidor frente às inovadoras práticas dos fornecedores no âmbito do comércio eletrônico.

Formula-se, então, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil, na esteira do modelo europeu, com a finalidade de alterar o paradigma de tratamento indiscriminado de dados pessoais, prevenir a ocorrência de danos e resguardar os direitos dos indivíduos. De outro lado, aperfeiçoam-se as práticas abusivas dos fornecedores, com base na utilização de dados pessoais, dentre elas, as técnicas de geodiscriminação.

Desse modo, mostra-se primordial a análise da LGPD e o exame da interlocução desta com as recentes práticas de *geopricing* e *geoblocking* que, muito embora tenham o potencial de afetar aos consumidores de forma significativa, ainda não foram objeto de amplos estudos no País. Objetiva-se, assim, verificar de que forma a novel legislação impacta e pode agregar na tutela do consumidor em vedação às técnicas geodiscriminatórias.

Com esse intuito, no presente estudo será realizada, inicialmente, uma abordagem ampla da LGPD, a começar pela explicitação dos princípios que passaram a nortear a atividade de tratamento de dados pessoais no Brasil. Na sequência, serão expostos os principais eixos que estruturaram a atividade de tratamento de dados pessoais, a partir da regulamentação conferida pela novel legislação, com enfoque nos aspectos que dizem respeito à tutela do consumidor titular de dados pessoais.

Logo após, serão apresentadas as práticas de *geopricing* e *geoblocking* e será averiguado o tratamento jurídico destinado a tais técnicas aplicadas pelos fornecedores no contexto da economia digital. Ao final, objetiva-se verificar se a LGPD colabora na tutela do consumidor titular

de dados frente às práticas de geodiscriminação. Para tanto, adotou-se a metodologia hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica.

2. PRINCÍPIOS QUE INFORMAM O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

A Lei Geral de Proteção de dados (LGPD) surge no ordenamento jurídico para regulamentar o tratamento de dados pessoais no Brasil, compondo, ao lado do Código de Defesa do Consumidor, da Lei do Habeas Data, da Lei do Cadastro positivo, da Lei de Acesso à Informação e do Marco Civil da Internet, o microsistema de proteção de dados pessoais no País. Inspirada no modelo europeu, consistente no Regulamento Geral de Proteção de Dados, a novel legislação propõe normas gerais de interesse nacional e tem por objetivo a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e privacidade, bem como o livre desenvolvimento da pessoa natural.

A lei define marcos para utilização dos dados pessoais, com foco em garantir os direitos de personalidade dos indivíduos, notadamente o direito à privacidade em sua dupla acepção (direito de ser deixado em paz e autodeterminação informativa), sem que isso importe em cerceamento dos direitos comunicativos e oferecendo bases para o adequado desenvolvimento econômico e tecnológico, a partir do estabelecimento de “uma *dialética normativa* de conciliação entre todos esses elementos” (BIONI, 2019, p. 110). O propósito da legislação, portanto, é o de “proporcionar garantias aos direitos do cidadão, ao mesmo tempo em que fornece as bases para o desenvolvimento da economia da informação, baseada nos vetores da confiança, segurança e valor”. (MENDES; DONEDA, 2018, p. 470).

Adotando um conceito expansionista e dinâmico de dado pessoal, a norma brasileira tutela os dados referentes a pessoas naturais, identificadas ou identificáveis, tratados por bancos de dados públicos ou privados. Assim, abrange não somente os dados pessoais que se associam à pessoa natural – por meio de identificadores diretos que diferem um indivíduo -, como também os que potencialmente conduzem à individualização da pessoa - considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião do tratamento -, restando excluídos os dados anonimizados.

Com o propósito de regular a atividade de tratamento de dados pessoais, mas levando em conta que o ambiente digital sofre contínuas alterações e atualizações, circunstância que dificulta o amplo acompa-

nhamento legislativo, a LGPD estabeleceu, de forma salutar, princípios norteadores dessa atividade, com o objetivo de agasalhar as inovações e avanços tecnológicos e atender a contento aos indivíduos.

Pode-se afirmar a existência de uma convergência internacional em relação aos princípios básicos tangentes à proteção de dados que devem nortear a atividade de tratamento, limitando-a e atribuindo ao indivíduo controle sobre o fluxo dos seus dados (MENDES; BIONI, 2019, p. 06). O quadro principiológico, conhecido por *Fair Information Practice Principles* teve a sua positivação na primeira lei a dispor sobre a proteção de dados no mundo, a Lei do Estado de Hesse, na Alemanha, na década de 1970, sendo que desde então são previstos nas legislações princípios semelhantes para nortear o tratamento de tais dados (MENDES; BIONI, 2019, p. 08).

Nesse contexto, a lei brasileira protetiva de dados prevê onze princípios que devem informar toda a atividade de tratamento de dados pessoais (art. 6º LGPD), desde a coleta até a eliminação. Dentre eles, repete os princípios presentes no regulamento europeu e estabelece três diversos: o princípio da segurança, o princípio da prevenção e o princípio da não discriminação (MENDES; BIONI, 2019, p. 08).

Adentrando na análise específica dos princípios previstos na legislação que servem como diretriz de operabilidade no tratamento de dados pessoais e propiciam a sobrevivência da lei ao longo do tempo, coloca-se que as atividades de tratamento de dados pessoais devem, inicialmente, observar a boa-fé. No caso, o princípio da boa-fé se fundamenta na tutela das legítimas expectativas do titular dos dados pessoais frente ao controlador, o que se delinea a partir das circunstâncias concretas em que se deu o consentimento, a finalidade de uso e tratamento dos dados que foi indicada na ocasião, bem como o modo como foram compreendidas as informações prévias oferecidas (MIRAGEM, 2019, p. 177), levando em conta a sua possível vulnerabilidade.

Ademais, as referidas atividades devem atender ao princípio da finalidade, segundo o qual os tratamentos de dados pessoais somente podem ser realizados com finalidade legítima, certa e previamente informada ao titular dos dados. Desse modo, aquele que pretende obter o consentimento do titular de dados pessoais se obriga a informá-lo expressamente acerca das finalidades para as quais pretende utilizar as informações, vinculando-se aos termos da sua manifestação.

O tratamento de dados pessoais também necessita ser compatível com as finalidades informadas ao titular das informações, quando do seu consentimento com a utilização dos dados ou previamente ao tratamento

nas demais hipóteses legais, satisfazendo ao princípio da adequação. Isso porque a adequação se vincula à “situação de confiança que se cria do estrito atendimento dos termos da informação prévia ao consentimento ou do uso informado”. (MIRAGEM, 2019, p. 181).

O princípio da necessidade, por sua vez, abarca a ideia de mínima intervenção na esfera individual, sinalizando que o tratamento de dados pessoais deve se restringir ao mínimo necessário para o atendimento das finalidades propostas. Além das normas já referidas, o princípio da transparência preconiza a necessária transparência sobre o procedimento de tratamento de dados e os sujeitos envolvidos na atividade, vinculando-se a ele o princípio do livre acesso, que se traduz no direito de consulta facilitada e gratuita do titular sobre a integralidade dos seus dados pessoais, bem como sobre a forma e a duração do tratamento destes.

Na mesma esteira, o princípio da qualidade dos dados demanda a imprescindibilidade de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados pessoais de qualquer indivíduo, circunstância que é especialmente importante se for considerado o caráter permanente e contínuo do tratamento de dados e a natural modificação destes no cotidiano da vida, trazendo ao controlador o ônus de manter a sua qualidade (MIRAGEM, 2019, p. 183). Ao longo da nova lei, a mencionada norma se traduz no direito do titular de correção dos seus dados pessoais que foram coletados pelos agentes de tratamento.

O princípio da segurança, por seu turno, em cumprimento ao caráter preventivo da norma, vincula-se à necessidade de zelo pela segurança dos dados pessoais, demandando a adoção de medidas de segurança e proteção no tratamento dessas informações. No âmbito das relações consumeristas, tal princípio se associa ao dever geral de qualidade da prestação de serviço do fornecedor, desdobrando-se no dever de segurança em relação a sua pessoa e patrimônio (MIRAGEM, 2019, p. 184). Na mesma linha, o princípio da prevenção se relaciona à necessidade de prevenir a ocorrência de danos durante o tratamento de dados pessoais.

No que diz respeito ao princípio da não discriminação, demonstra a impossibilidade de tratamento de dados pessoais para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos. Nas relações de consumo, portanto, a vantagem do fornecedor com o processamento dos dados pessoais, com o valoroso aumento da precisão da segmentação e personalização dos consumidores, não pode servir para prejudicar, restringir ou excluir qualquer consumidor da possibilidade de acesso ao consumo (MIRAGEM, 2019, p. 185).

Por derradeiro, entretanto não menos importante, o princípio da responsabilização e prestação de contas impõe aos agentes de tratamento a demonstração da observância e do cumprimento das normas de proteção dos dados pessoais, bem como a eficácia das medidas adotadas. Dentre as mencionadas normas protetivas, cumpre frisar para os fins deste estudo a defesa do consumidor, expressamente prevista dentre os fundamentos da LGPD.

3. PRINCIPAIS EIXOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Examinados os princípios que informam a atividade de tratamento de dados pessoais e constituem, junto aos direitos do titular, um dos eixos em torno do qual se estrutura a proteção de dados pessoais instituída pela LGPD, necessário se faz adentrar na análise dos demais pilares que articulam a proteção de dados pessoais, ao efeito de possibilitar um panorama geral sobre a regulamentação do tema, são eles: 1) unidade e generalidade da aplicação da Lei; 2) legitimação para o tratamento de dados; 3) direitos do titular; 4) obrigações dos agentes de tratamento de dados pessoais; e 5) responsabilização dos agentes de tratamento de dados pessoais (MENDES; DONEDA, 2018, p. 470-471).

A LGPD pode ser definida e caracterizada por sua generalidade e unidade. Isso porque “a Lei concentra-se na proteção dos dados do cidadão, independentemente de quem realiza o seu tratamento, aplicando-se, assim, tanto aos setores privado e público, sem distinção da modalidade de tratamento de dados” (MENDES; DONEDA, 2018, p. 471).

A aplicação indistinta e horizontal da lei - guardadas algumas expressas exceções nela previstas e que são moldadas de forma a não comprometer a sua integridade - garante, por um lado, a segurança das pessoas naturais titulares de dados pessoais e, de outro lado, proporciona isonomia entre os entes - públicos e privados - que realizam o tratamento de dados pessoais (MENDES; DONEDA, 2018, p. 471), circunstâncias que se mostram amplamente benéficas a todos.

Adotando o modelo *ex-ante* de proteção (MENDES; BIONI, 2019, p. 166), a lei brasileira estabeleceu hipóteses autorizativas do tratamento de dados pessoais, sem as quais os agentes de tratamento não podem realizá-lo. Foram previstas dez bases normativas autorizadoras do tratamento de dados pessoais no Brasil, são elas: a) mediante consentimento do titular fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre

a manifestação de vontade do titular; b) por força de cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; c) para execução de políticas públicas; d) para realização de estudos por órgãos de pesquisa; e) para execução do contrato de qual o titular dos dados pessoais seja parte; f) exercício regular de direito em processo judicial, administrativo ou arbitral; g) proteção da vida ou da incolumidade física; h) para tutela da saúde; i) legítimo interesse; e j) proteção ao crédito.

Em comparação com o direito europeu, as hipóteses que legitimam o tratamento de dados pessoais no Brasil apresentam elevada semelhança, com a diferença de que a lei pátria possui quatro bases legais adicionais, quais sejam: a realização de estudos por órgão de pesquisa, o exercício regular de direitos em processo, a tutela da saúde, e a proteção do crédito (MENDES; BIONI, 2019, p. 165). Importa ao presente estudo, no entanto, esmiuçar apenas as cinco hipóteses que mais se relacionam com o direito do consumidor, a partir das quais se verificam os casos em que o consumidor, enquanto titular de informações, será tutelado pela LGPD.

Com efeito, o tratamento de dados pessoais é primordialmente permitido nos casos em que o titular das informações concordar com a atividade, por intermédio de manifestação livre, informada, inequívoca e para finalidade determinada. A formação imperfeita desse elemento volitivo é considerada como vício de consentimento e o torna nulo (TEFFÉ; VIOLA, 2020, p. 10).

Por meio do adjetivo livre, depreende-se que a ação de consentimento deve ser espontânea, liberta de qualquer pressão e caracterizada pelo livre arbítrio na escolha do titular de dados pessoais (BIONI, 2019, p. 197), possuindo este a escolha entre aceitar e recusar a utilização do seu bem (TEFFÉ; VIOLA, 2020, p. 7). A manifestação do titular, ademais, precisa ser informada, precedida de transparente comunicação acerca do tratamento dos dados pessoais, porquanto “a informação é fator determinante para a expressão de um consentimento livre e consciente, direcionado a tratamento específico, para determinado agente e sob determinadas condições” (TEFFÉ; VIOLA, 2020, p. 9).

Além dessas características volitivas, mostra-se imprescindível que a manifestação de concordância com o tratamento de dados pessoais seja perceptível pelo titular, ou seja, inequívoca, compreendida por ele como tal (MIRAGEM, 2019, p. 191) e desprovida de ambiguidade (TEFFÉ; VIOLA, 2020, p. 10). Dessa forma, nas relações de consumo por meio digital é exigido que a forma ou o momento de realização do consentimento seja devidamente identificado (MIRAGEM, 2019, p. 191).

A legislação protetiva de dados também exige que a declaração da vontade do titular tenha um direcionamento, sendo exarada para uma finalidade determinada, porquanto não pode o indivíduo consentir no vazio e de forma genérica (BIONI, 2019, p. 198). Qualificada a manifestação volitiva do titular de dados pessoais com todos os mencionados requisitos, esta pode ser exarada por escrito, em cláusula destacada das demais disposições contratuais, ou por outro meio que demonstre a sua concordância.

Em algumas hipóteses, porém, considerado o elevado risco do tratamento dos dados pessoais, é exigido um “consentimento especial – ainda mais adjetivado – “(BIONI, 2019, p. 239) e específico, por conta da natureza peculiar dos dados objeto de tratamento (dados sensíveis) ou em razão da vulnerabilidade do titular dos dados (dados de crianças e adolescentes).

No que se refere aos dados sensíveis, a disciplina especial destinada pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, quanto ao consentimento e em relação a outras peculiaridades, “tem a finalidade de prevenir e reduzir os riscos de discriminação em razão dos critérios proibidos pela Constituição, a partir da delimitação mais estrita das condições do seu tratamento” (MIRAGEM, 2019, p. 196). Isso porque a circulação de dados pessoais sensíveis causa um risco maior à personalidade do indivíduo, notadamente se forem utilizados com intuito discriminatório.

Para tratamento de dados de criança e adolescente por ocasião de consentimento, este deve ser exarado por pelo menos um de seus genitores ou pelo seu representante legal. Todavia, se os dados do menor de idade forem tratados justamente para viabilizar o contato com os seus pais ou responsáveis, ou, ainda, para sua proteção, é admitida a possibilidade de coleta sem consentimento, desde que tais dados não sejam repassados a terceiros, tampouco armazenados, e sejam utilizados uma única vez.

Mais do que isso, há também uma situação geral em que é dispensada a manifestação de consentimento do titular dos dados pessoais, que ocorre quando o próprio indivíduo os torna manifestamente públicos. Mesmo nessa hipótese *sui generis*, devem ser resguardadas os direitos e os princípios norteadores da novel legislação.

Hipótese estrutural da legitimação para o tratamento de dados pessoais, a manifestação de consentimento do titular de dados pessoais é bem presente nas relações consumeristas, motivo pelo qual ganhou destacada atenção no presente estudo. Todavia, não é apenas o consentimento que torna possível o tratamento de dados pessoais do consumidor.

O tratamento de dados também é permitido quando se mostrar necessário para a execução de contrato em que o titular de dados pessoais seja parte, ou em procedimentos preliminares contratuais. Outra situação importante que legitima o tratamento de dados pessoais se apresenta quando a atividade for necessária para atender interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto em caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção das informações. A hipótese do legítimo interesse ganhou na legislação “o *status* de uma nova “carta coringa regulatória” para abraçar uma miríade de possíveis usos dos dados” (BIONI, 2019, p. 249).

Inobstante tais hipóteses, o tratamento de dados pessoais dos consumidores se mostra igualmente viável para o exercício regular de direito em processo judicial, administrativo e arbitral, bem como para proteção de crédito, que é a finalidade mais tradicional no Brasil e já estava de certa forma regulamentada por intermédio do Código de Defesa do Consumidor e da Lei do Cadastro Positivo.

Autorizado o tratamento de dados, em decorrência de uma das dez citadas hipóteses legitimadoras previstas na LGPD, devem ser resguardados os direitos do titular dessas informações durante a sua utilização. No Brasil, são previstos diversos direitos em benefício dos titulares de dados pessoais, que guardam bastante semelhança com aqueles previstos no regulamento europeu.

O titular possui, primordialmente, o direito de confirmar a existência de tratamento dos seus dados pessoais. A obtenção da informação acerca do tratamento dos dados ocorrerá mediante requerimento expresso do titular, ou de seu representante legal, a agente de tratamento, que poderá postular uma declaração simplificada, a ser respondida de forma imediata, ou uma declaração completa que, em regra, deverá ser respondida em quinze dias, sob a forma eletrônica ou impressa.

Além da confirmação, o titular de dados pessoais também possui direito de acesso aos dados a seu respeito de que dispõe o controlador, assim como a forma como se dará o seu tratamento, mediante consulta facilitada e gratuita. Assim como ocorre para a confirmação da existência de tratamento de dados, o titular pode exigir uma declaração simplificada ou completa.

Com acesso aos seus dados, caso o titular observe a incorreção das informações, por incompletude, inexatidão ou desatualização, tem o direito de exigir a retificação dos dados, por intermédio de requerimento. E, caso o agente de tratamento que recebeu o requerimento tenha com-

partilhado previamente os dados incorretos, tem o dever de comunicar imediatamente a todos com quem tenha compartilhado para que adotem o mesmo procedimento de correção.

Em paralelo, o titular de dados pessoais também possui o direito de postular a portabilidade das suas informações. A portabilidade dos dados pessoais se dá, sobretudo, no âmbito das relações de consumo, de um fornecedor de produto ou serviço para outro, por solicitação do consumidor, que passa a ter a faculdade de celebrar novo contrato levando consigo as informações relevantes do ajuste anterior, assegurando a sua liberdade de escolha no mercado e viabilizando a prestação de serviços de acordo com a sua necessidade (MIRAGEM, 2019, p. 23).

A eliminação dos dados pessoais ao final do seu tratamento também constitui direito do titular, assim como a eliminação das informações pessoais desnecessárias, excessivas ou tratadas em desconformidade com a lei, sendo que nessas três últimas hipóteses o titular também possui a faculdade de postular a anonimização ou o bloqueio dos dados. É autorizada a conservação dos dados, entretanto, especialmente em relações consumeristas, para uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados.

No que tange aos direitos de obtenção de informações, o titular dos dados pessoais tem direito de requerer esclarecimentos sobre o compartilhamento dos seus dados com entidades públicas ou privadas, bem como acerca da possibilidade de não consentir com o tratamento de dados e, por conseguinte, sobre as consequências da sua negativa. Mesmo nos casos em que o titular dos dados concorde regularmente com a atividade de tratamento, por intermédio de manifestação livre, informada, inequívoca e para finalidade determinada, a qualquer tempo possui o direito de revogar o consentimento exarado. Isso porque o direito à revogação do consentimento é inerente à autodeterminação informativa do titular dos dados pessoais e deve ser possibilitado por procedimento gratuito e facilitado.

A LGPD não abarca, no entanto, somente direitos aos titulares de dados pessoais, como também obrigações aos agentes que realizam a atividade de tratamento das informações. As obrigações impostas aos agentes de tratamento se prestam para regular o bom andamento da atividade, principalmente com o intuito de evitar a ocorrência de danos aos titulares de dados pessoais, importando citar no presente estudo algumas primordiais.

Com efeito, os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança adequadas para proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, co-

municação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. Possui o controlador, ademais, a obrigação de comunicar à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) em caso de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares das informações pessoais, como, por exemplo, na hipótese de vazamento de dados. A Autoridade, assim, após averiguar a severidade do incidente, poderá determinar a adoção de providências para reverter ou mitigar os efeitos do incidente ou, ainda, a ampla divulgação do ocorrido nos meios de comunicação. A lei impõe, ainda, que o controlador realize relatório de impacto à privacidade, que deve incluir, no mínimo, a descrição do tipo de dados coletado, a metodologia utilizada para captação e para garantia da segurança, listando as medidas adotadas para segurança e mitigação de riscos, quando solicitado pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

É evidente, ao longo do texto normativo da LGPD, o seu caráter preventivo e a sua preocupação e estímulo constantes em prevenir riscos, mitigar danos e propagar uma cultura de boas práticas (BODIN DE MORAES, 2020). Nesse contexto, foi arquitetado um sistema intitulado de responsabilização ativa, na medida em que não descumprir a lei não é mais suficiente, sendo imprescindível demonstrar a proativa prevenção da ocorrência de danos (BODIN DE MORAES, 2020).

Entretanto, parece inevitável que, em alguns casos, não obstante as precauções tomadas pelos agentes de tratamento para prevenir e evitar a ocorrência de prejuízos, os titulares de dados pessoais acabem por experimentar danos em decorrência das atividades de tratamento de dados. Dessa forma, para resguardá-los nessas hipóteses, a LGPD traz um regime de responsabilidade objetiva, em que não há a perquirição da culpa dos agentes de tratamento.

O operador, como agente que realiza o tratamento de dados pessoais, somente será responsabilizado nos por atos que cometa que sejam contrários à Lei ou às instruções fornecidas pelo controlador, casos nos quais há responsabilidade solidária entre controlador e operador. Ao controlador, como agente que emana a ordem de tratamento, cabe a responsabilidade nas demais hipóteses e, em eventual caso em que exista mais de um controlador, ambos respondem de forma solidária (MENDES; DONEDA, 2018, p. 474).

A responsabilidade dos agentes de tratamento somente será afastada quando incidir na hipótese uma das excludentes previstas na legislação, ou seja, quando os agentes provarem que não realizaram o tratamento de dados pessoais, ou demonstrarem que, embora tenham realizado o trata-

mento, não houve violação à legislação de proteção de dados, ou, ainda, que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

4. AS PRÁTICAS DE GEODISCRIMINAÇÃO DIGITAL

Inegável que, no decorrer dos últimos anos, os internautas cada vez mais se transformam em consumidores, sendo prova deste fato o exponencial aumento do comércio eletrônico, o qual gera no consumidor a sensação de liberdade e de amplo poder de escolha. No Brasil, observa-se que apenas entre os anos de 2012 e 2018 “houve um crescimento de cerca de 19 milhões de usuários de Internet que realizaram essa atividade” (COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL, 2018, p. 103).

O incremento do comércio eletrônico, aliado às novas práticas de tratamento de dados pessoais dos indivíduos e às inovadoras tecnologias disponíveis, lançou importantes desafios no âmbito do direito do consumidor. Isso porque os fornecedores, no contexto digital da sociedade de informação, começaram a coletar e processar cada vez mais dados dos consumidores, bem como a se valer de novas técnicas, por vezes agressivas e espúrias, para traçar o perfil destes e segmentá-los, de acordo com o seu padrão de compra, sua localização, a interação que realizam em redes sociais e diversos outros dados disponíveis na rede mundial de computadores.

A coleta e o tratamento de dados das empresas de *e-commerce*, por um lado, ajustam a pesquisa de mercado sob medida para os desejos de cada consumidor, de modo a personalizar a sua experiência na internet, circunstância que na maior parte das vezes lhe é benéfica (FORTES; MARTINS; OLIVEIRA, 2019, p. 237), pois lhe traz conveniência. Entretanto, apesar da fachada constituída pela liberdade de escolha e pela oferta de preços como resultado da competitividade entre os diferentes atores do mercado, o ecossistema virtual em que ocorre o comércio eletrônico também possibilita a elaboração de perfis dos consumidores e viabiliza a manipulação das ofertas por grandes empresas (FORTES; MARTINS; OLIVEIRA, 2019, p. 238), em benefício das suas atividades, a partir do tratamento de dados pessoais.

Nessa perspectiva econômica, é que se afirma que “a posse dados pessoais adquire crescente valor” (MIRAGEM, 2019, P. 175) e estes podem ser considerados como o novo petróleo dos tempos atuais, posto que são vistos como o insumo essencial para a maioria das atividades econômicas praticadas atualmente (FRAZÃO, 2019, p. 24), causando forte

influência no direito do consumidor. “Informação é poder, instrumento de controle e moeda de troca no século XXI” (MARTINI; BERGSTEIN, 2019, p. 167), que possui uma economia totalmente “informacional, global e em rede” (CASTELLS, 2002, p. 119).

Curiosa ilustração que torna acessível a visualização dos dados pessoais como a nova *commodity* dos tempos atuais é a calculadora desenvolvida pelo jornal *Financial Times*⁴, em 2015 e atualizada em 2017, “com o objetivo de estipular, de maneira crítica, o valor dos dados pessoais, levando em conta informações pessoais do indivíduo, em um cenário de verdadeira monetização da personalidade” (REGIS, 2020, p. 68).

Dentre as práticas comerciais que se desenvolveram no contexto da sociedade de informação e são comumente aplicadas pelos fornecedores com base nos dados pessoais captados dos consumidores, optou-se neste estudo por focar naquelas que consistem na geodiscriminação digital. A escolha se deve ao fato de que tais práticas somente foram viabilizadas por meio do tratamento de dados pessoais dos consumidores, especificamente da sua posição geográfica quando da compra de produtos ou serviços em *sites* na internet (DIAS; NOGUEIRA; QUIRINO, 2019, p. 74).

O *geopricing* consiste na determinação de preços diferenciada para oferta de produtos e serviços, no comércio eletrônico, sem justa causa, com base na localização do consumidor. O *geoblocking*, por sua vez, “pode ser definido como o conjunto de práticas comerciais que impedem determinados consumidores de acessar e/ou comprar bens ou serviços oferecidos por intermédio de uma interface *online*, com fundamento na localização do cliente” (FORTES; MARTINS; OLIVEIRA, 2019, p. 239).

Com a onipresença da internet, que passou a ser acessada a partir dos mais diversos dispositivos eletrônicos, conjugada com a possibilidade de monitoramento da localização geográfica destes dispositivos, as práticas de *geopricing* e do *geoblocking* começaram a ser verificadas pelo mundo a fora. Um dos primeiros casos que chamou grande atenção pela prática abusiva e discriminatória da cobrança de preços diferentes aos consumidores, pelos mesmos produtos, com base em critério geográfico, ocorreu em 2000, e foi perpetrado pela famosa empresa *Amazon* que, após a descoberta, devolveu o dinheiro aos consumidores e com eles desculpou-se, comprometendo-se publicamente a jamais usar dados geográficos para construir sua política de preços (FORTES; MARTINS; OLIVEIRA, 2019, p. 238).

4 A calculadora ainda está disponível: <<https://ig.ft.com/how-much-is-your-personal-data-worth/>>. Acesso em: 11 maio 20.

No Brasil, o caso mais emblemático sobre o tema e que foi amplamente divulgado pela mídia (PAMPLONA, 2018), ocorreu em 2018, quando o Ministério Público ajuizou uma ação civil pública em desfavor da empresa de comércio eletrônico Decolar.com, alegando ofensa aos interesses difusos dos consumidores. Fundamentou sua pretensão jurídica na geodiscriminação ativa dos consumidores que estava sendo perpetrada pela sociedade empresária no serviço de venda eletrônica de passagens e reservas de hotéis, por intermédio das práticas de *geoblocking* e *geopricing*, na medida em que esta manipulava ofertas, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, deixando de ofertar, ou ofertando por preço mais elevado, passagens e hospedagens para alguns consumidores de determinadas localidades em comparação a outros que apenas residiam em localidade diversa.

No caso, os consumidores não teriam sido informados sobre a coleta dos seus dados pessoais e acerca do fato de que as informações relativas à sua localização geográfica seriam utilizadas para a precificação do fornecedor, tampouco para o bloqueio de ofertas, como comumente é realizado nas práticas de geodiscriminação. Nessa toada, o Ministério Público postulou a declaração expressa de ilegalidade das práticas e o pagamento de indenização aos consumidores lesados, sendo que, até a conclusão deste estudo, a ação coletiva ainda se encontra em tramitação e foi a única que já levou ao julgamento do Superior Tribunal de Justiça tais técnicas, que são recentíssimas, embora a decisão seja periférica à discussão. Paralelamente, a empresa Decolar.com foi condenada pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor a pagar uma multa milionária, no valor de sete milhões e quinhentos mil reais (DIAS; NOGUEIRA; QUIRINO, 2019, p. 74), em razão da utilização das mencionadas práticas de geodiscriminação digital.

Nesse panorama, é possível afirmar que, antes da promulgação da LGPD, a vedação das práticas de discriminação geográfica eletrônica dos consumidores encontrava respaldo inicialmente na Constituição Federal, através do princípio constitucional da isonomia e do direito à igualdade, consagrados no artigo 5º. Ademais, o artigo 170 da Carta Magna também repudia qualquer prática discriminatória, na medida em que dispõe que a ordem econômica deve buscar a redução das desigualdades regionais e sociais, bem como preconiza a defesa do consumidor.

No âmbito infraconstitucional, o Código de Defesa do Consumidor também vai de encontro às mencionadas práticas, uma vez que consagra a não discriminação e o direito de informação como direi-

tos básicos do consumidor. Mais do que isso, o Diploma veda as práticas abusivas do fornecedor de recusar atendimento às demandas do consumidor e de elevar, sem justa causa, o preço de produtos ou serviços.

Na mesma linha, a proteção do consumidor contra práticas geodiscriminatórias encontrava guarida no Marco Civil da Internet que assegura como direitos do usuário, dentre outros, a informação e a proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet. A lei garante, ainda o tratamento isonômico da transmissão, comutação ou roteamento de quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.

Para além do espectro de proteção dos consumidores, o *geopricing* e o *geoblocking* representam práticas de concorrência desleal, porquanto causam prejuízos a outras empresas do mesmo setor que não se beneficiem da ilicitude. As técnicas, portanto, podem configurar crime de concorrência desleal, nos moldes do disposto no artigo 195, III, da Lei 9.279/1996. Outrossim, de acordo com os ditames da Lei 12.539/11, que regula o Sistema Brasileiro de Proteção da Concorrência, constitui infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos limitem, falseiem ou prejudiquem a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Com o referido arcabouço normativo, já se mostrava possível, como o fez o Ministério Público quando do ajuizamento da ação coletiva em detrimento da empresa Decolar.com, buscar a proteção dos consumidores frente à ocorrência de práticas de geodiscriminação, garantindo que o fornecedor ofereça as mesmas condições de tratamento a todos os contratantes. Questiona-se, entretanto, se agora, com o advento da LGPD, haverá uma tutela mais efetiva do consumidor.

Embora não haja vedação e regulamentação expressa de tais técnicas na novel legislação, a resposta é positiva, na medida em que a LGPD traz um maior respaldo ao consumidor, resguardando-o. A legislação tutela o consumidor, inicialmente, na medida em preceitua a impossibilidade do tratamento de dados pessoais para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos, por intermédio do princípio da não discriminação. Ainda nesta seara, os princípios da transparência e da finalidade garantem que o consumidor titular de dados pessoais receba informações claras e precisas sobre o tratamento das suas informações e para qual finalidade elas serão utilizadas, as quais deverão ser legítimas, específicas e explícitas, normas que direcionam na contramão de como ocorrem as práticas de *geopricing* e *geoblocking*.

Outrossim, para legitimar o tratamento de dados pessoais relativos à localização do consumidor, seria necessário, em cumprimento à LGPD, que o titular das informações tivesse exarado o seu consentimento prévio, livre, informado, inequívoco e para finalidade determinada, o que, nas situações em que já se verificou o *geoprincing* e o *geoblocking* nunca ocorre. Dessa forma, observa-se que a lei impõe mais uma limitante à utilização da informação referente à localização do consumidor. Por meio da LGPD mostra-se possível, ainda, a reparação do consumidor titular de dados pessoais que venha a experimentar algum dano – moral ou material, individual ou coletivo – em decorrência das práticas de geolocalização discriminatória que tenham se valido do tratamento irregular de dados pessoais.

Nesse contexto, conclui-se que a novel legislação surge em abono aos direitos e garantias do consumidor titular de dados, que se apresente como “(hiper)vulnerável em meio a esse mercado informacional” (BIONI, 2019, p. 165) e, na falta de norma específica vedando as práticas geodiscriminatórias, poderá se socorrer da LGPD para resguardar os seus interesses.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual mundo hiperconectado em que vivemos, tornou-se fundamental a discussão sobre a proteção de dados pessoais, notadamente pelo fato de as informações dos indivíduos terem se tornado peça chave da configuração econômica atual. Como se vê, os dados pessoais dos brasileiros têm sido coletados e processados para fomentar diversas práticas dos fornecedores no contexto do comércio eletrônico, algumas delas abusivas e espúrias, como o *geoprincing* e o *geoblocking*.

A LGPD, assim, restou inaugurada no ordenamento jurídico pátrio para regulamentar a atividade de tratamento de dados pessoais, suprindo uma lacuna de longa data no País. Com a finalidade de lançar diretrizes norteadoras para a atividade, formula a legislação onze importantes princípios para regê-la e mantê-la viva. Dividida em cinco primordiais eixos estruturantes, a novel legislação geral prevê as hipóteses autorizadoras do tratamento de dados pessoais, abarca direitos dos titulares de dados e impõe obrigações aos agentes de tratamento, bem como formula um regime de responsabilização em caso de dano ao titular por ocasião de tratamento das suas informações pessoais.

Inegável, portanto, o imenso impacto que a LGPD acarretou, trazendo inúmeras transformações e parâmetros no que tange ao tratamento de dados pessoais, com o fito de impedir violações aos direitos dos indivíduos e, ao mesmo tempo, permitir um adequado e seguro desenvolvimento econômico e tecnológico. Nessa linha, buscou-se no presente estudo enfocar nos efeitos específicos da novel legislação em relação às práticas de geodiscriminação digital, que colocam em risco os direitos do indivíduo, tanto como consumidor, quanto como titular de dados.

Concluiu-se que as práticas de geodiscriminação digital já eram vedadas e abominadas pelo direito brasileiro. Entretanto, tal impedimento ganha reforço com o advento da LGPD que, além de tutelar de forma mais efetiva os interesses dos consumidores titulares de dados pessoais, possibilita a reparação adequada e integral destes em caso de dano iniciado a partir do tratamento das informações pessoais do indivíduo.

Resta à sociedade, agora, assimilar o novo regramento, que traz segurança jurídica não somente aos cidadãos, como também aos agentes de tratamento, e adaptar-se à nova realidade que, sem dúvidas, tutela de forma mais adequada e efetiva os interesses dos consumidores titulares de dados pessoais, contribuindo para a vedação do tratamento discriminatório dos consumidores digitais. Deve ser desenvolvida, portanto, uma legítima cultura de proteção de dados pessoais no Brasil, sendo o progresso tecnológico pautado pela ética da responsabilidade.

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: A função e os limites do consentimento**. São Paulo: Forense, 2019.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito “proativo”. Editorial à **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: a. 8, n. 3, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/lgpd-um-novo-regime/>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n. 61.306/RJ**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 10/12/2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=GEOPRICING&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 13 maio 2020.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Pesquisa sobre o Uso das**

Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros: TIC Domicílios 2018. São Paulo: Comitê Gestor da Internet, 2018.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede.** A era da informação: economia, sociedade e cultura. vol. 1. 6. ed. rev. e atual. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

DIAS, Daniel; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. Vedação à discriminação de preços sem justa causa: uma interpretação constitucional e útil do art. 39, X, do CDC. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 121, p. 51-97, jan./fev. 2019.

FORTES, Pedro Rubim Borges; MARTINS, Guilherme Magalhães; OLIVEIRA, Pedro Farias. O consumidor contemporâneo no show de Truman: a geodiscriminação digital como prática ilícita no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 124, p. 235-260, jul./ago. 2019.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção de dados pessoais – Noções introdutórias para a compreensão da importância da lei geral de proteção de dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

HOW much is your personal data worth? **Financial Times**, Londres, 12 jun. 2015. Disponível em: <<https://ig.ft.com/how-much-is-your-personal-data-worth/>>. Acesso em: 07 abr. 2020.

MACHADO, Diego; DONEDA, Danilo. Proteção de dados pessoais e criptografia: tecnologias criptográficas entre anonimização e pseudonimização de dados. **Caderno Especial – A Regulação da Criptografia no Direito Brasileiro.** São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 1, p. 99-128, dez. 2018.

MACHADO, Fernando Inglez de Souza; RUARO, Regina Linden. Publicidade comportamental, proteção de dados pessoais e o direito do consumidor. **Conpedi Law Review.** Braga, v. 3, n. 2, p. 421-440, jul./dez. 2017.

MARTINI, Sandra Regina; BERGSTEIN, Laís. Aproximações entre o direito ao esquecimento e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Revista Científica Disruptiva**, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019.

MENDES, Laura Schertel; BIONI, Bruno R. O Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira: Mapeando Convergências na Direção de um Nível de Equivalência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 124, p. 157-180, jul.-ago. 2019.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova lei geral de proteção de dados. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018.

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o Direito do Consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 1009, p. 173-222, nov. 2019.

PAMPLONA, Nicola. Ministério Público do Rio acusa Decolar.com de manipular preços. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/02/mp-do-rio-acusa-decolarcom-de-manipular-precos.shtml>. Acesso em: 10 maio 2020.

PEDUZZI, Pedro. Decolar.com é multada em R\$ 7,5 milhões. **Agência Brasil**, 18.06.2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-06/decolarcom-e-multada-em-r75-milhoes>>. Acesso em: 12 maio 2020.

REGIS, Erick da Silva. Linhas gerais sobre a Lei 13.709/2018 (LGPD): objetivos, fundamentos e axiologia da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira e a tutela de personalidade/privacidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 103, p. 63-100, jan./fev. 2020.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <<http://civilistica.com/tratamento-de-dados-pessoais-na-lgpd/>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

TEIXEIRA, Matheus. Decolar.com é multada por cobrar preços diferentes de acordo com a região. **Jota**. 18 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/jotinhas/decolar-multada-cobrar-precos-de-acordo-com-a-regiao-18062018>>. Acesso em: 12 maio 2020.

TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A PARTIR DE UN ESTATUTO PROCESAL CIVIL RESIDUAL

HÉCTOR FRANCISCO ARÉVALO FÓMEQUE¹

INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales es usual entender se protegen y así ha sido, a partir de acciones jurisdiccionales de estirpe Constitucional, vale señalar, la acción de amparo, conocida en el ordenamiento jurídico colombiano como acción de tutela, la cual puede ser ejercida por cualquier persona o grupo de personas para la protección de sus derechos fundamentales; la denominada acción de cumplimiento, por la cual una persona ya sea natural o jurídica, busca obtener el cumplimiento de una norma imperativa, o de un acto emanado de autoridad competente, por parte del obligado, sea este persona particular, o funcionario público en razón del cargo que desempeñe. Igualmente lo es la acción popular, cuyo objeto consiste en la protección de los intereses y derechos colectivos, los cuales se consideran vulnerados por el accionar o la omisión de autoridad oficial, pero también por un particular, cuando se considere que por ello se ha causado un perjuicio o se da una amenaza cierta que podrá llegar a ocurrir. Pertenece también a las denominadas acciones Constitucionales la de grupo, bajo sus dos características básicas, de un lado ser de utilización por un grupo de personas igual o superior a veinte, indistintamente naturales o jurídicas, quienes de

1 Abogado Universidad Libre, Colombia. Magister en Derecho Procesal y Probatorio. Docente internacional de Maestría en Derecho Procesal, Derecho Probatorio, Arbitramento. Conferencista internacional y docente en temas del Derecho Constitucional y Procesal Constitucional; en temas del Derecho Procesal Civil y el Contencioso Administrativo. hfarevalo@gmail.com

suyo consideren que han sufrido similar perjuicio y que por tanto persigan, cada quien, un fin indemnizatorio. El Habeas Corpus, mecanismo superior garantista de la libertad de las personas, cuando quien ha sido privado de la libertad y considerare estarlo ilegalmente, podrá solicitarlo ante autoridad judicial, a fin, a la brevedad le sea resuelto. Bajo el mismo origen de norma supralegal el Habeas Data, mecanismo por el cual cualquier ciudadano podrá conocer, por tanto, solicitar la rectificación o actualización de aquella información que de sí mismo se encuentre en bancos de datos, sistemas estadísticos o archivos de entidades públicas o en manos de particulares.

Capítulo aparte amerita la denominada *acción de inconstitucionalidad* por la cual, en Colombia la Corte Constitucional viene a cumplir una función nomofiláctica o de protección de la norma superior, cuando normas de origen legal tienden a desconocer o ir en contravía de la normatividad Constitucional².

Mas el presente trabajo tiene el propósito de demostrar como la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, ya sean individuales o colectivos, pueden y deben tener una protección desde la normatividad de estirpe legal, lo cual de suyo debe darse de la normatividad sustancial, como la procesal.

La Constitucionalización del derecho procesal ha llevado a los estatutos procesales a regular normativamente, ya no solo a presumirlo, la protección de los derechos supraleales a partir de la norma procesal legal.

Para el caso colombiano, ese análisis nos proponemos abordarlo a partir de la Ley 1564 de 2012, contentiva del Código General del Proceso, el tiene una función residual y de integración normativa.

1. ANTECEDENTES DEL ACTUAL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO EN COLOMBIA

Los estatutos procesales civiles en Colombia históricamente han tenido vigencia de cuarenta años en promedio. Así, el Código de Procedimiento Civil, del año 1970 hasta año 2012, cuando se promulgó el actual

2 Respecto de la acción de tutela su regulación base se encuentra en la Constitución Política de Colombia en el artículo 86, más su reglamentación ocurre con el Decreto 2591 de 1991. A su turno la acción de cumplimiento contenida en el artículo 87 C.P., las acciones populares en el artículo 88; las de grupo en el artículo 89 Superior. El ordenamiento legal en la Ley 472 de 1998 desarrolla el mandato Constitucional tratándose tanto de las acciones populares, como las de grupo.

Código General del Proceso, en adelante CGP. Previo a aquel, el Código Judicial de 1931.

El Código de Procedimiento Civil (CPC) en sus principios rectores refería tangencialmente a la aplicación de los principios generales del derecho procesal, a fin cumplir con la garantía constitucional del debido proceso. A su vez, que los vacíos y deficiencias de dicho estatuto procesal se debían llenar con normas que regularan casos análogos, y a falta de estas con los principios constitucionales y generales del derecho procesal. Estas citas tangenciales al debido proceso y referencia genérica a los principios constitucionales, se deben entender en su momento -año 1970- como un gran avance para la época, cuando se daba un divorcio o aislamiento entre la norma constitucional frente a la de naturaleza legal, todo ello en vigencia de la Constitución precedente de 1886. Referir a la observancia de los derechos y garantías fundamentales de forma explícita, no era usual en época en la cual pareciere que lo importante para los juzgadores, era aquello que estuviese consagrado en la norma de naturaleza legal.

2. EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, SU IMPORTANCIA COMO NORMA RESIDUAL.

Por regla general los estatutos procesales carecen de vacíos, en ocasiones en aspectos trascendentes, que impone la necesidad de ser llenados o suplidos con normas que regulen casos similares. A falta de normatividad expresa, se debe acudir como regla supletiva de segundo plano a los principios constitucionales y generales derecho del derecho procesal, incluso a la costumbre, la cual no es excluyente, a contrario, complementa la ausencia de norma expresa³.

3 Sobre este aspecto, llenar aquellos vacíos normativos hallados en la ley procesal, como fuentes supletivas, la C.P. de Colombia en su artículo 230 que los jueces en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. De suyo no hace referencia a esa fuente primaria como lo es la costumbre, lo que no significa que no se constituya en fuente. El artículo 13 de la Ley 153 de 1887 indica: *“La costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”*. A su turno, el artículo 8º del Código Civil determina: *“La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea”*.

El estatuto procesal civil en comento, si bien señala que los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley, deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Al señalarse que los principios constitucionales y los principios generales de derecho son reglas supletivas de segundo plano, no se está indicado respecto de ellos una importancia inferior o condicionada, no, se hace esa referencia en el sentido de lo supletivo para denotar su aplicación solo en la medida de carencia de regla jurídica expresa. Toda norma de estirpe legal debe en todo caso estar ajustada a la Constitución Política o Constitución nacional de los Estados.

El Código General del Proceso (CGP) a voces del artículo 1º, en cuanto a su objeto, señala que regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, agrarios y de familia. Además de aplicación, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad, igualmente indica la norma en cita, a las actuaciones de particulares y de autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes. Nótese por tanto la importancia del estatuto procesal civil con su carácter de residual frente a los demás estatutos procesales⁴.

Cuando estatutos procesales tales como el Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo (CPACA), y otros tantos de índole general, o que regulan temas sustanciales específicos, así los estatutos del consumidor y el arbitral, adviertan vacíos en su regulación procesal o probatoria, estos serán suplidos por el ordenamiento procesal civil, de ahí su carácter de residual, insistimos.

3. EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, ESTATUTO PROTECTOR Y EFECTIVIZADOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Señalamos previamente que si bien en nuestro medio jurídico colombiano, coincidiendo ampliamente con otras legislaciones, la protección de los derechos y garantías fundamentales disponen de acciones

4 En Colombia la Corte Constitucional precisó lo que para su momento se establecía en una posición no pacífica relativa a la existencia de falta de jurisdicción o de competencia en el juzgador. Determinó que, si bien la jurisdicción es una sola, la del Estado, dado la diversidad de conflictos, admite clasificarla en jurisdicción ordinaria y jurisdicciones especiales. Siendo que la primera a su vez se contiene a partir de especialidades jurisdiccionales. Sentencia C-662 de 2004. Ello permite aclarar y comprender el contenido y alcance del artículo 1º del CGP y su carácter de residual frente a los demás estatutos procesales.

de rango constitucional, no es menos cierto que esa protección también debe ocurrir a partir de la norma de naturaleza legal, no es permisible el divorcio entre las acciones constitucionales y las legales, las que en su conjunto se entiende deben perseguir el mismo fin de amparo frente a los ciudadanos de una misma sociedad, de quienes se predica igualdad y garantía de acceso a la administración de justicia.

Si bien al proceso civil el justiciable acude en búsqueda de solucionar heterocompositivamente su conflicto intersubjetivo, de contera está yendo igualmente a obtener protección de un derecho fundamental de aquellos indicados universalmente, o inmersos en el ordenamiento constitucional del país. El sujeto procesal, acude en todo caso en un plano de igualdad al trámite judicial, ya sea lo haga en condición de demandante o demandado, como otra parte, o bajo la forma de tercero interviniente; en aras de obtener protección a la vida, su honra, sus bienes, aspectos estos de índole general. En particular a exigir un derecho suyo, así, la satisfacción de una obligación económica, resarcir el perjuicio irrogado por el daño causado, garantizar el libre ejercicio de la propiedad privada, adquirirla por cualquiera de las formas establecidas en la ley sustancial, ello por ejemplo en asuntos esencialmente civiles. Más el estatuto contiene y regula aquellas acciones inherentes al componente de familia, tendientes a la protección de aquellos derechos fundamentales necesarios para sustentar la vida misma y su continuidad de una manera digna, así como determinar el origen de las personas a partir del parentesco, ya sea por consanguinidad o a partir de la adopción.

La Constitución Política de Colombia indica que la familia se constituye en el núcleo fundamental de la sociedad. Agregamos, es la célula básica de esta. Determina la norma superior en consecuencia a ello, especial protección frente a sus distintos componentes, la pareja; el niño, niña y adolescente; la persona con discapacidad, el adulto mayor o persona de la tercera edad.

De especial relevancia la protección al no nacido, al concebido, a quien, en observancia del mandato constitucional, el estatuto procesal civil le determina capacidad para ser parte en el proceso judicial, en búsqueda de protección a sus derechos como persona en gestación⁵.

5 Sobre la protección a la familia y sus componentes como núcleo fundamental de la sociedad, refiere entre nosotros los artículos 42 a 47 de la C.P. Establece que la familia se constituye por vínculos jurídicos o naturales, debiéndose entender este mandato en el sentido de aceptarse como forma de conformar familia el matrimonio, pero también la unión libre y voluntaria de constituirla, denominada “unión marital de hecho”, ambas generando entre sus componentes derechos y obligaciones

Siendo el Código General del Proceso el estatuto residual, frente a la efectivización de los derechos fundamentales previamente indicados, acertado formular el siguiente interrogante: *¿Cómo protege y efectiviza el estatuto procesal civil los derechos y garantías fundamentales?*

Responder el interrogante planteado hace que primeramente acudamos al articulado que podemos considerar como principios rectores del estatuto. Independiente del orden normativo numérico, considero abordar su contenido por temas específicos, de lo general a lo particular, ello desde la óptica de la protección y garantías fundamentales a los sujetos procesales y demás intervinientes.

El juzgador al momento de interpretar y aplicar las normas procesales, deberá observar el mandato constitucional de prevalencia del derecho sustancial y la efectividad de aquellos específicos invocados por las partes⁶. Ello aunado a la necesidad de obtener una tutela judicial efectiva, ya sea por una persona o grupo de personas, quienes acudan ante el órgano jurisdiccional, señalando expresamente la norma procesal civil, la posibilidad real que bajo la forma del proceso civil, se pueda hacer uso, por esa vía, de la acción de grupo, así por ejemplo, cuando ocurra afectación a un grupo de personas, superior a veinte, en temas del consumo por la adquisición de un producto defectuoso o por el incumplimiento de un servicio, todos ellos podrán acudir en una misma acción judicial resarcitoria del perjuicio colectivo⁷.

A su vez, si el juzgador al interpretar la ley procesal, de ello le surgen dudas, para su aclaración deberá dar aplicación a los principios constitucionales y generales del derecho procesal, con ello garantizando en todo caso aquellos derechos constitucionales como el debido proceso,

personales y patrimoniales, además, respecto de estas últimas, derechos frente a terceros. La protección del niño, niña y adolescente, cuyo contenido normativo está específicamente en el artículo 44 C.P., gira en relación con los derechos a la vida, integridad física, salud y seguridad social, alimentación, nombre y nacionalidad, familia y educación, cuidado y amor, libre expresión. Desde lo legal-sustancial el desarrollo del mandato constitucional se contiene en normatividad del código civil el código de infancia y adolescencia -ley 1098 de 2006. Desde lo procesal, esencialmente a partir del CGP.

6 El artículo 228 C.P. advierte sobre la prevalencia del derecho sustancial en las decisiones que adopten los jueces. En todo caso son de obligatoria observancia los términos procesales.

7 El mandato Constitucional de obtener en el proceso judicial, una tutela judicial efectiva, se consagra en el estatuto procesal civil en el artículo 4° CGP, de los que consideramos principios rectores de ese estatuto.

igualdad de las partes, derecho de defensa, contradicción. Resaltando la norma que es de obligación por el juzgador, garantizar el ejercicio de los demás derechos constitucionales fundamentales⁸. Un verdadero acceso a la administración de justicia a partir de la garantía de igualdad de las partes frente a la ley y al proceso, se obtendrá a partir de la prohibición que el estatuto procesal determina frente al juzgador en el sentido de no poder exigir o cumplir formalidades innecesarias⁹.

Por último, respecto del articulado al que hemos considerado entender como principios rectores del ordenamiento procesal civil, resaltar la ordenanza a todos los sujetos procesales respecto del cumplimiento del debido proceso constitucional, con ello imperativos como el juez natural, presunción de inocencia, derecho a aportar y contradecir la prueba del otro, o aquella que el juzgador considere decretar de oficio, derecho de impugnación frente a las providencias proferidas, respeto al principio del *non bis in ídem*. Claro, ese debido proceso se establece normativamente en transversal en el entendido que debe ser observado por los sujetos procesales tanto en las actuaciones procesales, probatorias y en cuanto al decreto y práctica de medidas cautelares o de prevención, tanto nominadas como innominadas. Referente a esta afirmación, corresponde entonces abordar aspectos específicos, que permitan deducir que el estatuto procesal civil colombiano, si es suficiente para proteger y efectivizar los derechos fundamentales de los sujetos procesales y otros intervinientes en el proceso judicial de naturaleza civil.

8 Lo aquí señalado, respecto de la obligatoriedad de propender por la observancia por el juzgador y consecuente aplicación de los derechos y garantías fundamentales de los sujetos procesales, se contiene en el artículo 11 del CGP.

9 La prohibición para el juez de cumplir o exigir formalidades innecesarias, lo ha reiterado la Corte Constitucional bajo la observancia del principio “*exceso de ritual manifesto*”. A consecuencia de la pandemia por covid-19, en Colombia se promulgó recientemente por el Ejecutivo, cumpliendo transitoriamente funciones excepcionales de legislador, el Decreto-Ley 806 de 2020, por el cual se implementa preferentemente el proceso judicial a partir de la virtualidad. Se escuchan voces reiteradas en el sentido que algunos jueces están exigiendo el cumplimiento de requisitos no contemplados en la norma, así impidiendo el acceso a la administración de justicia, generando sobre esa materia un estado de cosas inconstitucional.

3.1. DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUCIONALES, SU PROTECCIÓN A PARTIR DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN

Sabido es que la función nomofiláctica en la denominada jurisdicción ordinaria la cumple en Colombia la Corte Suprema de Justicia a partir del recurso extraordinario de casación, a lo cual se centraba el recurso en vigencia del ya derogado Código de Procedimiento Civil (CPC). Con el advenimiento del nuevo estatuto procesal civil, el Código General del Proceso (CGP) la función de nomofilaquia se amplió a la norma y mandatos constitucionales, tal como se advierte hoy respecto de los fines del precitado recurso de casación.

En efecto, en vigencia del anterior estatuto, el CPCP, los fines de la casación se circunscribían a la unificación de la jurisprudencia nacional, proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos y, procurar la reparación del agravio inferido a las partes con ocasión de la sentencia recurrida. Hoy, en vigencia del CGP los fines de la casación se ampliaron de tal manera, que con ellos la Corte Suprema, a más de cumplir esa función protectora y unificadora de la jurisprudencia nacional, controlar la legalidad de los fallos, defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico en lo civil, viene a cumplir función de estirpe constitucional cuando tiene por mandato lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno y proteger los *derechos constitucionales*.

Desde lo constitucional el juez de cierre en jurisdicción ordinaria, a partir del recurso extraordinario de revisión, debe propender por asegurar que en los procesos judiciales se cumpla con los mandatos del debido proceso, la prevalencia del derecho sustancial, garantizado como consecuencia que al justiciable se le difiera una tutela judicial efectiva.

Ahora bien, desde la óptica global de los derechos fundamentales que deben ser amparados por la jurisdicción, debemos trascender del campo del recurso de casación en lo civil. El recurso extraordinario de casación en materia penal, por ejemplo, tendrá la función de garantizar el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad personal. En Colombia el estatuto procesal penal a propósito del recurso en estudio, señala su procedencia contra sentencias proferidas en segunda instancia, cuando afecten derechos y garantías fundamentales, así, por falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque del bloque de constitucionalidad, de la norma constitucional nacional o legal¹⁰.

10 El estatuto procesal penal en Colombia corresponde a la Ley 904 del año 2004, señalándose en los artículos 180 y 181 los fines y procedencia de la casación.

Regresando a la casación en materia civil, erigida como mecanismo protector de los derechos fundamentales tanto de las partes inmersas en la contienda procesal, como de la sociedad como un todo, dado los fines generales que el recurso extraordinario persigue, entre otros, la unificación de la jurisprudencia, pero también propender por la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia y proteger los derechos constitucionales, se hace necesario analizar cómo ese juez de cierre, como lo es la Corte Suprema de Justicia, cumple y garantiza el cumplimiento por los jueces inferiores funcionales, los mandatos del debido proceso constitucional¹¹.

Para ello tendremos en cuenta dos aspectos. De un lado, los fines de la casación desde el mandato constitucional; de otro, la incidencia de las taxativas causales, en la observancia de los derechos fundamentales del recurrente, los que pueden haber sido sojuzgados por el juez de la segunda instancia.

Uno de los fines primordiales de la casación es el *lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno*. Sin adentrarnos en esta ocasión en aspectos tales como el bloque de constitucionalidad o el control de convencionalidad, si es necesario a manera de síntesis señalar que nuestro país a suscrito un número importante de ellos, a saber, entre otros tantos: (i) Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana; (ii) Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en emergencia o de conflicto armado; (iii) Convención Interamericana para prevenir, sancionar violencia contra mujer “Convención Do Belem Do Pará”; (iv) Convención sobre los Derechos del Niño. De otro lado, la garantía última de los derechos constitucionales, se establece en fin de la casación, luego le corresponde a la Corte Suprema de Justicia cumplir función nomofiláctica de raigambre constitucional frente a la observancia y primacía de estos en las sentencias proferidas por los jueces ordinarios. Si bien por vía del recurso extraordinario se ataca el fallo proferido en segunda instancia por un juez colegiado como es el Tribunal Superior de Distrito, en ocasiones el desconocimiento o vulneración del derecho fundamental viene ocurriendo desde el fallo de la primera instancia, siendo obligación del juzgador extraordinario venir a emendar el yerro, reiteramos, en la medida de su función de nomofilaquia bifronte, tanto constitucional como legal ordinaria.

En cuanto a las causales de casación, las cuales son taxativas, de ocurrir por el juzgador de la segunda instancia violación ya sea directa o indirecta

11 Los presupuestos y alcance del debido proceso constitucional, de obligatoria observancia en toda actuación procesal y administrativa, se contienen en el artículo 29 C.P.

de la norma sustancial, probado el yerro, le corresponde a la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil, convirtiéndose en juzgador de instancia, “casar” el fallo de aquel y en su lugar proferir el que lo reemplace, a la sazón, restituyéndole al casacionista el derecho sustancial vulnerado, conculcado o desconocido por el fallador de la segunda instancia. De así ocurrir, se le reconoce por el juez de cierre la prevalencia del derecho sustancial, en cual, siendo mandato constitucional y un derecho de igual estirpe, se le garantiza.

Respecto de las causales de origen procesal, el debido proceso se debe observar en específico por el juez de la segunda instancia, no vulnerando la prohibición de juzgar dos veces por la misma causa -*non bis in ídem*-, no desconociendo el principio de la congruencia, salvo que la ley le permita a los juzgadores de las instancias fallar *extra* y *ultra petita*, ello en favor de quien ostente la calidad de actor en el proceso; pero igual prohibición para el fallador de la segunda instancia respecto de las excepciones de mérito propuestas por el demandado y tendientes a enervar las pretensiones del actor. El derecho constitucional de acceso a la administración de justicia, no solo corresponde a permitirse presentar una demanda, o por el demandado poder responderla, se garantiza ese derecho superior de igual manera cuando el juzgador en las instancias respeta los límites constitucionales impuestos para el ejercicio de la jurisdicción.

De relevancia en cuanto al respeto y garantía de los derechos fundamentales en el proceso en favor de quien es demandado, lo constituye la observancia por el juzgador de la segunda instancia del mandato constitucional de la “*non reformatio in pejus*”, o lo que es lo mismo, no hacerse más gravosa la situación del apelante único¹².

En ocasiones cuando el juzgador de cierre no lo es la Corte Suprema de Justicia, dado la taxatividad y limitaciones de las sentencias que podrán ser objeto del recurso extraordinario, el juez de cierre se establece en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, correspondiéndoles a partir del recurso ordinario de apelación, cumplir la función de protección de los derechos fundamentales para el caso concreto. El juez unipersonal cumplirá esa función protectora cuando conozca de asuntos que se deben decidir en única instancia.

12 Las causales de casación cualquiera sea el ordenamiento procesal, civil, penal, laboral, son taxativas en sus respectivos ordenamientos procesales. En el CGP contenidas en el artículo 336, en un total de cinco, las dos primeras se configuran por violación directa o indirecta de la norma sustancial; las tres restantes por desconocimiento o vulneración de la normatividad procesal. La prohibición de no hacer más gravosa la situación del apelante único, como mandato constitucional, por ende considerado un derecho fundamental constitucional, consagrado en el artículo 31 C.P. de Colombia.

En suma, al juzgador ordinario en la especialidad jurisdiccional civil, le corresponde a más de su función como juez ordinario, cumplir la función de juez constitucional, no solo al ser competente para conocer de la acción de amparo constitucional -entre nosotros acción de tutela-, además velar, exigir y cumplir con la observancia de los derechos fundamentales en cada proceso de naturaleza judicial y las sentencias que ellos profieran. Bajo un orden de prevalencia kelseniano, desde la Corte Suprema hasta el juzgador de rango inferior en la escala.

3.2. EL DERECHO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL A LA PRUEBA, SU REGULACIÓN EN EL ESTATUTO PROCESAL CIVIL COLOMBIANO

Señala la Constitución Política a propósito de la regulación del debido proceso, pilar fundamental del derecho procesal, cualquiera su jurisdicción o especialidad jurisdiccional, que el interviniente en el proceso judicial, no solo quien tenga la condición de sindicado, vale decir entonces, las partes, otras partes, terceros intervinientes, ciertos auxiliares de la justicia, a presentar pruebas, pero también a controvertir las que se alleguen en su contra.

Consideramos entonces desde el ejercicio de los derechos fundamentales constitucionales, que, en lo probatorio, está atado el debido proceso, al acceso a la administración de justicia y, de contera, a la prevalencia del derecho sustancial¹³.

Cuando estos mandatos constitucionales los hacemos descender a la norma legal, para el caso, el Código General del Proceso, comprendemos principios generales de la prueba tales como necesidad de la prueba; carga de la prueba; legalidad y licitud de la prueba; oficiosidad, mismidad.

El actuar probatorio se enmarca entonces como un derecho fundamental para las partes; para el juzgador como un derecho, pero también como una obligación en la medida de la facultad-deber en la prueba oficiosa, a fin por este medio logre llegar a un grado de convicción necesario que le permita desatar de fondo el contencioso sometido a su conocimiento. Cuando al juzgador se le permite, como ocurre en el proceso civil, decretar y practicar pruebas de oficio, se entiende entonces el derecho a probar bajo una categorización de público-subjetivo, en la medida que la probanza no se circunscribe únicamente a la actividad probatoria a instancia de las partes, también a la actividad probatoria que el juzga-

13 Lo advertido y que se entrelaza formado un eje constitucional inescindible, está consagrado, en su orden en los artículos 29, 228 y 229 C.P.

dor considere subjetivamente realizar como director del proceso que es. Como la razón ulterior de todo proceso judicial es la de lograr la paz y armonía sociales, la prueba adquiere ese halo de ser pública, le interesa genéricamente a la sociedad.

Señala el ordenamiento procesal civil que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso. Por ello, la mera inferencia o sospecha, el rumor o la apariencia fáctica, no son suficientes para llevar al juzgador a un grado de convicción o certeza. Ese principio de necesidad de la prueba, cuando la actividad demostrativa no es suficiente por las partes, le corresponde al juzgador suplir la ausencia, bajo el cuidado de no inobservar el principio de imparcialidad, a fin pueda decidir de fondo.

Ahora bien, tanto el mandato constitucional del debido proceso, como la norma de naturaleza legal, para el caso el Código General del Proceso, indican reiteradamente que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso. Ello conlleva señalar que se lleve por una de dos vías posibles a esa violación al debido proceso a partir de la prueba, cuando se permite la recaudación y valoración de prueba ilegal, o cuando deviene en prueba ilícita. En todo caso, aún por brevedad, recalcar la diferencia entre la ocurrencia de prueba ilícita, frente a lo que constituye exclusión probatoria¹⁴.

El derecho constitucional a la prueba nos presenta desde lo legal una dicotomía en el ordenamiento procesal civil patrio. De un lado la aceptación de la existencia de las denominadas cargas estáticas de la prueba, según lo cual, a cada parte le corresponde probar lo suyo, vale decir, al demandante los hechos constitutivos de sus pretensiones, al demandado lo correspondiente frente a sus excepciones, sin miramiento en el sentido si cada quien está o no, en posibilidad real para la demostración; ello nos ha llevado a que se acepte normativamente en el ordenamiento procesal civil la inclusión de las denominadas *cargas probatorias dinámicas*, de las que en su momento refirió entre otros Jeremías Bentham y más recientemente el profesor argentino Jorge Walter Peyrano¹⁵.

El principio de comunidad o adquisición de la prueba establece que las pruebas una vez decretadas y practicadas, le pertenecen al proceso, razón por la cual lo importante no es de quien proviene la aportación de la prueba, sino en quien se establece la consecuencia adversa por no

14 Sobre el tema de ser nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso, lo consagra el artículo 29 C.P., en lo legal los artículos 14 y 164 CGP.

15 De la posibilidad de dinamizar la prueba refiere el inciso segundo del artículo 167 del CGP.

haber quedado demostrado el hecho relevante. Luego ese principio constitucional a la prueba justifica entonces tanto la dinamización probatoria, como la excepcionalidad en la prueba de oficio en el proceso civil.

Sobre la dinamización probatoria, desde la constitucional, reiterar que con ello se vino a garantizar el acceso a la prueba a aquella persona, por la ocurrencia de una de las circunstancias indicadas en la norma procesal, se encuentra en imposibilidad de aportarla, y correlativamente la otra parte está en mejor posibilidad para su aportación ¹⁶.

Aspecto importante de protección constitucional no menos importante lo constituye el hecho mismo del riesgo que se corre en el proceso judicial, que so pretexto de dinamizar la prueba en favor del más débil, se caiga indefectible y peligrosamente en una inversión de carga probatoria no prevista por el legislador, por ejemplo, aquella tendiente a desvirtuar una de las presunciones establecidas como *iuris tatum*, las que sabido es, admiten prueba en contrario.

El derecho fundamental a la prueba en el proceso judicial civil, no se puede circunscribir a la proposición y aportación de la prueba, incluso a partir de su dinamización, va más allá, se constituye en un derecho para la parte y una obligación para el juzgador, la valoración en su conjunto bajo reglas de sana crítica, exponiendo en todo caso, el mérito que le asigna a cada prueba, vale decir, la norma le exige al juzgador, incluso, el señalamiento del porqué determinada prueba no le amerita grado de convicción alguna; pero de igual manera la prohibición, de so pena valorarlas en su conjunto, de poner a la prueba a decir lo que esta no dice, o restarle convicción a lo que la prueba si dice. Esta circunstancia anómala, incluso puede llegar por vía de casación ante la Corte Suprema de Justicia, a partir de configurarse la causal de violación indirecta de la norma sustancial por error de hecho manifiesto en su apreciación ¹⁷.

Discusión de otro momento en el aspecto probatorio, el hecho de la diferencia existe entre la prueba de oficio y la que en lo personal he considerado en denominar *prueba de ley*, significando que esta última corresponde a aquella que el legislador le impone de manera inconulta al juzgador, decretar, practicar y valorar; en tanto que la primera, la de oficio, surge su decreto y práctica por iniciativa del juzgador al ser el director del proceso y disponer del principio de la inmediación.

16 Lo correspondiente consagrado en el artículo 167 CGP.

17 A ello refiere la causal 2ª de casación contemplada en el artículo 336 del CGP.

3.3. LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO MECANISMO EFECTIVIZADOR Y GARANTISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La medida cautelar tanto nominada como innominada, patrimonial como personal, todas ellas se establecen en uno de los mejores mecanismos para la protección urgente de los derechos fundamentales, cuando han sido o están siendo conculcados por un particular, incluso por agentes del Estado mismo.

Los derechos constitucionales a la prevalencia del derecho sustancial, de contera logro de una tutela judicial efectiva, debido proceso y acceso a la administración de justicia, en no pocas ocasiones se obtiene precisamente con la práctica de las cautelas o medidas preventivas. La misma acción de amparo constitucional o tutela, las consagra, bajo la égida de considerarlas necesarias y urgentes.

La garantía constitucional a la medida cautelar, no es omnímoda, está sujeta al cumplimiento de unos requisitos y cargas que se le imponen a la parte de las solicita y al juzgador que las decreta y práctica. Así, por ejemplo, la observancia de presupuestos como el *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y *periculum in damni*.

De igual observancia garantista las características de la *urgencia*, *razonabilidad* y *proporcionalidad*, ello en la medida que el juzgador bajo un principio de imparcialidad objetiva, debe proteger indistintamente tanto a la parte que la requiere, como a la parte que las debe soportar.

El decreto y práctica de las cautelares no solo se debe circunscribir a las prenotadas en el ordenamiento procesal civil, también son de observancia y aplicación, aquellas contenidas en los tratados y convenciones ratificadas por el Estado colombiano.

Así lo indicado en “*Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 25, indicando el derecho que tiene toda persona de disponer de un recurso sencillo y rápido, o cualquier otro recurso invocado ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convección (...)

De igual forma la observancia de los lineamientos y mandatos normativos contenidos en la Convención Interamericana sobre el Cumplimiento de Medidas Cautelares, ratificada por Colombia en el año 1986. Mecanismo de orden suprallegal tendiente a garantizar los derechos personales y patrimoniales del nacional que lo requiera, dándose la circunstancia de requerirse su práctica en otro país. En específico garantizar los

derechos de personas, tales como custodia de menores, alimentos provisionales. En lo patrimonial la aseguranza de bienes a partir de los embargos, secuestros, inscripción de la demanda entre otros. La reciprocidad de los Estados, fundamental en su materialización y sobrevenida protección a los derechos fundamentales a quien lo requiera.

CONCLUSIONES

Usual es que, al referir a la protección de los derechos fundamentales ante la jurisdicción, se piense necesariamente en aquellas acciones de índole suprallegal, como las que citamos en la parte inicial del artículo, lo que de suyo es acertado, más no necesariamente excluyentes. No sería correcto bajo la premisa que hoy los estatutos procesales de estirpe legal, en su contenido normativo, se aseguran los mecanismos para proteger y efectivizar los derechos fundamentales de las partes, terceros intervinientes y no pocas ocasiones de la sociedad como un todo, dado la razón última del proceso judicial, lograr la paz y armonía sociales, a más que en ocasiones la sentencia que se profiere genera efectos *erga omnes*.

La experiencia profesional en el litigio ante los distintos jueces y tribunales del país, me han permitido constatar que el proceso de naturaleza legal, para el caso el proceso civil a partir de su normatividad, el Código General del Proceso, con su carácter de residual, se constituye en mecanismo idóneo para la protección eficaz de los derechos fundamentales de los justiciables. Claro, ello bajo la ocurrencia de unas condiciones apropiadas, en primer lugar, un juez garantista y respetuoso del mandato constitucional, que logre entender que la única normatividad a aplicar no es la de estirpe legal tanto sustancial como procesal; que, sobre su escrutinio, al estudiar el caso, al confrontar la tesis y antítesis de los contendientes, no solo tendrá que aplicar los referidos estatutos sustanciales, allí presente y a tener en cuenta en su aplicación, la Constitución Política que se establece en la primera norma tanto sustancial como procesal, pero también el cuerpo normativo de los tratados y convenciones internacionales, que ratificados por Colombia, se establecen en normas de rango constitucional en virtud del bloque de constitucionalidad y del control de convencionalidad a que está obligado.

Se requiere igualmente de un abogado que, al apoderar y defender la causa, sustente sus alegaciones a partir de la demostración de los hechos, bajo pruebas conducentes y pertinentes, que hayan sido recaudadas con

observancia del debido proceso. Advertido la ocurrencia del desconocimiento de los derechos y garantías fundamentales de la parte, no limitarse a la proposición meramente de aquellas causales de nulidad según la taxatividad legal, ir más allá, alegar y demostrar suficientemente la ocurrencia fáctica que se encuadra en una nulidad de naturaleza constitucional.

El artículo aquí presentado, como se advierte, no corresponde en sí, a una investigación académica, o consulta de fuentes teóricas o estadísticas, no, se fundamente en la percepción del abogado en ejercicio, quien positiva o negativamente en la cotidianidad, advierte tanto el respeto y garantías que se da al justiciable en el proceso de naturaleza civil; como en ocasiones flagrantes violaciones a estos, buscándose la enmienda primeramente a partir de los recursos ordinarios consagrados en la ley procesal, de no lograrse, y configurarse una vía de hecho por el juzgador, acudiendo al mecanismo residual remedio constitucional, la acción de amparo o de tutela bajo la designación nuestra.

Las razones expuestas me llevaron a escoger como tema base de trabajo aquí esbozado, el segundo eje temático indicado por la Universidad FMP, *“tutelas a la efectivización de los derechos transindividuales”*, bajo la temática específica denominada *“Derechos fundamentales y jurisdicción”*.

REFERENCIAS

ARÉVALO FÓMEQUE, Héctor Francisco. Guía Cátedra de Clase, elaborada como docente de la Maestría en Derecho Procesal, para el abordaje del Módulo en Recursos Extraordinarios. Universidad Libre, Bogotá. Año 2018.

ARÉVALO FÓMEQUE, Héctor Francisco. Guía Cátedra de Clase, elaborada como docente de la Maestría en Derecho Procesal, para el abordaje del Módulo en Procesos y Medidas Cautelares. Universidad Libre, Bogotá. Años 2011 a 2020.

ARÉVALO FÓMEQUE, Héctor Francisco. Guía Cátedra de Clase, elaborada como docente de Especialización en Derecho Procesal, para el estudio del Módulo en Derecho Probatorio y Técnica Probatoria. Universidad Libre, Bogotá Año 2019.

Constitución Política de Colombia.

Código Civil Colombiano.

Código de Procedimiento Civil, ya derogado.

Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica.

Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares. Montevideo.

UMA ANÁLISE DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONDUÇÃO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

NATHÁLIA SOARES CORRÊA¹

1. INTRODUÇÃO

Os processos estruturais são mecanismos jurisdicionais capazes de promover mudanças de grande repercussão, tanto no âmbito judicial quanto social, e auxiliar na efetivação e na concretização de direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, como já é sabido, tem se mostrado – cada dia mais – presente como participante ativo na formulação de políticas públicas e na condução do processo democrático brasileiro, com íntima relação com o Legislativo e Executivo.

Em virtude disso, pergunta-se de que modo o Supremo Tribunal Federal tem julgado os litígios estruturais que chegam na Corte, bem como, de que modo a Corte Superior tem agido para conferir efetividade aos processos estruturais.

A esse efeito é apresentado, no primeiro momento, a conceituação dos litígios estruturais, suas características e dificuldade empíricas enfrentadas. Após, será demonstrado, de forma breve, o surgimento des-

1 Advogada. Mestranda na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pelotas (UCPel). Pesquisadora dos Grupo de Estudos “Teoria do Direito: da academia à prática”, sob a coordenação do Prof. Dr. Francisco José Borges Motta, e do Grupo de Estudos “Reflexões acerca do problema do critério normativo e sua determinação vinculante: entre a casuística e o padrão decisório (justiça x igualdade)”, sob a coordenação do Prof. Dr. Maurício Martins Reis, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP e vinculados no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1335513585168138>. E-mail: soarescorrean@gmail.com.

te tipo de litígio, com a demonstração do caso paradigmático *Brown. v. Board of Education of Topeka*, sendo este caso responsável pela considerável mudança de paradigmas na Suprema Corte norte-americana e em diversos outros países.

E por fim, serão analisadas decisões que foram objeto de exame e decisão pelo Supremo Tribunal Federal, e busca-se, a partir da presente análise, demonstrar a necessidade de fomento de um ativismo dialógico.

2. PROCESSOS ESTRUTURAIS: CONCEITOS, CARACTERÍSTICAS E OBSTÁCULOS

Para que se comece a falar em processos estruturais, é necessário que se saiba – conceitualmente – qual o objeto do estudo. De concepção doutrinária, para que seja caracterizado um processo estrutural é necessária uma sobreposição de características, sendo estas essenciais para a efetiva compreensão da natureza jurídica do litígio. Portanto, o aparecimento de processos judiciais coletivos ou processos estruturais somente pode ser entendido no contexto de Estado Social (SALLES, 2017).

Primeiramente, é necessário destacar que as características que serão descritas neste tópico não são exclusivas dos processos coletivos estruturais, pois é sabido que a ideia de bipolaridade dos conflitos, ou seja, aquela ideia tradicional de autor-réu, em diversas situações, torna-se insuficiente para caracterização efetiva de um litígio no âmbito do direito, tanto público quanto privado (VITORELLI, 2019).

A partir da análise do paradigma liberal de direito e de Estado, ao Poder Judiciário delegou-se a função de “solucionador” de conflitos individuais, não sendo cogitado, a partir desta perspectiva, qualquer alargamento ou ampliação da função jurisdicional do Estado. Na visão liberal, eram os direitos individuais que constituíam o núcleo duro de legitimidade, portanto, o Estado era utilizado como um instrumento para fazer cumprir as obrigações que os indivíduos tinham em relação aos outros (ATRIA, 2004).

Com o declínio desse modelo de intervenção judicial surgem os processos coletivos, a partir do reconhecimento de funções ativas e interventivas do próprio Estado na regulamentação de ações de sujeitos individuais, delineando-se, deste modo, o paradigma de Estado Social (SALLES, 2017).

Neste contexto, sob o paradigma de Estado Social, o papel do Estado passa a ser exercido a partir de objetivos sociais ou políticas pú-

blicas, a serem obtidos independentemente, ainda que em compatibilidade com a autonomia individual. Portanto, o Estado Social torna-se um implementador de políticas públicas, voltando-se, nesta perspectiva, a solução de litígios de interesse coletivo, os quais possuem relação aos objetivos sociais descritos no ordenamento jurídico (SALLES, 2017).

Não podemos esquecer, como assertivamente pontuam Costa e Fernandes (2017, p. 370) que a discussão sobre a judicialização, ou seja, sobre a formação dos processos coletivos estruturais tem ligação com a efetivação de benefícios através de direitos sociais – descritos e garantidos na Constituição Federal – por jurisdicionados e tem como intuito a atenuação das desigualdades sociais e a fixação de um padrão mínimo de usufruto de bens coletivos.

Nessa medida, as ações coletivas representam um novo modelo de litigância que implicam, como descreve Vitorelli (2019, p. 271) na “implementação, pela via jurisdicional, de valores públicos reputados juridicamente relevantes, mas que não foram bem-sucedidos espontaneamente, na sociedade”.

Cabe destacar também, que o litígio estrutural diferencia-se das ações individuais pela necessidade de reforma de uma instituição, seja ela pública ou privada, para que se permita, deste modo, a promoção do valor público visado. Importante salientar que a instituição, referida anteriormente, pode exercer um papel ativo ou passivo na violação do direito, isto é, pode ser ela a violadora do direito pleiteado ou responsável por impor obstáculos ao seu progresso (VITORELLI, 2019).

Após apresentar, brevemente, a contextualização dos processos coletivos estruturais no ordenamento jurídico, é necessário destacar que eles enfrentam dificuldades empíricas na sua implementação. Deste modo, as principais críticas enfrentadas são em relação a uma possível violação da separação dos poderes, arrisco dizer que ocasionada pela necessidade de um ativismo dialógico na condução dos processos estruturais, bem como a atribuição de competências puramente executivas aos magistrados, que, segundo os críticos, não possuem aptidão para desempenhar tal função.

Esclarece Vitorelli (2019), pontuando as críticas que:

[...] o processo recorrentemente não consegue cumprir o papel a que se propõe, dadas as limitações que lhe são inerentes. Neste contexto, ele desvia os esforços e o foco social do debate político para os tribunais, desmobilizando os grupos que pretende proteger. Dito de outro modo, se não houvesse possibilidade de buscar mudança social pela via jurisdicional, os grupos sociais mobilizar-se-iam para consegui-la politicamente.

Apesar da existência de algumas críticas, a doutrina mais otimista posiciona-se no sentido de considerar os processos coletivos estruturais, muito embora – em alguns casos – imperfeitos, indispensáveis como estratégia de mudança social, bem como apontam que o processo pode trazer benefícios indiretos, tais como uma maior visibilidade de causas objeto dos litígios (VITORELLI, 2019).

Por fim, Brinks e Gauri (2014) destacam que “desde una perspectiva pragmática, ya es tarde para cuestionarnos si las Cortes deberían intervenir en el aseguramiento de los derechos, porque lo están haciendo a diario; la pregunta más importante ahora es cómo tienen que hacerlo.”

2. ORIGEM DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS E SEUS DESDOBRAMENTOS

A doutrina traz como ideia precípua dos surgimentos dos processos estruturais, o caso paradigmático *Brown vs. Board of Education of Topeka* julgado pela Corte Suprema dos Estados Unidos (PUGA, 2019). Para que seja entendido, é necessário que se faça um breve recorte conceitual do que consiste o referido caso.

Linda Brown, era uma criança negra que precisava atravessar toda a sua cidade a pé – a cidade de Topeka, para que pudesse chegar na sua escola pública. É importante que seja destacado que existiam diversas outras instituições de ensino no caminho que Linda percorria até a sua atual escola, porém estas outras escolas não aceitavam crianças negras (JOBIM; ROCHA, 2019).

O caso Brown, portanto, surgiu a partir do momento que a menina Linda decidiu ajuizar contra a Conselho de Educação estadual de Topeka (*Board of Education of Topeka*) uma ação exigindo que fosse transferida de escola, para que assim pudesse estudar perto de sua residência (PUGA, 2019).

No caso em questão, a Suprema Corte dos Estados Unidos acabou assegurando o direito de Linda Brown frequentar uma escola, que até então, era exclusividade de brancos. Mais significativo do que a decisão em si, são os argumentos que a Corte utilizou para deferir a medida, pois foi a partir da interpretação da 14ª Emenda Constitucional dos Estados Unidos² que considerava todos os cidadãos estadunidenses iguais e não

2 A décima quarta Emenda Constitucional possui a seguinte redação: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residirem. Nenhum Estado poderá aprovar ou fazer executar leis restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida,

admitia qualquer discriminação que a medida foi deferida no caso em questão (JOBIM; ROCHA, 2019).

Cabe destacar ainda que, a partir da decisão proferida em *Brown vs. Board of Education of Topeka*, encerrou-se a doutrina *separate but equal* (“separado mas igual”), doutrina essa que defendia a segregação racial – apenas pelo fato de segregar – e que impedia pessoas negras de frequentarem os mesmos lugares que os brancos (JOBIM; ROCHA, 2019).

Ronald Dworkin (2010), ao posicionar-se sobre o caso *Brown* discorreu que:

Nunca na história norte-americana, suas decisões pareceram tão diferentes do trabalho normal dos juizes ou atraíram tanta hostilidade do público e da imprensa. Alguns intelectuais, inclusive vários que deram sua aprovação ao projeto, afirmaram que as decisões judiciais assinalaram uma importante mudança na natureza e no caráter do cargo de juiz. Em certo sentido, esses intelectuais tinham razão.

Neste sentido, de acordo com Owen Fiss, à luz da análise realizada por Marco Felix Jobim e Marcelo Hugo da Rocha (2019), foi a partir da publicação da decisão de *Brown vs. Board of Education of Topeka* pela Suprema Corte dos Estados Unidos que surgiu uma nova forma de “medidas estruturantes” que se perpetuou com o nome de *structural reform*.

Rodrigues e Varella (2019, p. 556) pontuam que “as medidas estruturantes são uma das principais vertentes da litigância de interesse público, tendo sido pioneiros os trabalhos de Owen Fiss acerca dessas medidas, intituladas de *structural injunctions* e pelo autor tratadas no contexto do que chamou de *structural reform*.”

Os autores ainda destacam que, através do ensinamento de Yeazell, as *injunctions* são um dos institutos mais importantes quando se fala em consolidação de direitos civis e constitucionais, pois residem na ideia de que o Judiciário pode ordenar que alguém – ou algum órgão público – faça algo ou deixe de fazer (RODRIGUES; VARELLA, 2019).

Nesta seara podemos, inclusive, assemelhar as *injunctions* de Owen Fiss com o direito brasileiro, a exemplo de ações em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou em julgamento de ação constitucional em sede de repercussão geral.

liberdade, ou propriedade sem o devido processo legal, nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igualdade de proteção perante a lei”.

Seguindo nesta ótica, ressalta Fiss (2004, p. 26):

A chamada reforma estrutural é um tipo de adjudicação (*adjudication*) distinto pelo caráter constitucional dos valores públicos e, principalmente, pelo fato de envolver um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais.

Assevera ainda que:

O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes (FISS, 2004, p. 27).

O que não pode deixar de ser destacado é que o caso paradigmático de *Brown vs. Board of Education of Topeka* retrata um fato de superação no regime de segregação racial nos Estados Unidos. Sobre isso, Rodrigues e Varella (2019, p. 557-558) sustentam que:

[...] o caso retrata a superação de um precedente com mais de 50 anos de vigência, qual seja o precedente *Plessy v. Fergusson*³. Neste, adotou-se a chamada doutrina do *separate but equal* (“separados mas iguais”) – já referida neste capítulo – que aceitava a segregação de negros e brancos, desde que garantidos direitos iguais. Uma escola, por exemplo, poderia ter turmas só para estudantes negros e só para estudantes brancos, separando-os, desde que fossem garantidos as aulas as duas “categorias”.

3 O caso *Plessy v. Fergusson* é datado de 1896 e diz respeito a um jovem negro chamado Homer Plessy que ingressa no vagão de um trem da empresa Fergusson, na tentativa de viajar – num desses vagões – destinados somente a pessoas brancas. À época havia uma lei que ordenava que as companhias de trem que transportassem cidadãos negros e brancos deveriam providenciar acomodações a todos, porém os mesmos deveriam ser separados pela cor de sua pele. Na ocasião, quando Homer Plessy ingressa no vagão destinado apenas a pessoas brancas (sabendo que não poderia permanecer ali pela cor de sua pele) resolveu enfrentar as penalidades por tal conduta desrespeitosa a lei vigente. Após as penalidades sofridas por este cidadão negro e o enfrentamento de uma lei preconceituosa, uma série de eventos foram desencadeados nos anos que se seguiram, tornando-se, portanto, o caso *Plessy vs. Fergusson*, uma célebre coisa julgada da Suprema Corte dos Estados Unidos (JOBIM; ROCHA, 2019).

Ainda no contexto das *structural injunctions* é necessário situar conceitualmente esse fenômeno que nasceu da necessidade desenvolvimento constitucional na Suprema Corte dos Estados Unidos. Embora as “medidas estruturantes” tenham surgido a partir de um caso paradigmático conforme já referido anteriormente, é importante frisar que a Corte norte-americana identificou – na Constituição do país – falhas em inúmeros direitos materiais cuja efetiva observância apenas poderia se dar por uma supervisão judicial substancial, a exemplo disso é a verificação se os direitos humanos são respeitados em instituições psiquiátricas, bem como prisões e também, como no caso *Brown* em escolas e instituições de ensino (BAUERMAN, 2019).

Diante disso, pensando na amplitude dos casos abrangidos pelas medidas estruturantes, a doutrina e a jurisprudência norte-americanas reconheceram os grandes obstáculos a serem enfrentados pelas *structural injunctions*. Bauermann (2019, p. 251) considera que o principal deles é a dificuldade de precisar os contornos do próprio direito a ser respeitado⁴, ou seja, quais os parâmetros devem ser levados em consideração quando de uma decisão estrutural, ou ainda como definir até onde a tutela jurisdicional pode e deve ir e como estabelecer o limite de seu cumprimento.

Por fim, além de ser considerável para alcance de uma *structural injunction* responder às questões e delimitar os contornos do direito, é o caso concreto que vai determinar qual a forma mais adequada de se concretizar uma decisão jurisdicional. Sem essas considerações prévias, o meio executivo escolhido provavelmente fracassará no fito de proteção e atendimento – na prática – ao direito material violado (BAUERMAN, 2019).

3. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONDUÇÃO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Nos últimos anos do século XX e, com mais destaque, neste século XXI, houve alteração quantitativa e qualitativa do espaço ocupado pelo Supremo Tribunal Federal no cenário sociopolítico brasileiro. As grandes transformações institucionais, políticas, sociais e jurídico-culturais, que gradualmente se seguiram ao marco constitucional de 1988, tiveram, como

4 Vale ressaltar aqui o posicionamento de Bauermann (2019, p. 253): “[...] a dificuldade de se delimitar o direito a ser posto na prática não representa, *a priori*, óbice à emissão de *structural injunctions*, mas exige que seja fixada qual foi a violação efetivamente sofrida, e qual a extensão do direito garantido pela Constituição. Apenas após definidos os limites do direito é que será possível analisar que meios serão aptos para adaptar a realidade ao desejo da legislação.

um dos efeitos mais visíveis, a ascensão institucional do Poder Judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal (CAMPOS, 2014).

Com essas mudanças, verificadas a partir da Constituição de 1988, a Corte Suprema elevou o padrão de interação com os Poderes Executivo e Legislativo: ele não é mais um simples coadjuvante, mas sim, participante ativo na formulação de políticas públicas e na condução do processo democrático brasileiro (CAMPOS, 2014).

Desse modo, é possível observar um novo papel desempenhado pelos tribunais na seara política, limitando a atuação legislativa do parlamento, regulando a atividade política do Executivo, enfim, construindo novos padrões de comportamento para o governo, para os órgãos públicos, para o parlamento, para partidos políticos e grupos de interesse. A própria paisagem da política é modificada pela jurisdição constitucional, pois o governo e as legislaturas passam a levar em conta as normas constitucionais ao elaborar seus programas. Desse modo, a judicialização possui grande impacto na política, mesmo quando a questão não é judicializada (LUNARDI, 2020).

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014) ressalta que:

[...] a Corte tem resolvido muitos desses casos por meio de um conjunto variado de práticas interpretativas e decisórias que são todas, igualmente, expansivas de seu novo espaço institucional: além de suprir lacunas legislativas; ela expande os significados e o alcance de enunciados normativos constitucionais muito indeterminados; afirma direitos e interesses substantivos apenas vagamente definidos na Constituição de 1988; altera o sentido de leis e de outros atos normativos infraconstitucionais sob o pretexto de conformá-los à Constituição; amplifica os próprios poderes processuais e os efeitos de suas decisões; interfere na formulação e na aplicação de políticas públicas. Isso tudo é ativismo judicial e, com o Supremo adotando essas medidas com frequência, a prática, ao menos do ponto de vista descritivo, tornou-se realidade inconteste de nosso arranjo político-institucional.

Cabe ser destacado ainda, que a condução dos processos estruturais no Brasil não é tarefa exclusiva do Supremo Tribunal Federal, mas é inegável que a Corte Superior brasileira – conforme visto – situa-se no topo do sistema jurídico e que confirma, quase que diariamente, sua posição de guardião da Constituição, bem como, na regulamentação de novas realidades para a sociedade brasileira.

Nesta ótica, serão analisadas três decisões já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que podem ser configuradas como estruturais, de forma a demonstrar o papel da Corte quando da resolução destes casos.

O primeiro caso a ser analisado será da PET nº 3.388, conhecida como Ação Popular da Reserva Raposa Serra do Sol, ajuizada pelo Senador Augusto Affonso Botelho Neto, que teve como relator o Ministro Carlos Ayres Britto. O objeto do caso em questão era a impugnação da Portaria nº 534/2005 do Ministério da Justiça que definia limites para a demarcação de terras indígenas na reserva. O argumento de sustentação para o ajuizamento da referida ação popular foi de que o ato exarado pelo Ministério da Justiça através da Portaria nº 534/2005 derivou de procedimento de demarcação viciado, bem como ofenderia os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e devido processo legal (BRASIL, 2009).

A ação foi julgada parcialmente procedente, de forma a declarar válidos a Portaria nº 534/2005 – objeto da presente demanda – bem como o Decreto Presidencial.

Neste contexto das medidas estruturantes, o que se torna válido destacar é que a decisão foi construída tendo em vista uma situação concreta, ou seja, especificamente o caso da Reserva Raposa Serra do Sol (SARAIVA, 2019). Este caráter não vinculante da decisão para outras ações que envolvessem direitos indígenas – no primeiro momento – não poderia ser considerado um processo de caráter estrutural, visto que para que seja considerado é possível que “atenda” alguns requisitos e dentre eles, a mudança do caráter institucional das decisões envolvendo determinado tema.

Acontece que em 20 de julho de 2017, o então Presidente da República Michel Temer estendeu os efeitos da decisão a todas as outras que, porventura, venham a tratar sobre demarcação de terras indígenas (SARAIVA, 2019), o que foi inclusive objeto de impugnação pelo Ministério Público Federal⁵.

Segundo Didier Jr, Zaneti Jr e Oliveira (2019, p. 340) “esse caso é emblemático, porque releva um apanágio das decisões estruturais: a imposição de um regime jurídico de transição entre a situação anterior e aquela que se busca implantar, concretizando, assim, o princípio da segurança jurídica”.

5 Nota técnica nº 02/2018-6CCR que possui a seguinte referência: “Análise da antijuridicidade do Parecer Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU, que estabelece o dever da Administração Pública Federal, direta e indireta, de observar, respeitar e dar efetivo cumprimento, de forma obrigatória, às condições fixadas na decisão do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR em todos os processos de demarcação de terras indígenas.”

Ao meu sentir, a ideia aventada por Carolina Barros Saraiva (2019) se coaduna com o que efetivamente deve ser levado em consideração no referido caso. Ela discorre:

É certo que, se a decisão fosse construída desde o início em um processo de controle concentrado, e, portanto, objetivo e com eficácia *erga omnes*, haveria de se verificar uma preocupação ainda maior com a dialogicidade da decisão. O processo, todavia, seguiu os moldes do controle difuso, em que não havia objetivação da questão. Não foram realizadas audiências públicas, nem foram ouvidos *amici curiae* no andamento do processo. As medidas que se verificam de pluralidade na decisão giram em torno da admissão de diversos assistentes na demanda [...] no entanto, só aconteceu após o fim da fase instrutória, de modo que não se pode falar que contribuíram para o andamento de todo o processo. [...] Assim, tem-se um precedente com efeitos gerais e vinculantes que não foi construído com esse intuito, mas que, agora deve ser aplicado a todos os casos similares, o que é um ponto de crítica.

Outro caso a ser analisado é o do Mandado de Injunção coletivo nº 708 que foi impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do município de João Pessoa com o objetivo de viabilizar o exercício do direito de greve em virtude de ausência de lei específica para regulamentação do tema, tendo como voto paradigmático na decisão o do Ministro Ricardo Lewandowski.

Ressalta Saraiva (2019) através da análise de Didier Jr. Zaneti Jr. e Oliveira, que o voto paradigma, neste caso, levou em consideração que ante a contínua omissão do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal definiu regras de adaptação para que a lei que regula a greve dos empregados celetistas, fosse aplicada no caso dos servidores públicos civis.

Portanto, a decisão pode ser considerada estrutural, pois procurou sanar uma omissão legislativa – a causa de violação do direito a greve – que impedia a regulamentação de um direito, inclusive com a determinação de que o Legislativo, no caso em questão entidade causadora da violação, atuasse para sanar o problema em sessenta dias (SARAIVA, 2019).

E por fim, é necessário que seja analisado o caso da ADPF nº 347 MC/DF proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) que tem por objetivo a declaração, pela Corte Suprema brasileira, da existência do “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema carcerário brasileiro.

Antes de adentrar a análise do caso, é necessário que se faça um breve recorte histórico do surgimento do “Estado de Coisas Inconstitu-

cional”. Com início na Corte Constitucional da Colômbia (CCC) – considerada extremamente ativista e inovadora – o “Estado de Coisas Inconstitucional” foi declarado pela Corte colombiana após a análise, por iniciativa própria, de diversas demandas constitucionais individuais sobre violações dos *derechos económicos, sociales y culturales (DESC)* e em decorrência disso, ditado diversas sentenças coletivas que contém requerimentos estruturais de largo prazo que as autoridades públicas devem atender. Deste modo, a partir da declaração feita pela Corte colombiana, a mesma tem iniciado processos, que duram alguns vários anos, para supervisionar suas sentenças acerca de violações a direitos fundamentais, a exemplo, o direito de prisioneiros em instalações prisionais superlotadas e também sobre pacientes que buscam tratamentos de saúde ou medicamentos junto aos órgãos públicos. (GARAVITO, 2017).

Após o recorte histórico, retornando a análise da ADPF nº 347, é necessário entender que a presente ação representa uma inovação na ordem jurídica brasileira, visto que houve pedido expresso na exordial, subscrita por Daniel Sarmiento, para que fosse declarado o “Estado de Coisas Inconstitucional” em relação ao sistema penitenciário brasileiro (SARAI-VA, 2019), além do mais, requereu-se a imposição de medidas para a reversão do quadro, as quais abrangeriam tanto providências de cumprimento urgente, quanto de implementação a longo prazo (SILVA, 2017).

O Plenário do STF, até então, analisou apenas os pedidos em sede de medida cautelar, tendo deferido duas, indeferido cinco e considerado uma como prejudicada. Em linhas gerais, destaca Marcos Rolim da Silva (2017, p. 586):

A corte reconheceu uma violação generalizada de direitos fundamentais da população carcerária no que diz respeito à dignidade, higidez física e integridade psíquica, com prejuízo a diversos dispositivos da Constituição Federal; ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; à Convenção contra a tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis; à Convenção Americana de Direitos Humanos [...].

O julgamento das medidas cautelares demonstrou uma considerável adesão dos ministros à aplicabilidade do “Estado de Coisas Inconstitucional” à realidade carcerária brasileira, com o fundamento de que há problemas tanto na implementação e formulação de políticas públicas, bem como de interpretação e aplicação da lei penal aos casos concretos que estão sujeitos às mazelas do sistema penitenciário brasileiro (SILVA, 2017).

Por fim, cabe destaque de que o julgamento da ADPF nº 347, por mais que no Supremo Tribunal Federal já tenham sido reconhecidas legitimidades de decisões de controle jurisdicional por omissão estatal inconstitucional, quando a Corte Suprema demonstra adesão a doutrina do “Estado de Coisas Inconstitucional” inaugura novo capítulo na jurisprudência, pois passa não apenas a estabelecer critérios para a admissão do controle jurisdicional de políticas públicas, mas também a analisar o espectro de cada decisão levando em conta o modelo ideal a cada caso concreto (SILVA, 2017).

No Brasil, assim como nos Estados Unidos e na Colômbia, é preciso que se reconheça as dificuldades enfrentadas para concretização de medidas estruturantes em favor de violações a direitos fundamentais. Muito embora saibamos disso, é necessário que tenhamos em mente a necessidade de fomento de um ativismo dialógico, assim como nos ensina Sérgio Cruz Arenhart (2013, p. 397)

É preciso um sistema jurídico maduro o suficiente para compreender a necessidade de revisão da ideia de “separação dos poderes”, percebendo que não há Estado Contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público. Obviamente, um sistema pautado na rígida separação de Poderes não pode admitir que o Judiciário intervenha em políticas públicas e, conseqüentemente, terá muita dificuldade sequer em imaginar o cabimento das sentenças estruturais em seu principal campo de atuação (o direito público).

E conclui, “é certo que a(s) medida(s) estrutural(is) imposta(s) deve(m) estar em harmonia com a lesão que se pretende impedir ou reparar. Não se tolera que a decisão judicial extrapole os limites do ilícito a ser combatido, sob pena de transformar o magistrado no verdadeiro gestor do órgão ou do ente responsável pela conduta discutida” (ARENHART, 2013).

CONCLUSÃO

Conforme visto no decorrer do presente estudo, os processos estruturais são extremamente importantes e relevantes para concretização e efetivação de direitos fundamentais que possam ter sofrido algum tipo de violação.

De forma sintética, pretendeu-se demonstrar a partir da análise das decisões a ideia de que os litígios estruturantes podem aparecer das mais variadas formas, tais como, processos coletivos, formalmente individuais e até mesmo objetivos.

A fim de reforçar a necessidade de conferir tratamento efetivo e adequado as demandas que chegam para a análise do Supremo Tribunal Federal, torna-se importante o fomento, por parte das autoridades competentes, do ativismo dialógico, isto é, do diálogo entre os poderes.

Por fim, por mais utópica que seja a ideia de um pleno ativismo dialógico, o que não pode ser descartado é que judicialização da política – e consequente ativismo judicial – gera impactos significativos para o Estado de Direito e para a democracia, o que, em determinadas situações, pode desafiar o próprio papel do STF em manter e aprimorar a ordem democrática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro**. Revista de Processo, v. 225, 2013.

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 56, p. 9-46, 2005.

BAUERMAN, Desirê. Structural Injunctions no Direito Norte-Americano. In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 347 MC/DF – DISTRITO FEDERAL**. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Julg. 09-09-2015. Divulg. 18-02-2016. Public. 19-02-2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 03 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição n. 3388/RR – RORAIMA**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJe-181 – Divulg. 24-09-2009. Public. 25-09-2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=A-C&docID=630133>. Acesso em: 03 de julho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 708/DF – DISTRITO FEDERAL**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julg. 25-10-2007. DJe-206 – Divulg. 30-10-2008. Public. 31-10-2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>. Acesso em: 03 de julho de 2020.

BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Sobre triângulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (org.). **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, *ebook*.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COSTA, Susana Henriques da; FERNANDES, Débora Chaves Martines. Processo Coletivo e Controle Judicial de Políticas Públicas – Relatório Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARAVITO, César Rodriguez. Mas allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales. In: LANGFORD, Malcolm et al. (Org.). **La lucha por los derechos sociales**. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento. Bogotá: Dejusticia, 2017.

JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: origem em *Brown v. Board of Education*. In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PUGA, Mariela. La litis estructural en el caso Brown. v. Board of Education. In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

RODRIGUES, Luís Henrique Vieira; VARELLA, Luiz Henrique Borges. *As structural injunctions* e o direito processual brasileiro: apontamentos acerca do alcance coletivo, da participação e da executividade das medidas estruturantes no âmbito da litigância de interesse público. In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas Públicas e Processo: A questão da legitimidade nas ações coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques (org.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SARAIVA, Carolina Barros. Condução Dialógica dos Processos Estruturais no Supremo Tribunal Federal. In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

SILVA, Marcos Rolim da. Política Carcerária – Supremo Tribunal Federal – ADPF nº 347 MC/DF – Julgamento em 09 de setembro de 2015. In: GRINOVER, Ada Pellegrini;

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sérgio Cruz (org.). **Processos Estruturais**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

REPERCUSSÃO GERAL COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: FILTRO AO ACESSO À JUSTIÇA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO¹

FERNANDA ROSA COELHO²

LAURA VOGADO LIMA³

1. INTRODUÇÃO

O recurso extraordinário, enquanto gênero e enquanto espécie, sofreu diversas alterações desde sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro. Certamente cada uma dessas mudanças sofreu diretamente a influência do seu tempo, buscando sobremaneira adequar a missão precípua do recurso e das Cortes Supremas às necessidades e anseios

-
- 1 Artigo desenvolvido para o V Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis, incluído no Eixo Temático *Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais*, sob orientação do prof. Dr. Handel Martins Dias, no âmbito do Grupo de Pesquisa Garantias Processuais Cíveis dos Bens Transindividuais, vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS).
 - 2 Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela FMP/RS. Graduada em Direito pela FMP/RS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Garantias Processuais Cíveis dos Bens Transindividuais, vinculado ao PPGD da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC), liderado pelo Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior. E-mail: nandarosa.coelho@gmail.com.
 - 3 Graduada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Garantias Processuais Cíveis dos Bens Transindividuais, vinculado ao PPGD da FMP/RS, coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias. E-mail: laura.vogadolima@gmail.com.

da época. Uma das mais prementes pautas no Judiciário moderno é, sem dúvidas, a sobrecarga do Poder Judiciário e sua consequente incapacidade de atender de maneira célere e eficaz os pleitos que chegam diariamente aos magistrados.

Assim, urge a necessidade de otimizar os processos judiciais, primando-se pela duração razoável do processo, corolário do devido processo legal, e consagrado como princípio constitucional, não abrange apenas a resolução da lide, mas sim sua satisfação de forma adequada e tempestiva. Como dizia Rui Barbosa, justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada. Nessa ordem de ideias que se encontra o requisito da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Busca-se, com ele, filtrar os casos que chegam à Corte Suprema, zelando pelo seu melhor e mais adequado funcionamento.

No entanto, a despeito desse contexto e das razões que levaram a sua implementação, a repercussão geral encontra desconfiância em parte da doutrina justamente pela possibilidade de ferir outro preceito constitucional: o acesso à Justiça. Por essa ótica, a imposição de certo óbice ou condição para acessar os Tribunais Superiores não se harmonizaria com a inafastabilidade da jurisdição, havendo, *a priori*, uma tensão entre ela e a duração razoável do processo.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo analisar se a repercussão geral enquanto requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal atende aos princípios constitucionais do acesso à Justiça e da duração razoável do processo.

Para isso, inicialmente aborda-se a função contemporânea das Cortes Supremas, a fim de aclarar seus objetivos e sua atividade precípua no sistema jurídico como um todo. A seguir, analisa-se o recurso extraordinário no direito brasileiro, sua criação e evolução, atento, também as peculiaridades de seu processamento. Ato contínuo, é examinada a repercussão geral enquanto requisito de admissibilidade do recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, traçando alguns contornos para sua melhor compreensão e caracterização de seu conteúdo. Por fim, debruça-se sobre a harmonização da repercussão geral antes os princípios do acesso à Justiça e da duração razoável do processo, buscando atender ao objetivo do presente artigo.

A pesquisa utiliza o método de abordagem dedutivo, abordado qualitativamente, com caráter exploratório, através de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio de doutrina e análise da legislação vigente pertinentes ao delineamento das questões debatidas.

2. FUNÇÃO CONTEMPORÂNEA DAS CORTES SUPREMAS

Uma Corte Suprema caracteriza-se por dissociar texto e norma e pela compreensão da jurisdição como uma atividade reconstrutiva da ordem jurídica mediante a outorga de sentido a textos e elementos não textuais do sistema jurídico. Essa Corte é competente para guiar a aplicação do direito através de precedentes formados a partir do julgamento de casos concretos, e tem uma função proativa, tendo sua atuação direcionada para o futuro. Sua preocupação é, precipuamente, orientar a interpretação e aplicação do direito por toda a sociedade, pelos seus próprios membros e pelos demais órgãos jurisdicionais (MITIDIERO, 2017).

A função a ser desempenhada pela Corte Suprema é a de dar unidade ao direito mediante a sua adequada interpretação por meio dos casos a ela apresentados. É, portanto, uma função proativa, de maneira a guiar a interpretação do direito, atribuindo-lhe unidade (MITIDIERO, 2017). A atividade interpretativa da Corte é reconstrutiva, visto que interpretar é construir a partir de algo, porquanto utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos (ÁVILA, 2009).

As Cortes Supremas, na maioria dos sistemas de *civil law*, foram projetadas para corrigir a interpretação da lei (MARINONI, 2017). Esse caráter revisional das Cortes advém da ideia de que há uma interpretação unívoca do sentido da lei, preexistente à interpretação, sendo esta apenas declarada pelo julgador (MITIDIERO, 2018). O entendimento de que a norma não é o texto, mas sim o sentido construído a partir da interpretação de textos normativos (ÁVILA, 2009), impõe uma mudança no exercício das cortes de vértice do ordenamento jurídico, na medida em que suas atribuições devem ser voltadas a atribuir unidade ao sistema, mediante a realização da interpretação que lhes é cabida.

A compreensão do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas relaciona-se diretamente com a ideia de que a interpretação do direito (papel precípua destas cortes) se trata de uma atividade adscritiva, cujo resultado é a reconstrução de determinado significado normativo em detrimento de outros possíveis (MARINONI, 2019)⁴. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal

4 Importante trazer a lição de Calamandrei acerca da rejeição de uma interpretação única: “quando se fala de uma interpretação verdadeira, contraposta a uma interpretação falsa da mesma lei, se quer sempre fazer referência a um conceito de verdade ou falsidade relativa, isto é, derivada de um pensamento que pode ser

de Justiça não podem ser considerados como cortes que declaram o sentido prévio, intrínseco e unívoco da Constituição e legislação infraconstitucional federal (MITIDIERO, 2017).

Uma corte que tem por objetivo precípua a interpretação não é uma corte reativa (com sua atividade voltada ao passado, voltada à correção da decisão), mas, sim, proativa. Sua função é orientar a adequada interpretação e aplicação do direito para toda a sociedade civil e todos os membros do Poder Judiciário (MARINONI; MITIDIERO, 2019). É uma atividade voltada para o futuro, o objetivo consiste em atribuir unidade ao direito.

É errônea a ideia de que o trabalho do intérprete somente se faz necessário quando da interpretação de leis obscuras. A interpretação é sempre inevitável, pois cabe ao julgador não somente a aplicação silogística da lei, mas lhe é cabida a realização do direito – através da investigação, em um sistema de regras e princípios – de quais são os valores prestigiados em determinado momento histórico, concebendo, assim, uma decisão justa, porquanto guarda relação axiológica com o momento (DANTAS; WAMBIER, 2016).

A nomofilaquia⁵ do recurso levado à apreciação da corte de interpretação é, portanto, a consecução da unidade do direito através de sua adequada interpretação. A consecução dessa unidade se realiza através da orientação da sociedade a respeito do significado do direito em determinado caso (outorgando coerência e previsibilidade ao sistema) e, também, pelo desenvolvimento do direito em meio as novas demandas sociais (MARINONI; MITIDIERO, 2019):

[...] as Cortes Superiores não preordenam a operar como *terceira ou quarta instâncias*, ou como singelas fontes de *mais uma* prestação jurisdicional, mas antes devem se concentrar no deslinde de questões *singulares, complexas e de estrito direito*, que, ademais, apresentem aptidão para repercutirem em muitas outras controvérsias análogas, ao largo e ao longo do país. Somente assim se preservará o ambiente necessário à efetividade dos trabalhos

mais ou menos persuasivo, mas que não pode nunca conduzir à certeza absoluta e irrefutável. [...] A verdade ou falsidade da interpretação não é nunca um dado de fato objetivo, mas sempre o resultado de uma apreciação subjetiva eminentemente variável e incerta” (CALAMANDREI, 1945, p. 110).

- 5 Tem-se como função nomofilática das Cortes Supremas, segundo lição de Calamandrei, quem consagrou tal termo, aquela destinada a aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme, funções essas com finalidades que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente (CALAMANDREI, 1945).

desenvolvidos nas Cortes Superiores, ao mesmo tempo em que se criam condições para a formação de jurisprudência assentada, necessária, assim à prevenção de futuros processos como à resolução isonômica daqueles pendentes (MANCUSO, 2018, p. 501, grifo do autor).

A atividade das Cortes Supremas não deve ficar restrita à mera solução do caso concreto, levado à sua apreciação através do recurso interposto. Suas funções devem ser ressignificadas, de forma que se prestem ao escopo de garantir unidade ao direito, seu objetivo precípuo.

3. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO

A compreensão da função contemporânea das Cortes Supremas encontra-se diretamente relacionada ao modo como se deve conceituar o recurso extraordinário e o recurso especial, ambas as espécies do gênero extraordinário. Esses recursos, em um modelo de Cortes Supremas, têm por escopo promover a unidade do direito mediante uma adequada interpretação de textos normativos, tendo por ponto de partida o caso concreto – e não o mero controle das decisões de instâncias ordinárias com foco no interesse das partes (MARINONI; MITIDIERO, 2019).

Ao Supremo Tribunal Federal, por conta de sua missão de guarda da Constituição Federal, cabe “conferir interpretação às normas constitucionais, fazendo-o por meio de controle concentrado de constitucionalidade ou por meio do controle difuso, sendo este último, como se sabe, realizado usualmente por meio do recurso extraordinário” (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2018, p. 419). Isso leva à conclusão de que “o recurso extraordinário, portanto, sempre teve como finalidade, entre outras, a de assegurar a inteireza do sistema jurídico, que deve ser submisso à Constituição Federal” (ALVIM, 1997, p. 46).

Com o Decreto n. 50 de 22 de junho de 1890, posteriormente ratificado pela Constituição Federal de 1891 e, ainda, em vista da adoção do federalismo pelo Brasil, tornou-se imprescindível a criação de um tribunal federal que preservasse a autoridade e integridade da Constituição Federal e das leis federais, como garantia do funcionamento da nova forma de governo. Nascia, assim, o Supremo Tribunal Federal e o recurso extraordinário (DIAS, 2016)⁶. Posteriormente, o instituto foi previsto expressamente no pró-

6 A origem do recurso extraordinário advém do direito saxônico, do *writ of error*

prio texto da Constituição de 1891, no art. 59, § 1º, ainda sem a nomenclatura de recurso extraordinário, acolhida somente com a edição do primeiro regimento interno do Supremo Tribunal Federal (VALADÃO, 2013).

À época da Constituição Federal de 1891 o recurso extraordinário tinha por objetivo precípua preservar a integridade da Constituição Federal e da legislação federal. Assumia, portanto, importante papel na defesa da ordem jurídica, protegendo os direitos assegurados direta ou indiretamente na Constituição.

Sofrendo maior ou menor alteração pelas cartas constitucionais subsequentes, é com a Constituição Federal de 1988 que o recurso extraordinário tem sua mudança mais significativa⁷. Diante do grande volume de recursos que aportavam no Supremo Tribunal Federal, sem que este conseguisse dar o adequado tratamento a todos eles, cria-se, com a Constituição Federal uma nova corte superior (Superior Tribunal de Justiça), e com ela um novo recurso do gênero extraordinário⁸ (recurso especial), cuja função é exercer o controle da legalidade e da correta interpretação do direito federal, aliviando, assim, a carga do Supremo Tribunal Federal, que ficaria restrito ao controle de questões exclusivamente de natureza constitucional (DIAS, 2016).

norte-americano, que destinava-se a corrigir erros de direito de uma corte inferior, era um ato do rei que ordenava a revisão de um determinado julgamento em virtude de um erro. Depois, tornou-se um recurso a ser interposto em face de qualquer erro alegado nos processos de uma de *record* – cortes que registravam os autos do processo. Importado da Inglaterra e difundido nas colônias inglesas, o *writ of error* entrou na legislação norte-americana e, em 1787, com a organização da Federação, se transformou em um meio para obtenção de unidade do direito federal e, principalmente, de conservação da supremacia da Constituição Federal norte-americana (SILVA, 1963). Possibilitava que a Suprema Corte revisasse as decisões finais das cortes superiores dos estados em hipóteses taxativas relacionadas com a constitucionalidade das leis e invalidade das leis estaduais (VALADÃO, 2013).

7 Marinoni (2019), aponta três mudanças expressivas no recurso extraordinário com o advento da Constituição Federal de 1988: *i*) o cabimento voltado essencialmente para a guarda da Constituição, criando-se o Superior tribunal de Justiça e o recurso especial para a guarda da legislação infraconstitucional; *ii*) a introdução de um filtro recursal voltado ao autogoverno do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a necessidade de demonstração da repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário; e *iii*) o reconhecimento do potencial extensivo das decisões tomadas em recurso extraordinário.

8 Recurso extraordinário, também chamado de recurso excepcional ou de superposição, é gênero do qual são espécies o recurso extraordinário para o STF e o recurso especial para o STJ. O recurso de revista para o TST e o recurso especial para o TSE também são espécies desse gênero.

Pode-se concluir, de forma breve porém elucidativa, que o recurso extraordinário, no quadro dos recursos cíveis, tem o papel “de resguardar a interpretação dada pelo STF aos dispositivos constitucionais, garantindo a inteireza do sistema jurídico constitucional federal e assegurando-lhe validade e uniformidade de entendimento” (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2018, p. 419).

De acordo com o artigo 102, inciso III da Constituição Federal, é cabível o recurso extraordinário contra as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; e d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal⁹.

É pacífica a orientação dos tribunais superiores em não admitir recurso extraordinário (enquanto gênero, abrangendo, assim, todas suas espécies) para simples revisão de provas, porquanto o seu escopo é de controle da correta aplicação do direito objetivo¹⁰. “Isso decorre de uma velha lição: não é possível a interposição de recurso extraordinário para a revisão de matéria de fato” (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2018, p. 361), de maneira que tal pleito não se encaixa em qualquer dos permissivos legais de seu cabimento.

Trata-se de uma espécie de recurso altamente formal, devendo o recorrente seguir atentamente à forma exigida, sobretudo, no artigo 1.029 do Código de Processo Civil¹¹. Havendo algum vício sobre esse aspecto e

9 Cumpre, no ponto, uma observação acerca do cabimento do recurso extraordinário em cotejo com o recurso especial. Ao passo que o recurso especial só é cabível em face de acórdão, o recurso extraordinário não possui tal previsão, dispondo apenas que a decisão recorrida deve ter sido proferida em única ou última instância. Sendo assim, caso um juiz ou órgão singular julgue a causa em última ou única instância, será cabível o recurso extraordinário. É o que ocorre, por exemplo, nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a cinquenta ORTN e contra as decisões proferidas por órgão recursal dos juizados especiais (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2018). Nesse sentido é a Súmula 640 do STF: “É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por uma turma recursal de juizado especial cível e criminal”.

10 Nesse sentido a Súmula 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” e Súmula 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

11 O Código de Processo Civil traz as disposições procedimentais quanto ao recurso extraordinário e especial de maneira conjunta no artigo 1.029 e seguintes. Os Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça também versam sobre o procedimento do recurso no âmbito das Cortes. Por opção

sendo o recurso tempestivo, pode a Corte Suprema determinar sua correção (art. 1.029, § 3º, CPC). No entanto, por se tratar de medida discricionária (o dispositivo assevera que “pode”, não que “deve”), acaba sendo de pouco utilização prática.

Em breve síntese, interposto no tribunal local, cabe ao presidente ou vice do tribunal intimar o recorrido para apresentar resposta, no prazo de quinze dias, e proceder o juízo de admissibilidade do recurso¹². Em caso de inadmissão do recurso extraordinário, o recorrente pode interpor agravo em recurso extraordinário, exceto quando a denegação fundar-se sobre entendimento firmado em regime de repercussão geral ou julgamento de recursos repetitivos (art. 1.030, § 1º e art. 1.042, CPC). Admitido o recurso extraordinário, o processo é remetido ao Supremo Tribunal Federal para realize um novo juízo de admissibilidade. Admitido o recurso, a Corte julga o processo e aplica o direito ao caso concreto (art. 1.034, *caput*, CPC). Ainda, o art. 1.029, § 5º do CPC regula a possibilidade de concessão de efeito suspensivo *ope iudicis* ao recurso extraordinário.

4. REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL

A despeito da criação do Superior Tribunal de Justiça e do novo recurso especial, com a crescente demanda ao Judiciário e ampliação do acesso à Justiça, o Supremo Tribunal Federal se viu novamente sufocado por uma imensidão de recursos, muitos deles com pouca ou nenhuma relevância jurídica ou social (DIAS, 2016).

Em atenção a este (não tão) novo cenário experimentado pela Corte Suprema, a Emenda Constitucional 45/2004 introduziu o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal, implementando, assim, um novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, qual seja, a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais debatidas no caso¹³.

metodológica e para a concretização do objetivo do presente artigo, limita-se à análise do procedimento no Código de Processo Civil, analisando os aspectos relativos ao recurso extraordinário, sem abordar as peculiaridades do recurso especial.

12 No texto original do CPC vigente a admissibilidade dos recursos extraordinário e especial seria realizada apenas na instância superior. Porém, antes de terminar a *vacatio legis*, foi editada a ei n. 13.256, de 4 de fevereiro de 2016, que, dentre outras providências sobre o processamento e julgamento de tais recursos, alterou a redação do artigo 1.030, restabelecendo o exame de admissibilidade pela corte recorrida, como era no código anterior.

13 Em que pese o requisito da repercussão geral tenha buscado inspiração na ar-

Além de simplesmente contornar o problema do grande afluxo de processos, essa mudança implica “uma transformação da natureza do recurso extraordinário que passa a aflorar aspecto mais objetivo no exercício da sua função política de proteção do texto constitucional” (DIAS, 2006, p. 76)¹⁴. Nessa perspectiva, “entende-se, com razão, que, dessa forma, a Suprema Corte será reconduzida à sua verdadeira função, que é a de zelar pelo direito objetivo – sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação- na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a Nação” (MEDINA; WAMBIER; WAMBIER, 2005, p. 374).

A partir da repercussão geral, implanta-se um mecanismo de filtragem, permitindo que apenas questões de real importância cheguem ao Supremo Tribunal Federal (TUCCI, 2006). No entanto surge uma questão paradoxal no ponto, porquanto “haverá também questões de índole constitucional ‘menos importantes’ para os fins do recurso extraordinário, porque despidas de *repercussão geral*” (TUCCI, 2006, p. 62, grifo do autor).

Considerando que tal requisito é não é exigido para o recurso especial, é no mínimo curioso “que tenha entendido o legislador constitucional deverem-se distinguir questões relevantes das não-relevantes, no plano do direito constitucional e não no plano da lei federal, como se tudo o que constasse na lei federal fosse relevante” (MEDINA; WAMBIER; WAMBIER, 2005, p. 373/374). Impõe-se, assim, reflexão nessa ordem de ideias:

Se o constituinte elegeu determinada matéria como merecedora de integrar a Constituição Federal, a Lei Maior do País, afigura-se contraditório que o Supremo Tribunal Federal possa reputá-la de menor importância, de modo a não justificar a sua atuação mesmo existindo uma afronta ao texto constitucional. (DIAS, 2006, p. 77).

guição de relevância, existente ao tempo da Constituição Federal de 1969, com ela não se confunde. A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a arguição de relevância não precisava ser motivada e ainda ocorria sob sigilo. “A justificativa para que a decisão acerca da arguição de relevância fosse proferida em sessão secreta e não fosse fundamentada era a de que não se tratava de ato jurisdicional, mas de ato de natureza legislativa, já que com isso, os Ministros, que estabeleciam as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário no regimento interno do STF, estariam pura e simplesmente ‘acrescentando’ como que ‘mais um inciso’ ao art. 325, em cujo *caput* se previa os casos em que cabia o recurso extraordinário”. (MEDINA; WAMBIER; WAMBIER, 2005, p. 104)

14 Em complemento, diga-se que “o instituto da repercussão geral consiste, portanto, numa triagem preliminar dos recursos extraordinários, cuja aferição deverá ser realizada sob o ponto de vista do interesse público” (DIAS, 2006, p. 77).

Conclui-se, então, que o alívio da sobrecarga da Corte que o crivo discricionário dos temas a serem julgados deve ser sopesado com cautela na sua aplicação, visto que pode representar uma negação à própria razão de ser do recurso extraordinário (DIAS, 2006)¹⁵.

A regulamentação deste instituto deu-se por meio da Lei n. 11.418/2006¹⁶, acrescentando o artigo 543-A ao Código de Processo Civil de 1973, vigente à época. Atualmente, cumpre ao § 1º do artigo 1.035 do Código de Processo Civil vigente, dispor que “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”.

Percebe-se, assim, que o legislador utilizou conceitos jurídicos indeterminados para a aferição da repercussão geral, o que não dispensa o exame das peculiaridades do caso em concreto (DIDIER; CUNHA, 2018). Por tais razões, não pode estabelecer previamente uma noção exata do que seja questão de repercussão geral, pois essa cláusula depende, do caso em análise (MARINONI; ARENHART, 2005). Nas palavras de Arruda Alvim acerca dos conceitos indeterminados, “o que se passa com tal noção é que ela deve ser objeto de decantação permanente, de que resultará, com o tempo, mosaico rico e variegado de matizes” (ALVIM, 2005, p. 74).

A doutrina, por sua vez, acaba propondo uma sistematização dos critérios para a aferição da repercussão geral, tendo por base o texto legal. A repercussão geral jurídica é a definição da noção de um instituto básico do nosso direito, de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente. A repercussão geral política

15 Cabe a reflexão acerca do lineamento dos critérios para aferição da repercussão geral traçadas por Tucci, em momento anterior a promulgação da lei federal que regulamentou o instituto (art. 11.418/06): “Seja como for, os critérios que serão estabelecidos para o exame e avaliação da *repercussão geral* jamais poderão ser discricionários, até porque a Corte deverá explicitar a respectiva *ratio decidendi*. Por outro lado, a lei que irá disciplinar o instituto também não deverá enumerar as hipóteses que possam ter aquela expressiva dimensão, porque o dispositivo ora examinado estabeleceu um ‘conceito jurídico indeterminado’ (como tantos outros previstos em nosso ordenamento jurídico), que atribui ao julgador a incumbência de aplicá-lo diante dos aspectos particulares do caso analisado” (TUCCI, 2006, p. 63).

16 Além da regulamentação da repercussão geral, a Lei n. 11.418/06 instituiu a possibilidade de processamento de recurso extraordinário de causas repetitivas, ante a existência de multiplicidade de recurso com fundamento em idêntica controvérsia (CPC/73, art. 543-B). Com a Lei n. 11.672/08 uma técnica semelhante para o processamento de recursos especiais repetitivos foi implementada no Superior Tribunal de Justiça.

tem-se quando de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais. A repercussão geral social, por sua vez, é quando se discutem problemas relacionados à escola, à moradia ou mesmo à legitimidade do Ministério Público para a propositura de certas ações. Por fim, trata-se de repercussão geral econômica quando se discutem, por exemplo, o sistema financeiro da habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais (MEDINA; WAMBIER; WAMBIER, 2005, p. 103/104)¹⁷.

Cabe atentar para a existência de hipóteses de presunção absoluta de repercussão geral. O artigo 1.035, § 3º do Código de Processo Civil traz duas situações em que sempre haverá repercussão geral do recurso: *i*) quando o acórdão impugnado contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; e *ii*) quando o acórdão impugnado tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. Ainda, o artigo 987, § 1º do mesmo diploma, determina a presunção de repercussão geral de questão constitucional do recurso extraordinário interposto em face de decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas¹⁸.

17 José Carlos Barbosa Moreira (1994), ao comentar a antiga arguição de relevância, traçou alguns critérios para a configuração da relevância, que podem ser utilizados também no que tange a repercussão geral: *i*) decisão capaz de influir concretamente, de maneira generalizada, em grande quantidade de casos; *ii*) decisão capaz de servir à unidade e ao aperfeiçoamento do Direito, ou particularmente significativa para seu desenvolvimento; *iii*) decisão que tenha imediata importância jurídica ou econômica para círculo mais amplo de pessoas ou para mais extenso território da vida pública; *iv*) decisão que possa ter como consequência a intervenção do legislador no sentido de corrigir o ordenamento positivo ou de lhe suprir lacunas; *v*) decisão que seja capaz de exercer influência capital sobre as relações com os estados estrangeiros ou com outros sujeitos do Direito Internacional Público.

18 O artigo 1.035, § 3º do Código de Processo Civil ainda trazia uma outra hipótese de presunção legal absoluta de repercussão geral em seu inciso: quando o acórdão recorrido tivesse sido proferido em julgamento de casos repetitivos (incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos especial e extraordinário repetitivos). No entanto, referido inciso foi revogado ainda no período de *vacatio* do diploma processual, com a Lei 13.256/2016, porém, manteve-se a previsão especificamente quanto ao incidente de resolução de demandas repetitivas, no artigo 987, § 1º. Partindo do pressuposto doutrinário de que ambas as técnicas formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam e devem ser interpretadas conjuntamente (Enunciado 345 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis), não parece equívoco concluir que a repercussão geral é presumida também nos casos de recurso extraordinário interposto contra acórdão que julgou recurso especial repetitivo, sendo, assim, inócua a revogação do inciso anteriormente referido.

Outrossim, passados alguns anos da instituição da repercussão geral, utiliza-se como base para estabelecimento de seus critérios o entendimento da Corte nas análises dos temas de repercussão geral já editados pelo Supremo Tribunal Federal, o que certamente serve de apoio para os operadores do direito na tarefa de saber quando uma matéria possui repercussão geral (MADRUGA, 2015)¹⁹.

Por fim, o artigo 102, § 3º da Constituição Federal ainda prevê que cabe ao recorrente demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais debatidas no caso²⁰, e que o Tribunal apenas pode recusá-la pela manifestação de dois terços dos seus membros. O *quórum* qualificado é para considerar que a questão não tem repercussão geral, ou seja, “é razoável afirmar, assim, que existe uma presunção em favor da existência de repercussão geral” (STRECK, 2005, p. 57).

5. FILTRO AO ACESSO À JUSTIÇA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A mesma Emenda Constitucional que instituiu a repercussão geral como requisito de admissibilidade ao recurso extraordinário, também acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Previsão similar vem positivada no artigo 4º do Código de Processo Civil ao dispor que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Como visto, a repercussão geral se coaduna com esses preceitos, visto que tem como seu maior escopo justamente dar maior agilizado e rendimento aos julgamentos de recursos extraordinários pelo Supremo Tribunal Federal. Porém há vozes doutrinárias que questionam se tal

19 A autora, em sua dissertação de mestrado realizado junto ao Programa *Stricto Sensu* de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, estudou detidamente diversos temas que tiveram a repercussão geral reconhecida e outros que não tiveram tal reconhecimento, traçando, assim, algumas similitudes e critérios mais comumente utilizados para aferição deste requisito de admissibilidade pelo Supremo Tribunal Federal.

20 Pela redação legal vigente, a demonstração da repercussão geral não precisa, necessariamente, ser realizada em preliminar ou em tópico específico, devendo, porém, ser bem demonstrada nas razões do recurso extraordinário. Nesse sentido é o Enunciado 224 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A existência de repercussão geral terá de ser demonstrada de forma fundamentada, sendo dispensável sua alegação em preliminar ou em tópico específico”.

técnica, em verdade, não traria um óbice à discussão de matéria constitucional suficiente para ensejar uma grave violação ao direito de acesso à justiça, preconizado no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal:

Pelo que se percebe, o principal objetivo da repercussão geral é reduzir o número de recursos extraordinários, e não a resolução adequada do conflito dos litigantes que, em várias situações, deixaram de ser vistos como sujeitos de direitos, mas apenas como dados numéricos, estatísticos. Em outras palavras, a criação da repercussão geral mostra-se mais política do que jurídica. (RUIZ, PACHECO, 2012, p. 312/313)²¹.

A partir dessa premissa, a repercussão geral enquanto requisito de admissibilidade do recurso extraordinário acaba por resolver apenas o problema da quantidade de processo em trâmite no Supremo Tribunal Federal (acesso à Justiça quantitativo ou Justiça de alta produtividade), deixando de lado os sujeitos de direitos que precisam de uma aplicação adequada da norma, e passam a ser percebidos como meros dados numéricos nas pesquisas estatísticas de produtividade do sistema judicial (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2009, p. 19)²².

Outra inquietação nesse aspecto é possibilidade de que algumas matérias constitucionais não cheguem à análise do Supremo Tribunal Federal em razão da ausência da repercussão geral, fazendo surgir, assim, uma espécie de hierarquia, uma disparidade entre as questões constitucionais existentes. Imagina-se que nos casos em que não demonstrada a repercussão geral, mas patente a inconstitucionalidade, “parece de fato distinguir entre inconstitucionalidades como se qualquer delas não fosse em si uma violação máxima suficiente para a atuação do Tribunal que é a guarda da Constituição” (CASTILHO, 2007, p. 110)²³.

21 Nesse sentido, Barreto e Lima afirmam que a repercussão geral restringe o acesso à Justiça, ferindo o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV), segundo o qual a lei não poderá excluir do Poder Jurisdicional do Estado qualquer lesão ou ameaça a direito” (BARRETO; LIMA, 2010, p. 97).

22 Assim, o Estado não pode, com vistas à redução do processo e para solucionar a denominada crise do Supremo Tribunal Federal, indiscriminadamente relativizar outros direitos fundamentais, tais como o direito de acesso à Justiça, sob alegação de existência de um ‘interesse’ maior. Acima de todos esses ‘interesses’, está a dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito, e somente em casos excepcionais pode ser limitada. Havendo conflito entre direitos fundamentais, deve sempre prevalecer a dignidade da pessoa humana” (RUIZ, PACHECO, 2012, p. 332).

23 Com efeito, a exigência da demonstração da repercussão geral pode causar grave

No ponto, Wambier (2008), apesar de se preocupar com a possibilidade de que uma mesma norma venha a ser interpretada de um modo, em um dos tribunais estaduais ou federais do país, e de outro modo, em outro destes tribunais, defende que não deve o instituto ser visto como óbice ao acesso à Justiça. Isso porque, segundo a autora, “no país, há toda uma estrutura destinada a tornar real o acesso à justiça, desdobrada em dois graus de jurisdição, havendo justiças Estaduais, Federais, especializadas, sendo esta estrutura posta em movimento por um sistema recursal marcadamente abundante” (WAMBIER, 2008, p. 290).

Em defesa da pertinência e adequação da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, destaca-se a lição de Marinoni e Mitidiero (2008). Para os autores, a atuação da Corte Suprema, no pensamento jurídico contemporâneo, afina-se mais com a ideia de exame das questões com maior impacto para obtenção da unidade do Direito. A intenção pura e simples de uma justiça do caso concreto, que traz consigo o interesse das partes na causa, não justificam a abertura de uma terceira, ou ainda uma quarta instância judiciária, e concluem:

Tendo presente essas coordenadas, a adoção de um mecanismo de filtragem recursal como a repercussão geral encontra-se em absoluta sintonia com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, em especial, com o direito fundamental a um processo com duração razoável. Guardam-se as delongas inerentes à tramitação do recurso extraordinário apenas quando o seu conhecimento oferecer-se como um imperativo para a ótima realização da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro. Resguardam-se, dessarte, a um só tempo, dois interesses: o interesse das partes na realização de processos jurisdicionais em tempo justo e o interesse da Justiça no exame de casos pelo Supremo Tribunal Federal apenas quando essa apreciação mostrar-se imprescindível para realização dos fins a que se dedica a alcançar a sociedade brasileira. (MARINONI, MITIDIERO, 2008, p. 17/18).

Seguindo uma linha semelhante, Braghittoni (2007) afirma que o foco da questão não reside na existência da relevância, mas sim em sua

insegurança jurídica, pois o Supremo Tribunal Federal, a quem cabe unificar a interpretação constitucional, pode não vir a exercer essa função, quando se tratar de hipótese em que, apesar de ser matéria constitucional, não haja repercussão geral. Desse modo, nem toda matéria constitucional terá orientação jurisprudencial fixada pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, pergunta-se: como interpretar o *caput* do art. 102, da CF, que estabelece que ‘compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, [...]?’” (RUIZ, PACHECO, 2012, p. 312/313).

intensidade, ou seja, deve-se analisar se para todo o restante do país aquela questão apresentaria a mesma relevância: “não é porque toda matéria constante na Constituição seja relevante que toda causa relacionada a ela também o será” (BRAGHITTONI, 2007, p. 77). O autor ainda defende que o recurso extraordinário deve ser entendido como uma prerrogativa do sistema e não como um direito irrestrito de acesso dos jurisdicionados:

Se se entender que o acesso aos tribunais superiores é “direito” das partes, então realmente é preciso que as normas sejam mais e mais claras, especificando uma a uma *todas* as hipóteses possíveis, a fim de delimitar meticulosamente as fronteiras desse direito.

Se se entender, ao revés, que as partes têm direito ao duplo grau de jurisdição, mas que o acesso aos tribunais superiores é prerrogativa do sistema, como ocorre nos países que lograram construir cortes verdadeiramente constitucionais, então não será necessário procurar minuciosas concreções para conceitos vagos. Será, sim, necessário confiar que a corte constitucional estará à altura dessa primeira tarefa maior que lhe daremos: decidir quais causas merecem ou não seu julgamento, com base no reflexo que gerarão para o país todo (BRAGHITTONI, 2007, p. 116, grifo do autor).

Partindo das premissas expostas, importa traçar algumas linhas conclusivas na temática. Em que pese tenha-se grande (e pertinente) preocupação com o acesso à Justiça e efetiva análise do direito das partes, visto que a Justiça, a rigor, se presta para atender o jurisdicionado, a função precípua das Cortes Supremas e, por consequência, do recurso extraordinário tem contornos outros que não a solução do direito subjetivo do jurisdicionado.

Com efeito, a função nomofilática, bem conceituada por Calamandrei (1945) desde há muito, justifica a atuação dessas Cortes sob a ótica de dar interpretação e unidade ao direito objetivo, atingindo o direito subjetivo os jurisdicionados de forma reflexa. Explica-se: a manutenção de um sistema de justiça íntegro e coerente, acaba trazendo de forma inequívoca uma maior previsibilidade e segurança jurídica. A partir disso, o jurisdicionado ao dar o “pontapé inicial” de seu pleito no Judiciário, não ficará à mercê da discricionariedade do julgador, podendo traçar minimamente a sorte que sua demanda tem de ser ou não provida.

Entender a atuação das Cortes Supremas hoje de modo diverso seria relegá-las à função de uma terceira ou quarta instância (MANCUSO, 2020) em detrimento de sua função precípua e maior, qual seja, a

aquela destinada a aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme, funções essas com finalidades que se entrelaçam e se iluminam reciprocamente (CALAMANDREI, 1945).

6. CONCLUSÃO

As Cortes Supremas no sistema jurídico exercem a chamada função nomofilática, através da qual cumpre a elas a uniformização da jurisprudência e a unidade do direito, garantindo, assim, maior previsibilidade e segurança jurídica. Nesse escopo, cumpre às Cortes Supremas a análise do direito objetivo, protegendo o direito subjetivo das partes apenas de forma reflexa ou secundária.

Tal função tem influência direta no cabimento do recurso extraordinário, que pode ser considerado gênero que abrange, entre outros, as espécies recurso extraordinário (destinado ao Supremo Tribunal Federal) e recurso especial (destinado ao Superior Tribunal de Justiça). Em tais recursos é defesa o reexame de provas e a análise de matéria de fato, o que se coaduna com os objetivos precípuos das Cortes responsáveis pelo seu julgamento.

Especificamente quanto ao recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, há, como requisito de sua admissibilidade, a necessidade da demonstração da repercussão geral da questão constitucional nele debatida. Tal requisito busca não apenas otimizar o trabalho da Corte, que tem sido sobrecarregada de diversos processos, muitos dos quais de pouca ou nenhuma relevância social, jurídica ou econômica, mas também qualificá-lo, porquanto serão levados à julgamento pela Corte maior do país apenas aqueles casos de verdadeira expressão nacional.

Todavia, ao passo que a repercussão geral tem compromisso afinado com a duração razoável do processo e adequação das decisões judiciais, surge uma certa preocupação acerca do instituto como filtro do acesso à Justiça, privando os recorrentes de terem seu caso analisado e, assim, ferindo o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A despeito da preocupação trazida no ponto por parte da doutrina, entende-se que a repercussão geral enquanto requisito de admissibilidade do recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal não fere a inafastabilidade da jurisdição, preconizada constitucionalmente, tampouco priva os recorrentes do efetivo acesso à Justiça. Diante da função precípua das Cortes Supremas, mormente do recurso extraordinário

a ela dirigido, a repercussão geral é instituto de otimização e adequação dos casos ao seu real objetivo, não servindo como nova instância de julgamento ou como órgão revisor de matérias fáticas e probatórias.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Manoel de Arruda. A EC nº 45 e o instituto da repercussão geral. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *et.al.* (Coords.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ALVIM, Eduardo Arruda. O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

AMORIM, Aderbal Torres de. **O novo recurso extraordinário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARRETO, Cleiton Carlos de Abreu Coelho; LIMA, Rogério Montai de. Causas impeditivas de recursos. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, n. 65, São Paulo, 2010.

BRAGHITTONI, R. Ives. **Recurso extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal: de acordo com a Lei nº 11.418/06 (repercussão geral).** São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

BRASIL. Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 dez. 2006.

BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Civis. **Enunciado n. 224**. A existência de repercussão geral terá de ser demonstrada de forma fundamentada, sendo dispensável sua alegação em preliminar ou em tópico específico. Rio de Janeiro, RJ. 2014.

BRASIL. Fórum Permanente de Processualistas Civis. **Enunciado n. 345**. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente. Belo Horizonte, MG. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 640**. É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal. Brasília, DF, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Brasília, DF, 1963.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Brasília, DF, 1990.

CALAMANDREI, Piero. **La casación civil**. Buenos Aires: Bibliografía Argentina, 1945, t. 1, v. 2.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. O recurso extraordinário, a repercussão geral e a súmula vinculante. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 151, 2007.

DANTAS, Bruno. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Handel Martins. La transformación de los recursos extraordinarios em el derecho procesal brasileño. **Revista del Instituto de Derecho Procesal**, n. 44, jul-dez. 2016, p. 223-249, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2016.

DIAS, Handel Martins. **A tutela de urgência em sede de recursos extraordinários e especial**. 2006. 263 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petronio (Coords.). **A nova função do recurso extraordinário**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MADRUGA, Tatiana Cláudia Santos Aquino. **O filtro da repercussão geral nos recursos extraordinários por meio da análise dos temas julgados pelo Supremo Tribunal Federal**. 2015. 254 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Universidade Federal do Espírito Santo. Vitória.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Recurso extraordinário e recurso especial: do *jus litigatoris* ao *jus constitutionis***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

RUIZ, Ivan Aparecido; PACHECO, Carla Sakai. Repercussão geral: garantia do acesso à justiça? **Argumentum**, Unimar, n. 13, p. 311-334, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade de massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 177, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A “repercussão geral” como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 848, p. 60-65, jun. 2006.

VALADÃO, José Arildo. **A nova função do recurso extraordinário**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

ALANA GABRIELA ENGELMANN¹

1. INTRODUÇÃO

É nítido como cada vez mais o ordenamento jurídico brasileiro tem procurado formas alternativas mais eficientes para alcançar a tutela jurisdicional, bem como para dispor que todos tenham o devido acesso à justiça, como uma forma de assegurar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Tendo em vista que restou ao legislador a função de criar meios para assegurar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, foram criados alguns meios de atingir maior efetividade e celeridade processual, com o advento do atual Código de Processo Civil, podendo ser dado como exemplo de um desses meios, a possibilidade de Estabilização da Tutela Antecipada, quando a mesma for Requerida em Caráter Antecedente, que foi criado exatamente com o objetivo de alcançar esses direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Por outro lado, não pode-se esquecer que o legislador estabeleceu alguns critérios específicos para a concessão do referido benefício, bem como estipulou que em certos casos o mesmo pode ser requerido.

Considerando que essa possibilidade de Estabilização da Tutela Antecipada Concedida em Caráter Antecedente busca maior efetividade

1 Advogada. Pesquisadora. Membro do Grupo de Pesquisa “Influência da Cultura no Processo”, coordenado pelo prof. Dr. Marco Félix Jobim, na PUCRS. Especialista em Novo Processo Civil Brasileiro pela Unisinos. Bacharel em Direito pela Universidade FEEVALE. E-mail: alanangelmann@hotmail.com

e celeridade processual, resta claro que a sua aplicação junto a processos que versem acerca de direitos transindividuais pode ser uma alternativa para efetivação, bem como para alcançar maior efetividade processual a estes referidos processos.

Não se pode esquecer que, no âmbito das Tutelas de Urgência, esta não foi a única mudança trazida pelo ordenamento jurídico processual atual, vigente no nosso país, uma vez que o Código de Processo Civil, instituído através da Lei nº 13.105/2015, trouxe grandes mudanças no âmbito das tutelas de urgência, tendo em vista que houve a reunião da tutela cautelar e da tutela antecipada, que agora se encontram agrupadas sob único título chamado “Tutelas Provisórias”.

Por outro lado, a grande inovação no âmbito das tutelas de urgência refere-se exatamente à tutela antecipada, que no novo diploma pode ser dar pelo procedimento denominado antecedente, permitindo a estabilização dos efeitos da decisão antecipatória, mediante cumprimento de alguns pressupostos.

Diante disso, poderia a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente ser aplicada aos processos que versem acerca de direitos transindividuais, para que possa se dar a efetivação dos mesmos? E, caso positivo, seria a estabilização uma maneira de tornar o mesmo mais efetivo?

Sendo assim, o presente trabalho irá abordar, em um primeiro momento, acerca das disposições gerais acerca da Antecipação da Tutela, passando então para demonstrar como se deu a evolução do presente instituto, mostrando então como se deu a adoção pelo Código de Processo Civil dos efeitos da Estabilização da Tutela Antecipada Concedida em Caráter Antecedente, bem como os meios de impugnar a presente decisão, entrando então na questão de como a Estabilização da Tutela Antecipada Concedida em Caráter Antecedente tem a finalidade de obtenção de um processo judicial mais efetivo, para então analisar-se a possibilidade de utilização do presente instituto nas demandas que versem acerca de direitos transindividuais.

Como o presente trabalho está tratando de duas formas de obtenção de efetividade processual mais célere, é de suma importância a análise dos efeitos da estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, com o intuito de aplicação junto aos processos que versem acerca de direitos transindividuais.

2. DISPOSIÇÕES GERAIS ACERCA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Antes de mais nada, será abordado o que são os Direitos Transindividuais e qual a importância dos mesmos para o nosso ordenamento jurídico, como foi a adoção dos mesmos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como de que forma os mesmos são tutelados.

De acordo com Eduardo Cambi (2005), a partir do Código de Defesa do Consumidor, que foram criados dois subsistemas distintos para regular os conflitos, sendo que um desses sistemas visa a tutelar os conflitos individuais e outro subsistema para tutelar os conflitos transindividuais. Por outro lado, não podemos esquecer que não cabe somente ao Código de Defesa do Consumidor, a proteção desses direitos, sendo que ele foi apenas o primeiro dispositivo legal a dar uma maior dimensão e visibilidade aos mesmos.

A primeira pergunta que se pode fazer é: Mas o que seriam esses conflitos transindividuais? Nada mais são do que aqueles que versam sobre direitos coletivos, direitos difusos e direitos individuais homogêneos.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o Código de Processo Civil deixou de ser o centro de gravitação do ordenamento processual, bem como não se pode atribuir ao Código de Defesa do Consumidor a designação de mero microssistema. Assim, pode-se dizer que o apropriado a se afirmar é que, enquanto que o Código de Processo Civil polariza a tutela de Direitos Individuais, o Código de Defesa do Consumidor polariza a tutela dos direitos transindividuais. (CAMBI, 2005)

Tanto é verdade a afirmação acima que, em comparação aos dois sistemas, pode-se encontrar várias fraturas no ordenamento processual, que podem ser identificadas a partir de diversos institutos, como a legitimação *ad causam*, o ônus da prova e a coisa julgada, que são tratados de forma bastante diversa tanto pelo Código de Processo Civil, quanto pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo que há essas diversas técnicas que são diferenciadas entre ambos os Códigos, uma vez que, o objeto da tutela dos direitos transindividuais, por envolver os conflitos inerentes a sociedade de massas, requer instrumentos processuais adequados a essa realidade, para se obter maior efetividade processual. (CAMBI, 2005)

Por outro lado, apesar da diferenciação entre o Código de Processo Civil e o Código de Defesa do Consumidor não ser efetiva-

mente o objeto do presente estudo, é necessário realizar essa análise, uma vez que, apesar de ambos os Códigos tratarem alguns aspectos de forma distinta, é de suma importância lembrar que ambos os subsistemas se inter-relacionam pelo art. 90 do CDC, pelo qual, em havendo lacuna ou omissão na disciplina das regras do processo coletivo, aplica-se, subsidiariamente e no que couber, o Código de Processo Civil. (CAMBI, 2005)

O Código de Defesa do Consumidor, todavia, conforme já exposto acima, apenas polariza a tutela dos direitos transindividuais, porque neste subsistema outras importantes leis, como a da ação civil pública e a da ação popular, também contém regras processuais que tecem o conjunto ou a rede normativa. Diante disso, resta claro que o Código de Defesa do Consumidor não regula todo o processo coletivo, mas exerce a função de uniformizar conceitos e integrar o regime jurídico-processual dos direitos transindividuais. (CAMBI, 2005)

Após a breve introdução acerca dos direitos transindividuais, cabe passar para a análise do instituto da Antecipação da Tutela, bem como a mesma foi adotada no Código de Processo Civil, trazendo ainda a possibilidade de Estabilização da Tutela Antecipada Concedida em Caráter Antecedente, como meio de efetivação dos Direitos Transindividuais, que é objeto do presente trabalho.

3. DISPOSIÇÕES GERAIS ACERCA DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Antes de se adentrar no enfrentamento da efetivação dos direitos transindividuais, através da utilização da tutela provisória de natureza antecipada em caráter antecedente no Novo Código de Processo Civil, cabe referir que a tutela antecipada pode ser conceituada como sendo a técnica processual apta a resguardar a parte interessada de sofrer dano grave ou de difícil reparação ao direito pretendido em função do tempo do processo, garantindo seu resultado útil:

Em breve definição, pode-se dizer que a tutela antecipada é uma técnica utilizada para atender demandas inaptas a aguardar a resolução judicial definitiva, porque a ausência de imediato acesso ao objeto da postulação tem aptidão de impor sobre o postulante um grave dano ou um dano de difícil reparação (antecipação de tutela satisfativa) ... (LIMA; EXPÓSITO, 2015)

No código de processo civil revogado, foi através da reforma perpetrada pela Lei 8.052/1994 que o instituto da Antecipação de Tutela foi inserido no sistema processual brasileiro, através da alteração do art. 273. O dispositivo passou a contemplar a denominada tutela antecipada genérica possibilitando a antecipação, de forma parcial ou total, dos efeitos pretendidos com a sentença, desde que presentes a verossimilhança das alegações do autor, o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação aliado à prova inequívoca², ou ainda quando restasse caracterizado o

2 Desde a inserção da tutela antecipada genérica no sistema processual brasileiro muito criticou-se o requisito da “prova inequívoca”, uma vez que no início do processo dificilmente será possível ter-se prova inequívoca sobre determinado fato ou situação processual. Além disso o requisito “prova inequívoca” vai contra a própria lógica da sumariedade processual, demonstrando resistência do sistema à aceitação de juízos fundados em verossimilhança. A doutrina, assim, tratou de contornar a problemática em torno do requisito “prova inequívoca”, de modo que não tornasse inviável a concessão da tutela na forma antecipada, de que é exemplo o seguinte trecho de Arruda Alvim: “as expressões prova inequívoca significam, apenas, que o juiz, para conceder a tutela, deverá estar firmemente convencido da verossimilhança da situação jurídica apresentada pelo autor e, bem assim, da juridicidade da solução pleiteada”. Tutela antecipatória, Reforma do Código de Processo Civil, In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; SILVEIRA, Ivana Fidélis. A Antecipação da Tutela. Interpretação Doutrinária. Evolução e Prática em Quase Quinze Anos de Vigência. **Revista de Processo**. v. 166/2008, p. 297-310, dez 2008. Disponível em <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/>

abuso do direito de defesa³. Sobre o tema são as palavras de Tesser:

Na doutrina brasileira, o tema ganha especial relevância a partir do advento da Lei. 8.952/1994, que, alterando o Código de Processo Civil, dentre outras mudanças, positiva a possibilidade de concessão da chamada “antecipação de tutela” em todo e qualquer procedimento, alargando as hipóteses, até então específicas e previstas em alguns procedimentos ditos especiais, da obtenção de medidas que satisfaçam plenamente o direito postulado antes do advento do fim da prestação jurisdicional (TESSER, 2014, p. 19).

O instituto da antecipação de tutela foi uma grande conquista da doutrina brasileira, vindo de encontro ao princípio da efetividade do processo, configurando um importante rompimento com o paradigma da ordinariedade processual, herdado pela influência que a ideologia racionalista teve sobre o CPC/73. (ARENHART; OSNA, 2019)

Ocorre que, através do advento do Código de Processo Civil de 2015, e da criação de institutos como o da Antecipação de Tutela, não restam dúvidas de houve uma clara aproximação entre o processo civil e a realidade, tendo em vista que o próprio conceito de “tutela” faz referência a uma proteção de direito material. (ARENHART; OSNA, 2019)

Assim, resta claro que foi dado um novo direcionamento à atividade processual que entendeu que, além de compor o litígio, a mesma também possui a função de buscar uma efetiva proteção do interesse no caso concreto, sendo que, na maioria das vezes a proteção a qual está sendo almejada, não será atingível por uma mera declaração, dependendo de atuações no plano fático. (ARENHART; OSNA, 2019)

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Marco Félix Jobim, que afirmar que é dever do Estado garantir um processo mais efetivo:

apprList2f72d96d46d96b2&docguid=Ib54e7a60f25711dfab6f01000000000&hitg
uid=Ib54e7a60f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=2498&context=3
0&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMul
tiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 11 set 2017.

3 Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A duração razoável do processo tem por finalidade a garantia ao jurisdicionado que ingressa no Poder Judiciário de que, em determinado tempo, e que este seja razoável, o seu processo tenha sido efetivado, ou pelo menos tenha sua sentença transitado em julgado. Já a celeridade processual é a garantia ao jurisdicionado de que os atos processuais sejam realizados no menor espaço de tempo possível, numa linha mais de economia processual. (...) Ao passo que o Estado deva garantir o processo tempestivo, tem ele que assegurar os meios que afiançam a celeridade em sua tramitação, ou seja, em outras palavras, caso o processo seja intempestivo, ele pode ter sido célere em várias fases de sua tramitação. (...) O processo, muitas vezes, pode passar por diversas fases morosas, mas nem por isso deixar de ser inúmeras diligências que devem ser realizadas para que ele se torne efetivo, sem com isso adentrar no conceito de intempestividade. Exemplo mais comumente de um processo moroso em sua própria essência é o processo de usucapião, cujas diversas diligências que devem ser feitas para perfectibilizar as citações, as intimações, assim como a própria intervenção do Ministério Público faz com que o tempo seja mitigado pelo próprio rito processual. (JOBIM, 2012, p. 119-120)

Diante disso, resta claro que a criação do instituto da Antecipação da Tutela está diretamente ligada com essa tendência que o Direito Processual Civil teve em aplicar os princípios constitucionais, principalmente com o objetivo de obter uma demanda mais efetiva, buscando uma aproximação da tutela jurisdicional do direito material.

4. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA E COMO SURTIU A INSPIRAÇÃO PARA A ESTABILIZAÇÃO DOS SEUS EFEITOS

Após breve introito acerca do surgimento da figura da Antecipação da Tutela no sistema processual brasileiro, é importante verificar de onde adveio a inspiração para a adoção pelo novo código processual da forma processual da tutela provisória de urgência de natureza antecipada em caráter antecedente que possibilita a estabilização de seus efeitos.

A influência veio do Direito Francês, da figura denominada como *jurisdiction des référé*s, que era um provimento de urgência cuja única exigência era de que não poderia causar prejuízo a demanda principal, ou seja, que a decisão tivesse efeito provisório e que pudesse ser revogada

futuramente (SILVA, 2017).

No Direito Francês, o *référé* teve lugar em função do grande aumento da litigiosidade, sendo que se acabou por adotar esta espécie de ‘jurisdição presidencial’ de urgência, que permitia ao juízo de primeiro grau decidir, de forma provisória - resolvendo questões fáticas urgentes - e sem gerar prejuízos ao processo principal, o mérito do processo (SILVA, 2009).

Paulatinamente, a jurisdição do *référé* adotada pela França acabou por absorver grande parte da jurisdição comum porque tinha o efeito de realizar rapidamente o próprio direito litigioso e, em função disso, resolver o conflito, tornando muitas vezes inútil a própria futura sentença de mérito, como explica Ovídio Baptista da Silva no trecho abaixo colacionado:

[...] Pois é neste contexto que se redescobre, como fruto da prática forense mais do que como um produto doutrinário, a chamada *jurisdiction des référés*, como ‘jurisdição presidencial’ de urgência, perante a qual hoje tudo se decide, num primeiro estágio, sob forma ‘provisória’ e, como inicialmente se afirmava, sem ‘prejuízo ao principal’, mas posteriormente avançando-se ainda mais e absorvendo uma porção considerável da jurisdição comum; legitimando-se, por meio do procedimento sumário e urgente, a adoção de medidas francamente satisfativas que não só interferem no mérito da demanda principal, realizando concretamente o direito litigioso, como, em certos casos, na verdade o superam, por serem providências judiciais irreversíveis em seus efeitos, tornando supérflua e inútil a futura sentença de mérito, ante o fato consumado (SILVA, 2009, p. 6).

E justamente aí que residia a grande vantagem da forma processual do *référé* no Direito Francês: o mesmo não buscava uma composição definitiva do conflito, mas atingia a estabilização de uma situação de fato, a partir de uma forma processual sumária, sem pretensão à formação de coisa julgada, porém extremamente útil do ponto de vista da efetividade do processo e do direito (LIMA; EXPÓSITO, 2015).

Assim, resta claro que o procedimento da tutela provisória de urgência de natureza antecipada em caráter antecedente teve influência direta do *référé* advindo do Direito Francês. Ambos possuem a mesma finalidade: adoção de medidas rápidas, através de decisões fundadas em cognição sumária, que possam realizar direitos que demandem urgência, com possibilidade de estabilização dos respectivos efeitos, sem necessidade de posterior confirmação por um processo de cognição plena e exauriente (FREITAS JR., 2013).

Sobre o *référé* do Direito Francês, leciona Theodoro Júnior:

O procedimento do *référé*, no processo civil francês, cumpre o papel de tutela de urgência permitindo a adoção rápida de enquadramento para questões de mérito, tal como acontece na antecipação de tutela do direito brasileiro. Não o faz, entretanto, em incidente do processo de conhecimento, nem em ação cautelar preparatória de futura ação principal. Instaure-se, simplesmente, um processo autônomo e sumário, cuja decisão pode ser, ou não, seguida de revisão em processo definitivo (THEODORO JR, 2013).

No sistema processual pátrio inaugurado pelo CPC/2015, o pedido referente à tutela provisória de urgência de natureza antecipada em caráter antecedente deve ser requerido através de “petição inicial simplificada”, no que reside a importante novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, uma vez que tal petição não necessita preencher todos os requisitos da petição inicial previstos nos arts. 319 e 320 do CPC e possui o principal objetivo de aduzir o pedido de tutela antecipada, com vistas à estabilização (BRAUN, 2016).

Cabe ressaltar que o novo Código de Processo prevê a tutela provisória de urgência antecipada também em caráter incidental (art. 294, parágrafo único) cujo procedimento assemelha-se àquele que o antigo Código de Processo Civil já regulamentava e que no novo diploma restou consolidado. Para a forma incidental da tutela provisória de urgência de natureza antecipada não está prevista a possibilidade de estabilização dos efeitos da decisão e ela deve contar com petição inicial que conte com todos os requisitos dos arts. 319 e 320 do Código de Processo Civil.

É indispensável nessa “petição inicial simplificada” que sejam demonstrados os requisitos da probabilidade do direito e o perigo de dano ao direito, bem como deve ser declinado o pedido da tutela definitiva que se pretende, com a finalidade de que o magistrado tenha condições de analisar o cabimento e os possíveis efeitos da tutela antecipatória pleiteada e decidir sobre sua concessão na concessão na forma antecedente ou não⁴.

Apesar do art. 303 do Código de Processo Civil de 2015 prever a possibilidade de que a petição inicial que tenha por objetivo o reque-

4 O Código de Processo Civil de 2015 traz a previsão do requisito exposto acima no seu art. 303, uma vez que prevê que: “Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

rimento da tutela antecipada em caráter antecedente seja elaborada de forma simplificada, há dois requisitos indispensáveis para a propositura da mesma (conforme exposto no art. 303, § 4º do Novo Código de Processo Civil⁵): tal petição inicial deverá indicar necessariamente o valor da causa, o qual deverá ser correspondente ao pedido que será formulado na demanda principal, bem como o requisito previsto no art. 303, § 5º⁶, que estabelece que a parte que estiver postulando a tutela antecipada de urgência em caráter antecedente, deverá indicar expressamente que pretende valer-se do benefício da estabilização na petição inicial simplificada, para não deixar dúvidas ao juízo quanto a respeito da pretensão da parte requerente à estabilização da tutela. Sobre tal requisito, explica Fredie Didier Junior:

A opção pela tutela antecedente deve ser declarada expressamente pelo autor (art. 303, § 5º, CPC). Um dos desdobramentos disso é a possibilidade de estabilização tutela antecipada, caso o réu seja inerte contra decisão que a conceda (art. 304, CPC). Os arts. 303 e 304 formam um amálgama. Desse modo, ao manifestar a sua opção pela tutela antecipada antecedente (art. 303, § 5º, CPC), o autor manifesta, por consequência, a sua intenção de vê-la estabilizada, se preenchido o suporte fático do art. 304 (DIDIER JR., 2015 apud BRAUN, 2016, p. 149).

Caso o juiz entenda que não há elementos suficientes para a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, determinará que o autor emende a petição inicial, no prazo de 15 dias, conforme previsto no art. 303, § 6º, sob risco de, caso não seja tomada a providência, o processo seja extinto.

Concedida a tutela provisória de urgência de natureza antecipada em caráter antecedente, o autor deverá aditar a petição inicial com complementação de sua argumentação e juntada de novos documentos

5 Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

[...]

§ 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final. [...]

6 [...] § 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo. [...]

que se fizerem necessários para elucidar a questão, bem como confirmar qual será o pedido de tutela final, para o que o CPC/2015 no art. 303, §1º, I lhe outorga 15 (quinze) dias de prazo, sendo facultado ao juízo fixar prazo maior, de acordo com a complexidade do caso (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017). Marinoni critica a adoção do termo emenda pelo legislador, preferindo o termo aditamento:

Concedida a tutela antecipada na forma antecedente, tem o autor o ônus de aditar a petição inicial com a complementação da sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em quinze dias, ou em outro prazo que o juiz fixar (art. 303, § 1º, I, CPC). O aditamento da petição inicial dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais (art. 303, § 3º, CPC). Não realizado o aditamento, o processo será extinto sem resolução de mérito (art. 303, § 2º, CPC). Realizado o aditamento, o réu será citado para a audiência de conciliação ou e mediação (art. 334, CPC). Não havendo autocomposição, começará a fluir o prazo para contestação (art. 335, CPC). Não concedida a tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará o aditamento da petição inicial em até cinco dias. Não sendo aditada, a petição inicial será indeferida e o processo extinto sem resolução do mérito (art. 303, § 6º, CPC). O legislador fala em emenda à petição inicial. É certo, porém, que não se trata propriamente da emenda à petição inicial que se refere o art. 321, CPC: trata-se de aditamento da petição inicial a fim de que o processo, em sendo o caso, desenvolva-se regularmente. Em suma: é o aditamento a que se refere o art. 303, § 1º, I, CPC (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 398-399).

Havendo o aditamento, o réu será citado para comparecer à audiência de conciliação, nos termos do art. 303, § 1º, II e, restando frustrada a composição, passará a fluir o prazo 15 dias para que a parte ré se defenda, conforme disposto no art. 335 do CPC/2015. Cabe ressaltar que, no mesmo momento em que o réu for citado para comparecer à audiência de conciliação, o mesmo será intimado sobre o deferimento da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, começando assim a fluir o prazo para interposição do recurso de agravo de instrumento, conforme previsão no art. 1.015, inciso I, CPC (BRAUN, 2016, p. 150).

Tanto na hipótese de deferimento quanto de indeferimento da tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente, o recurso cabível pela parte prejudicada para atacar a decisão é o Agravo de

Instrumento, conforme previsão expressa no próprio Código de Processo Civil de 2015, no art. 1.015, inciso I.

5. DA ESTABILIZAÇÃO, DO RECURSO CABÍVEL CONTRA DECISÃO QUE CONCEDE OU INDEFERE O PLEITO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM CARÁTER ANTECEDENTE E DA AÇÃO AUTÔNOMA DO ART. 304, § 5º

O art. 304 do Novo Código de Processo Civil dispõe que se não houver a interposição de recurso contra a decisão que concedeu a antecipação da tutela na forma antecedente, os respectivos efeitos da mesma se tornarão estáveis.

Grande parte da doutrina entende pela literalidade da lei, ou seja, que o recurso para atacar tal decisão é o Agravo de Instrumento, uma vez que assim dispõe o CPC. Por outro lado, há uma corrente doutrinária que entende que o réu não necessita necessariamente interpor o Agravo de Instrumento para evitar a estabilização dos efeitos da tutela: bastando que o mesmo se manifeste, no mesmo prazo legal, oferecendo contestação ou, ainda, manifestando-se no sentido de que seja realizada a audiência de conciliação ou de mediação, sendo que essa alternativa também possui a finalidade de demonstrar que o parte ré possui vontade de exaurir o debate com o prosseguimento do processo, economizando assim o recurso de agravo (BRAUN, 2016).

Caso haja o indeferimento da tutela antecipada antecedente, de forma direta ou após emenda, o recurso de agravo de instrumento também é o cabível para atacar tal decisão, uma vez que o mesmo abrange todas as decisões que versem sobre tutelas provisórias, conforme expresso no art. 1.015, inciso I do CPC/2015.

Por outro lado, é a estabilização da decisão que concede a tutela antecipada de forma antecedente que constitui a “cereja do bolo” em matéria de sumariada no CPC/2015, uma vez que a decisão fundada em juízo de verossimilhança atinge o maior grau possível, tornando-se estável, em vez de ser posteriormente absorvida/confirmada por decisão fundada em cognição exauriente” (BRAUN, 2016).

Uma questão relevante acerca da estabilização da decisão que concede a tutela antecipada em caráter antecedente diz respeito a formação ou não de coisa julgada. O legislador deixou bem claro no art. 302, § 6º que tal decisão não fará coisa julgada, conforme segue: “§ 6º A

decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”.

Em simples análise ao texto inserido pelo legislador no Código de Processo Civil de 2015, percebe-se que o mesmo refere que a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada, mas que somente será *estável*, sendo que seus efeitos não poderão ser revertidos caso não haja a propositura de ação tendente ao exaurimento da cognição no prazo de 2 (dois) anos a partir da efetivação (MITIDIERO, 2017).

Tendo em vista que resta claro no referido art. 304, § 6º, que a estabilização dos efeitos da decisão somente serão afastados por decisão que revir, formar ou invalidar os efeitos da estabilização, sendo que tal decisão será proferida em processo de cognição exauriente com tal finalidade, Daniel Mitidiero (2017) questiona a força da estabilidade depois de transcorridos dois anos sem que tenha sido proposta a ação exauriente”, pois após esse prazo a estabilidade torna-se “inafastável”, ou seja, torna-se - sem o ingresso de ação posterior ajuizado no prazo legal - imutável e indiscutível (MITIDIERO, 2017).

Diante desse pensamento, o doutrinador acima citado procura abordar que, apesar do Código trazer expressamente que a decisão estabilizada que concede a tutela antecipada em caráter antecedente não faz coisa julgada - uma vez que tal instituto pertence aos procedimentos de cognição exauriente - deveria continuar sendo possível o exaurimento da cognição passado o prazo de 02 (dois) anos “até que os prazo previstos no direito material para a estabilização das situações jurídicas atuem sobre a esfera jurídica das partes (por exemplo, a prescrição, a decadência e a *supsessio*)” (MITIDIERO, 2017).

Ainda, refere o art. 304, § 5º que qualquer uma das partes tem o direito de formular pedido para cassação ou invalidação de tal decisão, em até dois anos após a intimação da mesma e, caso haja essa invalidação, o processo será julgado extinto (LIMA; EXPÓSITO, 2015).

Quanto ao prazo de dois anos para essa nova demanda, Teresa Arruda Alvim Wambier (2015 apud BRAUN, 2016) e Guilherme Rizzo Amaral (2015 apud BRAUN, 2016) defendem a ideia de que tal prazo possui natureza decadencial, não admitindo suspensão e nem interrupção, enquanto que Elaine Harzheim Macedo entende que não se trata nem de um prazo decadencial, muito menos de um prazo prescricional, uma vez que não faz coisa julgada, tendo em vista que a decisão que con-

cede a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente é provisória, e nunca terá caráter de definitiva, sugerindo para tal caso uma nova hipótese de preempção no direito processual brasileiro (MACEDO, 2015 apud BRAUN, 2016).

É de suma importância a análise de todo o instituto da Estabilização da Tutela Antecipada Concedida em Caráter Antecedente para então se perceber como se trata de um procedimento diferenciado e que possui um modo mais célere de obtenção de uma decisão judicial, apesar da mesma não ter sido proferida mediante juízo de cognição exauriente, o que, de regra, impede que a mesma faça coisa julgada. Por outro lado, a decisão se apresenta como um modo mais efetivo para obtenção da tutela pretendida, uma vez que, caso haja o deferimento do pedido da Tutela Antecipada Requerida em caráter antecedente, e a parte oposta não recorre da mesma, a decisão se torna estável, devendo a mesma ser então cumprida, somente sendo oportunizado a revisão da mesma no prazo de 02 (dois) anos, mediante ação própria, sendo que, caso não seja feito, a mesma se torna imutável.

6. DA UTILIZAÇÃO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE COMO FORMA DE OBTENÇÃO DE UM PROCESSO JUDICIAL MAIS EFETIVO

Conforme já exposto acima, resta claro que, diante do modelo de um Direito Processual Civil que seja regido pelas disposições contidas na Constituição Federal, resta claro que um dos objetivos do legislador foi criar normas e institutos que efetivamente atingissem um processo judicial mais efetivo e célere.

Esse é o principal motivo da criação do presente instituto da Estabilização da Tutela Antecipada Concedida em Caráter Antecedente que, mediante um juízo de cognição sumária, a parte a qual requer a mesma, tem uma decisão proferida que irá se tornar estável caso a mesma não seja impugnada.

É fácil perceber como, em diversos casos, essa decisão pode tornar um processo mais efetivo: Conforme já exposto acima, a parte requer a beneficiação desse instituto, mediante a urgência do caso que a mesma tem para solucionar. O que isso quer dizer que, ela precisa de uma decisão para tornar real alguma medida no plano fático, mas, muitas vezes,

não possui ainda todos os elementos necessários para ingresso da demanda principal.

Uma vez que a parte requerente pede a Tutela Antecipada Concedida em Caráter Antecedente, demonstrando a urgência contemporânea ao ingresso da demanda, bem como o risco de dano ou de resultado útil ao processo, e sendo a mesma concedida, a parte adversa é intimada para tomar conhecimento da presente decisão, e recorrer da mesma, sob pena de, não o fazendo, tornar a decisão estável.

Veja-se assim que, o lapso temporal entre o ingresso da demanda e a decisão que concede ou indefere o pedido da Tutela Antecipada Concedida em Caráter Antecedente é extremamente curto, o que permite a parte a ter uma decisão, que antecipa os efeitos da tutela que ela, de qualquer forma, haveria de buscar mediante o ingresso de uma demanda de cognição exauriente, sem a necessidade de obtenção da mesma somente após todo o transcurso do processo, o que possibilita uma maior celeridade processual.

Cabe salientar que não se quer adentrar na questão do princípio do contraditório, ou do devido processo legal, ambos devidamente assegurados pela Constituição Federal, mas o que se quer demonstrar é que a utilização do presente instituto se mostra uma forma mais célere de obtenção de uma tutela jurisdicional.

Pode-se também se adentrar no debate do que seria um processo mais efetivo. Por outro lado, sem esgotar o debate acerca de tal princípio, tem-se aqui a ideia de que um processo mais efetivo seria um que buscaria um processo mais célere e que atenda os objetivos das partes.

Assim, sendo o instituto da Estabilização da Tutela Antecipada Concedida em Caráter Antecedente uma forma de obtenção de uma tutela jurisdicional mais célere e que atenda o objetivo da parte que a requereu, resta claro que há a possibilidade de se assegurar a ideia de que a estabilização consegue alcançar um processo judicial mais efetivo.

7. DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE PARA OS PROCESSOS QUE VERSEM ACERCA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Diante de toda a explicação oposta acima acerca da Estabilização da Tutela Antecipada Concedida em Caráter Antecipada, cabe fazer a análise se o presente instituto caberia junto as demandas que versem sobre direitos transindividuais, bem como se poderia ser um meio de efetivação dos mesmos.

Primeiramente, é necessário realizar a análise do art. 303, do Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade de requerimento da Tutela Antecipada em Caráter Antecedente e verificar quais são os requisitos que o artigo prevê para a concessão do referido instituto.

Conforme previsão do art. 303 do Código de Processo Civil, a tutela antecipada concedida em caráter antecedente necessita preencher alguns requisitos para que a mesma seja concedida, quais sejam: que a parte autora indique na inicial que quer se valer do benefício, que a urgência seja contemporânea a propositura da demanda, devendo o autor aditar a petição inicial em até 15 (quinze) dias após a concessão do benefício, não limitando a possibilidade de pedido para concessão do benefício somente para demandas específicas.

Sendo assim, em um primeiro momento, nota-se que o referido artigo não traz nenhuma restrição a quais tipos de demanda que pode ser utilizado o instituto da Antecipação de Tutela Requerida em Caráter Antecedente, o que nos mostra, em um primeiro momento, que nada obsta que o mesmo possa ser utilizado em demandas que versem acerca de direitos transindividuais.

Ainda, o Código de Defesa do Consumidor, conforme já exposto acima, é um dos subsistemas que possuem maior regulamentação acerca dos direitos transindividuais, sendo que o referido diploma legal é bem claro que, quando alguma matéria não for tratada pelo mesmo, caberá, subsidiariamente, o Código de Processo Civil, para efetivação dos direitos ali previstos, o que por si só já possibilita a aplicação dos efeitos da Estabilização da Tutela Antecipada Concedida em Caráter Antecedente nas referidas demandas.

Mas, após esta análise, deve-se pensar como que a Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente poderia ser utilizada em demandas que dizem respeito sobre direitos transindividuais.

Assim, não é difícil exemplificar um processo que verse acerca de direitos transindividuais, o qual se pode valer do presente benefício. Um exemplo simples que se pode citar aqui é uma demanda com o objetivo de cessar que uma empresa continue praticando referida prática abusiva, ou seja, uma empresa anda distribuindo os dados particulares de seus clientes para terceiros e, tendo conhecimento do fato, ingressa-se com uma demanda para que a empresa cesse a prática do referido ato: no presente caso, caso haja o requerimento da Tutela Antecipada Requerida em Caráter Antecedente, e, havendo o deferimento da decisão e a não impugnação da mesma pela empresa, ou seja, a Ré não interpõe o devido recurso legal, a decisão se torna estável, atingindo assim o único objetivo da demanda, que é exatamente o fim da liberação dos dados dos seus clientes, pela empresa Ré, para empresas terceiras.

Em outras palavras, houve assim o requerimento da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, e houve a concessão do benefício, não havendo a interposição do recurso específico, acima citado, pela parte ré, o objetivo da demanda foi atingido, podendo extinguir o processo, em virtude de se ter alcançado o objeto da lide.

Poderia ser citados vários outros exemplos de demandas que objetivem a tutela de direitos transindividuais em que é possível aplicar os efeitos da estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente, todos envolvendo empresas que estão realizando práticas abusivas, que são demandas que necessitam de um grande lapso temporal até sua conclusão, e que, muitas vezes, quando alcançam o objeto da lide, houve algum tipo de oneração das partes em virtude do transcurso do processo.

De acordo com a previsão do princípio da eficiência processual, previsto no art. 8º do Código de Processo Civil, há expressa referência à sua aplicação mediante juízos de proporcionalidade e razoabilidade em vista do bem comum, fins sociais e da dignidade da pessoa humana, o que comprova que a concessão do benefício da estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente alcança a efetividade processual nos processos que versem acerca de direitos transindividuais (JOBIM, 2018).

Como não há previsão legal proibindo a aplicação dos efeitos da estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente em processos que versem sobre direitos transindividuais, resta claro que a mesma pode ser aplicada aos mesmos e que pode trazer muitos benefícios aos mesmos, uma vez que, havendo maior celeridade processual, e se alcançando a tutela pretendida no que diz respeito aos direitos transindividuais, resta claro que assim pode-se obter um processo mais efetivo.

8. CONCLUSÃO

Resta claro que a criação do instituto da Antecipação da Tutela está diretamente ligada com essa tendência que o Direito Processual Civil teve em aplicar os princípios constitucionais, principalmente com o objetivo de obter uma demanda mais efetiva, buscando uma aproximação da tutela jurisdicional do direito material.

Assim, diante da análise de todo o instituto da Estabilização da Tutela Antecipada Concedida em Caráter Antecedente, pode se constatar então que se trata de um procedimento diferenciado e que possui um modo mais célere de obtenção de uma decisão judicial, apesar da mesma não ter sido proferida mediante juízo de cognição exauriente, o que, de regra, impede que a mesma faça coisa julgada.

Por outro lado, a decisão se apresenta como um modo mais efetivo para obtenção da tutela pretendida, uma vez que, caso haja o deferimento do pedido da Tutela Antecipada Requerida em caráter antecedente, e a parte oposta não recorre da mesma, a decisão se torna estável, devendo a mesma ser então cumprida, somente sendo oportunizado a revisão da mesma no prazo de 02 (dois) anos, mediante ação própria, sendo que, caso não seja feito, a mesma se torna imutável.

Assim, sendo o instituto da Estabilização da Tutela Antecipada Concedida em Caráter Antecedente uma forma de obtenção de uma tutela jurisdicional mais célere e que atenda o objetivo da parte que a requereu, resta claro que há a possibilidade de se assegurar a ideia de que a estabilização consegue alcançar um processo judicial mais efetivo.

Por fim, diante de toda a análise do ordenamento jurídico vigente, e, tendo em vista que não há previsão legal proibindo a aplicação dos efeitos da estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente em processos que versem sobre direitos transindividuais, resta claro que a mesma pode ser aplicada aos mesmos e que pode trazer muitos benefícios aos mesmos, uma vez que, havendo maior celeridade processual, e se alcançando a tutela pretendida no que diz respeito aos direitos transindividuais.

Diante de todo o exposto acima, resta claro que o instituto da Estabilização da Tutela Antecipada Concedida em Caráter Antecedente pode ser utilizado para efetivação de Direitos Transindividuais e que a mesma pode tornar referidas demandas mais efetivas.

9. REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às alterações do novo CPC. In: BRAUN, Paola Roos. **Principais tutelas sumárias à luz do Novo Código de Processo Civil**: ordinariiedade *versus* sumariedade. Curitiba: Juruá, 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRAUN, Paola Roos. **Principais tutelas sumárias à luz do Novo Código de Processo Civil**: ordinariiedade *versus* sumariedade. Curitiba: Juruá, 2016.

CAMBI, Eduardo. Inversão do Ônus da Prova e Tutela dos Direitos Transindividuais: Alcance Exegético do art. 6º, VIII, do CDC. **Revista de Processo**. vol. 127/2005, p. 101-105, Set/2005. Disponível em <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000174cb6bdbcccc8bf961&docguid=I39622e60f25211dfab6f01000000000&hitguid=I39622e60f25211dfab6f01000000000&spos=2&epos=2&td=1344&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 26 set. 2020.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. In: BRAUN, Paola Roos. **Principais tutelas sumárias à luz do Novo Código de Processo Civil**: ordinariiedade *versus* sumariedade. Curitiba: Juruá, 2016.

FREITAS JR. Horival Marques de. Breve Análise Sobre as Recentes Propostas de Estabilização das Medidas de Urgência. **Revista de Processo**. v.225, p.179-219, nov. 2013. Disponível em <http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000015dbf224758a-a3d22d7&docguid=I2c50f630445111e3b76801000000000&hitguid=I2c50f630445111e3b76801000000000&spos=2&epos=2&td=31&context=41&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20 set. 2020.

JOBIM, Marco Félix. **As Funções da Eficiência no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. **O Direito à duração Razoável do Processo** – Responsabilidade Civil do

Estado em Decorrência da Intempestividade Processual. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. “Porque Tudo Que é Vivo, Morre” Comentários Sobre o Regime Da Estabilização dos Efeitos da Tutela Provisória de Urgência no Novo CPC. **Revista de Processo**. v.250, p.167-187, dez 2015. Disponível em <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad82d9a0000015db2999d4a4f95b8e-b&docguid=I7cd66a70bc1511e58a9c01000000000&hitguid=I7cd66a70bc1511e58a9c01000000000&spos=1&epos=1&td=242&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMulti-Summ=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20 set 2020.

MACEDO, Elaine Harzheim. Prestação jurisdicional em sede de tutela antecedente: procedimento, estabilização da decisão e decurso do prazo de 2 (dois) anos: um novo caso de perempção? In: BRAUN, Paola Roos. **Principais tutelas sumárias à luz do Novo Código de Processo Civil**: ordinariedade *versus* sumariiedade. Curitiba: Juruá, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Do Processo Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Decisões Interlocutórias e Sentenças Liminares. **Revista dos Tribunais**. v. 61, p. 7-23, Jan-Mar 1991. Disponível em <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6007a00000156d1568125a-6a963d4&docguid=Ifa2f73c0f25511dfab6f01000000000&hitguid=Ifa2f73c0f25511dfab6f01000000000&spos=2&epos=2&td=21&context=4&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMulti-Summ=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20 set. 2020.

TESSER, André Luiz Bauml. **Tutela Cautelar e Antecipação de Tutela**: Perigo de Dano e Perigo de Demora. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

THEODORO JR. Curso de Direito Processual Civil. In: FREITAS JR. Horival Marques de. Breve Análise Sobre as Recentes Propostas de Estabilização das Medidas de Urgência. **Revista de Processo**. v.225, p.179-219, nov. 2013. Disponível em <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/t?&src=rl&sr-guid=i0ad82d9a0000015dbf224758aa3d22d7&docguid=I2c50f630445111e-3b768010000000000&hitguid=I2c50f630445111e3b768010000000000-&spos=2&epos=2&td=31&context=41&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&start-Chunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20 set. 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. In: BRAUN, Paola Roos. **Principais tutelas sumárias à luz do Novo Código de Processo Civil**: ordinariedade *versus* sumariedade. Curitiba: Juruá, 2016.

HACIA UNA FLEXIBILIZACIÓN EN LOS PROCESOS COLECTIVOS EN MÉXICO Y LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

HUGO CARRASCO SOULÉ¹

INTRODUCCIÓN

Las acciones colectivas se encuentran bajo el amparo del derecho a la tutela judicial efectiva, que tienen como fin otorgar una vía judicial para proteger derechos reconocidos a una colectividad determinada o determinable –dentro de los cuales se encuentran los derechos de los consumidores—. Su incorporación en nuestro sistema jurídico se realizó mediante la reforma al artículo 17 constitucional, en virtud de la cual se facultó al Congreso de la Unión para expedir leyes que regularan dichas acciones. Esta reforma se materializó en el ámbito legal mediante la modificación a diversas normas que establecieron un procedimiento especial que regula las acciones colectivas.

LOS PROCESOS COLECTIVOS EN MÉXICO Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

De acuerdo con lo que expresa el Dr. José Ovalle Favela² hasta antes del 2010 en México las *acciones colectivas* se habían mostrado en el

1 Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.
Correo electrónico: hcarrascos@derecho.unam.mx, hcarrascosoule@hotmail.com

2 Cf. OVALLE FAVELA, José. *Legitimación en las acciones colectivas* publicado en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVI, número 138, septiembre-diciembre de 2013, pp. 1057-1092. Consultado el 15 de abril de 2016 a las 13:00 hrs en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/138/art7.pdf>

ámbito federal en campos del derecho sumamente concretos, por ejemplo, en materia laboral, agraria y de protección del consumidor.

Si bien es cierto lo anterior, también lo es que la experiencia que en México se tiene en materia de procesos colectivos, no es sólo la proveniente del contorno federal, sino que también se ha generado en algunas jurisdicciones estatales, sin embargo, será enfoque de este apartado la mención de los antecedentes en el ámbito federal.

Así entonces, es importante referirse a las *acciones colectivas* en la esfera del derecho procesal del trabajo. Las encontramos cuando, con fundamento en las leyes de la materia que datan de 1931, se ejercían acciones por parte de los sindicatos, de la colación de la mayoría de los trabajadores y/o de los patronos para crear o modificar condiciones generales de trabajo.

Un ejemplo en materia laboral es que la protección del derecho a la inamovilidad laboral puede realizarse a través del ejercicio de una *acción colectiva* ejercida por los sindicatos. Este tipo de acción bajo el amparo de las leyes laborales en México y no teniendo como sustento un marco normativo propio de acciones colectivas más afinado y acabado de esta manera es que en los casos en que un sindicato ejerza una *acción colectiva* de reconocimiento de los puestos que consideran de base dentro de las dependencias gubernamentales a quienes les asiste el carácter de patrón existe un conflicto de tipo colectivo, debido a que el ente sindical pretende dar cumplimiento al objetivo que persigue: el mejoramiento y la defensa de sus agremiados, lo cual comprende buscar la protección de aquellos operarios que eventualmente puedan formar parte del mismo³.

Respecto del proceso agrario, tenemos como *acciones colectivas* las que se intentaban con fundamento en el artículo 107 constitucional reformado en 1962 por parte de los núcleos de población ejidal y comunal para reclamar el amparo en contra de actos de autoridad que les privaran de sus derechos colectivos.

Por otro lado, es preciso comentar que en México tenemos también como antecedentes históricos de las *acciones colectivas* los siguientes institutos: *acción popular*, *denuncia popular* y las *acciones de grupo*. Por la

3 Cf. Rubro: DERECHO A LA INAMOVILIDAD LABORAL. EXISTE UNA DUALIDAD EN SU BÚSQUEDA, YA QUE SE PUEDE ALCANZAR CON EL EJERCICIO DE ACCIONES COLECTIVAS DE LOS SINDICATOS, O BIEN, EN FORMA PARTICULAR POR CADA TRABAJADOR Época: Novena Época. Registro: 161874. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, Junio de 2011. Materia(s): Laboral. Tesis: I.3o.T.238 L. Página: 1295.

primera se entiende la acción que pueda ejercer cualquier ciudadano en defensa del interés de una comunidad de personas o del interés público, es decir, la legitimación se le concede a cualquier ciudadano sin importar si forma parte o no de la colectividad afectada, en materia sanitaria se encuentra contemplada en el artículo 60 de la *Ley General de Salud (LGS)* y en el artículo 20 del *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de Actividades, Establecimientos, Productos y Servicios*.

El objeto de esta acción es que cualquier persona denuncie ante las autoridades sanitarias todo hecho, acto u omisión que represente un riesgo o provoque un daño a la salud de la población.

Los requisitos para formular la denuncia son los siguientes:

- a) Se puede formular por escrito o verbalmente ante la Secretaría de Salud, en las oficinas competentes de las entidades federativas, o la unidad administrativa correspondiente (en este último caso el responsable de la unidad administrativa o entidad federativa competente debe hacer constar la denuncia de manera escrita con las declaraciones del denunciante);
- b) Señalar el hecho, acto u omisión que represente un riesgo o provoque un daño a la salud de la población; y
- c) Proporcionar los datos que permitan identificar y localizar en forma indubitable la causa del riesgo o daño sanitario.

La autoridad sanitaria o autoridad administrativa de que se trate debe proporcionar al denunciante copia del documento en el que conste la denuncia con el sello de recepción. Una vez recibida la denuncia se debe remitir el escrito de denuncia en un término no mayor de cinco días hábiles a la unidad administrativa competente, la cual debe informar al denunciante de la atención que se dé a la denuncia. En ningún caso se tramitan denuncias anónimas.

Por el segundo instituto – denuncia popular – , de acuerdo a lo que expone el Magistrado Juan José Rosales Sánchez⁴, se confiere a toda persona, grupos sociales, organizaciones no gubernamentales, asociaciones y sociedades, la facultad de hacer del conocimiento de alguna autoridad, por lo regular de carácter administrativo, la existencia de un hecho, acto u omisión lesivo de intereses o derechos colectivos, para que

4 Cf. ROSALES SANCHEZ, Juan José, *Introducción a las acciones colectivas*, publicado en la obra “Acciones Colectivas. Reflexiones desde la judicatura”, Consejo de la Judicatura Federal– Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial, México, 2013, pp. 21 y 22.

investigue la existencia de los actos, hechos u omisiones constitutivos de la denuncia, pero no legitima a los denunciantes para ejercer una acción ante los tribunales, en defensa de los intereses o derechos colectivos lesionados, en este caso en el ámbito ambiental México cuenta con un instrumento en materia de protección ambiental llamado *denuncia popular* el cual se encuentra contemplado en la *Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente*. Esta *denuncia popular* puede ser ejercida por cualquier persona, grupo social, ONG's, asociaciones y sociedades quienes deben recurrir ante la *Procuraduría Federal de Protección al Medio Ambiente (PROFEPA)* del Estado mexicano. Para iniciar con el proceso de denuncia los requisitos son: contar con nombre o razón social del denunciante; los actos hecho u omisiones denunciados; datos que permitan identificar al presunto infractor; y pruebas que ofrezca el denunciante.

Una vez cumplidos los requisitos de la denuncia, se procede de la siguiente manera:

1. Recibida la denuncia se le asigna un número de expediente y se registra. En caso de existir dos denuncias reclamando los mismos hechos procede con la acumulación de los juicios notificando a los denunciantes. Dentro de un plazo de 10 días a la presentación de la denuncia se le notifica al denunciante el acuerdo de calificación correspondiente. Si la denuncia no es materia de conocimiento de la *PROFEPA*, esta fundamenta y motiva por qué decidió turnarla a la autoridad competente.
2. Se hace de conocimiento al denunciado (persona física o moral; o en su caso a la autoridad) de los actos reclamados por el actor, para que formule lo que a derecho corresponden un plazo máximo de 15 días.
3. La *PROFEPA* efectúa las diligencias necesarias para comprobar la existencia de los hechos denunciados.
4. Se le da oportunidad al denunciante de coadyuvar con la investigación aportando las pruebas, documentos e información que desee. Además, la *PROFEPA*, puede acudir a diferentes instituciones académicas, centros de investigación y organismos del sector público, social y privado, con el objetivo de solicitarles estudios, dictámenes o peritajes sobre las cuestiones planteadas.
5. En caso de no existir una violación a la normatividad ambiental, ni afectaciones al orden público e interés social, la procuraduría exhorta a las partes a un proceso de conciliación.
6. Si no se comprueban que los actos, hechos u omisiones denunciados producen o pueden producir desequilibrio ecológico o daños al ambiente o a los

recursos naturales o contravengan lo establecido en la ley de la materia, se le da vista al denunciante para que emita las observaciones que desee.

7. La formulación de la denuncia popular, así como los acuerdos, resoluciones y recomendaciones que emita la *PROFEPA*, no afecta el ejercicio de otros derechos o medios de defensa que pudieran corresponder a los afectados conforme a las disposiciones jurídicas aplicables, no suspende ni interrumpe sus plazos preclusivos, de prescripción o de caducidad. En esta circunstancia debe señalarse a los interesados en el acuerdo de admisión de la instancia.

8. Los expedientes de *denuncia popular* que hubieren sido abiertos, pueden ser concluidos por las siguientes causas:

- Por incompetencia de la *PROFEPA* para conocer de la denuncia popular planteada;
- Por haberse dictado la recomendación correspondiente;
- Cuando no existan contravenciones a la normatividad ambiental;
- Por falta de interés del denunciante;
- Por haberse dictado anteriormente un acuerdo de acumulación de expedientes;
- Por haberse solucionado la denuncia popular mediante conciliación entre las partes;
- Por la emisión de una resolución derivada del procedimiento de inspección, o
- Por desistimiento del denunciante.

Ahora bien, de manera específica las entidades federativas del Estado mexicano deben contar con un procedimiento para la atención de la denuncia popular cuando se trate de actos, hechos u omisiones que produzcan o puedan producir desequilibrios ecológicos o daños al ambiente, por violaciones a la legislación local ambiental.

La propia *PROFEPA* en el ámbito de sus atribuciones, está facultada para iniciar las acciones que procedan, ante las autoridades competentes, cuando conozca de actos, hechos u omisiones que constituyan violaciones a la legislación administrativa o penal.

Por último, la *acción de grupo* pretende que un conjunto de personas que hubiesen sufrido perjuicios en circunstancias homogéneas respecto de una misma causa, pueda reclamar la satisfacción de sus intereses individuales para que se les reconozca el perjuicio que cada individuo resintió, y su finalidad consiste en que se le indemnice a cada uno (esta acción es el antecedente inmediato de las *acciones individuales homogé-*

neas de incidencia colectiva contemplada en el CFPC)⁵.

De esta manera, en el ámbito federal en México, tenemos como referencia previa al 2010⁶, el artículo 26 de la *Ley Federal de Protección al Consumidor*, en donde se establecía que la *Procuraduría Federal del Consumidor* (en lo sucesivo *PROFECO*) tendría legitimación procesal activa para ejercer ante los tribunales competentes *acciones de grupo* en representación de consumidores para que los órganos jurisdiccionales dictaran: Sentencias en donde se declare que una o varias personas hubiesen realizado una conducta que hubiere ocasionado daños o perjuicios a consumidores y, en consecuencia, debía proceder la reparación por la vía incidental a los interesados que acreditaran su calidad de perjudicados. En este caso la *PROFECO* debía contar previamente con mandato de los consumidores perjudicados; o Mandamientos para impedir, suspender o modificar la realización de conductas que pudieran ocasionar daños o perjuicios a consumidores o previsiblemente pudieran ocasionarlos⁷.

Siguiendo este mismo orden de ideas, el 26 de mayo de 2011 la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México resolvió dos amparos directos, estableciendo un antecedente relevante en esta materia. Se trató de una resolución propuesta por el ministro José Ramón Cossío para resolver un litigio entre una constructora y un grupo de sus clientes, representados por *PROFECO*. La Corte determinó que los efectos de la sentencia, condenatoria para la empresa, no se limitaban a los consumidores que hubieran presentado quejas ante la *PROFECO* esta Procuraduría o que participaron en el juicio principal, sino que cubría a todos los miembros de la clase afectada, definida por el hecho de poder estar afectados por la fuente de daño. Esta sentencia también determinó que la empresa debía indemnizar a los condóminos con una cantidad que no fuera menor a 20% del monto del detrimento que hubieren sufrido en su patrimonio.

De acuerdo con esta resolución de la Corte, los efectos de las sentencias que se continuaran dictando en esta materia se deben hacer extensivas a todos los consumidores que hubiesen resultado afectados con motivo de conductas de proveedores de bienes o servicios que les hubiesen ocasionado daños o perjuicios, sin importar su participación o no en el juicio correspondiente, con la única condicionante que acrediten su calidad de perjudicados. Esta resolución subrayó que la *acción de grupo*, entonces vigente, tenía una doble función: por

5 Cfr. ROSALES SANCHEZ, Juan José, Op. Cit., pp. 20, 21 y 22.

6 Más adelante se explicará que en ese año se reforma la Constitución Política de México para incluir en el Artículo 17 el fundamento de los procesos colectivos

7 Las atribuciones antes mencionadas eran discrecionales y se ejercitaban previo análisis de su procedencia.

una parte, protegía con mayor extensión a consumidores afectados por la obtención de bienes o servicios normalmente producidos y comercializados en masa y, por otra, incentivaba a mejorar los controles de calidad de los propios proveedores en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios. Sin embargo, la *acción de grupo* se tramitaba por la vía ordinaria civil federal, pues estaba diseñada para el trámite de acciones individuales, por lo cual no incluía los elementos característicos de la *acción colectiva*.

Antes de la reforma constitucional para incluir las *acciones colectivas* como tal en el marco normativo mexicano, la PROFECO obtuvo bajo el esquema de *acciones de grupo* 8 sentencias favorables representando alrededor de 3000 consumidores en los diferentes asuntos en un periodo aproximado de 8 años; posterior a la reforma antes mencionada que generó el andamiaje jurídico para que se instrumenten las *acciones colectivas*, a la fecha se ha obtenido una sola sentencia favorable, bajo este nuevo paradigma constitucional, sin embargo en este asunto se han visto beneficiados casi 15,000 consumidores, en un periodo de tres años. Aunque de acuerdo al portal de la PROFECO los 8 asuntos instrumentados previos a la reforma siguen en el periodo de adhesión y los números podrían cambiar hacia el cierre de los procesos de *opt in*; estos datos muestran la utilidad que genera los procesos colectivos cuando hay suficiente regulación como lo son hoy las *acciones colectivas* frente a las incipientes *acciones de grupo* que se regulaban con anterioridad en la *Ley Federal de Protección al Consumidor*. A continuación, el listado de los casos instrumentados por PROFECO bajo la legislación anterior que permitía las *acciones de grupo* siempre que fueran promovidas por la referida autoridad:

Nombre comercial
Air Madrid
Líneas Aéreas Azteca
Aero California
Aviaxsa
Corporación Técnica de Urbanismo
Graciano y Asociados
Nokia México
Azcué Muebles

Dirección General Adjunta de Acciones de Grupo.
Contacto. 56-25-67-00 Ext. 1292

8 Cuadro ubicado en el link <http://acolectivas.profeco.gob.mx/entramite.php>; obteniendo las siguientes precisiones de las acciones realizadas:
— 30 de abril de 2007, contra Air Madrid Líneas Aéreas, S.A., por ocasionar daños a 459 consumidores por suspender el servicio.

Al comprender el grado de alcance que puede tener una *acción colectiva* frente a las anteriores *acciones de grupo* adquiere vigencia fáctica lo que autores como Antonio Gidi y Juan José Rosales Sánchez sostienen: “...las *acciones colectivas* tienen tres objetivos: proporcionar economía procesal; asegurar el acceso efectivo a la justicia y hacer efectivo el derecho material. Lo primero al permitir que una multiplicidad de acciones individuales repetitivas en tutela de una misma controversia sea substituida por una única *acción colectiva*, con lo que se promueve el ahorro de tiempo y de dinero para el grupo actor, para el Poder Judicial y para el demandado. Lo segundo, porque las *acciones colectivas* aseguran acceso efectivo a la justicia a pretensiones que, de otra forma, difícilmente podrían ser tuteladas por los tribunales. Y lo último, porque las *acciones colectivas* hacen efectivas las políticas públicas del Estado, a través de la realización autoritaria de la justicia o en el caso concreto de un ilícito colectivo, o bien estimulando el cumplimiento voluntario del derecho.”⁹. La última institución procesal que puede ser referente en el marco de los procesos colectivos es el amparo, por lo que es de utilidad un breve análisis de cómo funciona en México.

— 6 de julio de 2007, contra Líneas Aéreas Azteca, S.A. de C.V., por ocasionar daños a 620 consumidores al suspender el servicio.

— 26 de marzo de 2008, contra la Constructora CTU, por ocasionar daños a 84 consumidores al entregar viviendas con fallas estructurales construidas en el fraccionamiento Rincones de Sierra Azul, en Chihuahua, Chihuahua.

— 27 de febrero de 2009, contra Aero California, S.A. de C.V., por ocasionar daños a los consumidores al suspender el servicio.

— 4 de agosto de 2009, contra el Consorcio Aviaxsa S.A. de C.V., por ocasionar daños a los consumidores al suspender el servicio. Reclaman el pago de varias prestaciones, como las cantidades entregadas por virtud del contrato de transporte aéreo, las cantidades adicionales erogadas por el incumplimiento, el pago de una indemnización a cada consumidor que no sea inferior al 25% del precio del boleto o billete de pasaje o de la parte no realizada del viaje.

— 3 de agosto de 2009, contra la Constructora Graciano y Asociados, S.A. de C.V., debido a que en algunos casos incumplió con la entrega de viviendas en los plazos pactados y en otros casos no otorgó la escritura pública de compraventa de los inmuebles, libres de todo gravamen, ocasionando daños a 80 consumidores de Durango.

— 18 de febrero de 2010, contra Nokia México, S.A. de C.V., por ocasionar daños a 121 consumidores a nivel nacional, a quienes no hizo válida la garantía de calidad respecto de los equipos de telefonía que distribuye.

— 17 de marzo de 2010, contra Azcué Muebles, S.A. de C.V., por ocasionar daños a 281 consumidores al incumplir con la entrega de los bienes adquiridos y no hacer efectiva la garantía de los productos.

9 ROSALES SANCHEZ, Juan José. Op. Cit., p. 13.

En párrafos subsecuentes se explicará que la reforma Constitucional y legal que dio sustento jurídico en México a los procesos colectivos en 2010 fue para habilitar solamente esta vía procesal para defender derechos e intereses de la colectividad en materia de derechos del consumidor y medio ambiente. Por lo tanto, el juicio de amparo no fue materia que hay sido incluida en esta reforma sobre procesos colectivos.

Por su parte, en el marco jurídico mexicano el juicio de amparo se ha consolidado como la institución procesal más importante, cuya finalidad es proteger a las personas por violaciones a sus Derechos Humanos.

A partir del 6 de junio de 2011 se publicó la nueva Ley de Amparo en la que se estableció el objeto del juicio de amparo de la siguiente forma:

Artículo 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;

II. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y

III. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley. En esta nueva ley de amparo, en palabras de Magistrado Sergio Ibarra Valencia¹⁰ "...no sólo se extendió el ámbito protector del juicio de amparo, sino que además se ampliaron algunos principios del juicio de amparo, como son el interés legítimo in-

10 IBARRA VALENCIA, Sergio *Análisis sistemático del nuevo juicio de amparo y las acciones colectivas*, publicado en la obra colectiva *Las Acciones Colectivas. Reflexiones desde la Judicatura*. Coordinada por Leonel Castillo González y Jaime Murillo Morales. Poder Judicial de la Federación. México, 2013, p. 251.

dividual o colectivo, el agravio personal y directo, y la relatividad de las sentencias de amparo, entre otros”.

Previo a la reforma, el juicio de amparo tenía como eje conductor el agravio personal y directo, que imponía al promovente acreditar el interés jurídico para acudir a esta instancia judicial. Por ello, todas las circunstancias en donde se transgredían de manera indirecta derechos quedaban fuera del alcance de la protección que podía originar el juicio de amparo, es decir los derechos colectivos quedaban excluidos por los tecnicismos históricos del juicio de amparo.

Con la nueva ley de amparo se habilita la posibilidad de que se protejan los derechos colectivos.

Sin embargo, todas aquellas situaciones donde se lesionaban derechos en forma indirecta, como la norma jurídica no concedía un poder de exigencia, quedaban fuera del ámbito de protección del juicio de amparo, como en la especie ocurría con los derechos colectivos. Pues al ser éstos, por sí mismos, intransferibles e indivisibles, tienen como titular un determinado grupo social o clase de personas vinculadas entre sí por una relación jurídica; inclusive son derechos difusos, cuando la titularidad no le pertenece a una persona en particular, sino que recaen en un indeterminado grupo de personas; por lo que resulta difícil acreditar el interés jurídico en el juicio. De esa manera, surge el interés legítimo, que, a diferencia del jurídico, no impone la obligación de contar con un derecho subjetivo tutelado para hacer procedente la instancia. Así, en el artículo 107, fracción I, se amplía el concepto de interés de la parte agraviada bajo el que se definía el interés jurídico para promover el juicio de amparo, y se incorpora el concepto de interés legítimo individual o colectivo para promover la acción contra actos, no emanados de autoridades jurisdiccionales, cuando se alegue que éstos violan derechos reconocidos por la Constitución y con ello se afecta la esfera jurídica del ciudadano, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Esto favorece los derechos de incidencia colectiva, porque no implica una concepción necesariamente individualista de los derechos, sino que comprende también aquéllos que pertenecen a un grupo determinado o indeterminado de personas, pero aun así pueden exigirse a través del juicio de amparo. Sin embargo, la letra del precepto constitucional no señala que la sentencia que conceda la protección federal deba expandir sus efectos a todas las personas de la colectividad, sino que, aparentemente, mantiene el principio de relatividad de las sentencias, aspecto que deberá ser dilucidado vía interpretación por los diferentes órganos del Poder Judicial Federal, entre ellos, la Suprema Corte de Justicia.

La ampliación de los Derechos Humanos significa la concreción de la obligación expresa a cargo de todas las autoridades de observar los tratados internacionales firmados por el Estado mexicano, al formar parte de nuestro orden jurídico para lograr la eficacia de los derechos que, a la postre, tienden al mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad y al desarrollo de cada persona en lo individual.

Las reformas en materia de acciones colectivas, Derechos Humanos y amparo, generaron un cambio en el paradigma jurídico de nuestro país y tienen una enorme relevancia para el fortalecimiento de los mecanismos de tutela de los derechos colectivos, ya que sin ellas difícilmente podría concebirse un ejercicio adecuado de esos derechos, por lo que el juicio de amparo se erige como un instrumento adecuado para garantizarlos, sobre todo con la incorporación del interés legítimo.

Por lo tanto, el 29 de julio de 2010 se reformó el artículo 17 de la Constitución mexicana para insertar las bases sobre las cuales se estructurarían las *acciones colectivas* en el ámbito federal. El referido numeral quedó redactado de la siguiente forma:

Artículo 17. ...

...

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las *acciones colectivas*. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

...

De la lectura de lo anterior, se desprende que desde 2010 en México la materia de *acciones colectivas* quedó sujeta a competencia federal, tanto para ser legislada, como para que los conflictos que se susciten sean resueltos en el seno del poder judicial federal. De la misma forma, se mantuvo en suspenso, hasta que se generara la reforma en la legislación secundaria, la determinación de las materias de aplicación, la descripción detallada de los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Con esta modificación constitucional sólo se insertó la figura procesal genérica de las *acciones colectivas* en el derecho positivo mexicano confiriendo facultades exclusivas a los poderes federales en torno a este tema.

La reforma constitucional *en comento* contenía un transitorio en donde se indicaba que el Congreso de la Unión tenía que realizar las adecuaciones en la legislación secundaria que correspondieran en un plazo máxi-

mo de un año contado a partir del inicio de la vigencia del referido Decreto. Atendiendo a estas condicionantes de carácter legal, en ambas cámaras que componen el Congreso mexicano, se iniciaron procesos legislativos concernientes a realizar las adecuaciones normativas que proporcionarían el andamiaje jurídico apropiado a la reforma constitucional, por lo que:

- a) El 4 de agosto de 2010, el diputado Javier Corral Jurado presentó la iniciativa que contenía el *proyecto de decreto que expide la Ley Reglamentaria del párrafo tercero del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*;
- b) El 7 de septiembre del mismo año, el Senador Jesús Murillo Karam presentó la iniciativa que contenía el *proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversos artículos del Código Federal de Procedimientos Civiles, Código civil Federal, Ley Federal de Protección al consumidor, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, y Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*.

El 7 de junio de 2013 se publica la *Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (LFRA)*, casi dos años después de que el *CFPC* fuera reformado para adicionar el libro quinto donde se regulan las *acciones colectivas*. En la *LFRA* se incorporó la posibilidad de reclamar la responsabilidad ambiental, la reparación y la compensación de los daños ocasionados al ambiente y el pago de la sanción económica, y también incorporó la posibilidad de que la acción fuese colectiva y en particular estableciendo más requisitos que cumplir para las personas morales que intentarán la acción en representación de la comunidad afectada ante esta contradicción entre dos ordenamientos ordenamientos federales¹¹ la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México¹² resolvió

11 Hay que recordar que el artículo 17 Constitucional dispuso que el Congreso de la Unión sería quien expida las leyes que regulen las acciones colectivas, por lo que aparentemente la *LFRA* cumplía también este requisito constitucional al ser producto del trabajo legislativo del propio congreso.

12 Cf. Rubro: RESPONSABILIDAD AMBIENTAL. EL LEGISLADOR, AL NO JUSTIFICAR EL TRATO DIFERENCIADO ENTRE LA ACCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 28, PÁRRAFOS PRIMERO, FRACCIÓN II, Y SEGUNDO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, Y LA COLECTIVA EN LA MATERIA A QUE SE REFIERE EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, MODULÓ INJUSTIFICADAMENTE EL NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA Época: Décima Época. Registro: 2009020. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la

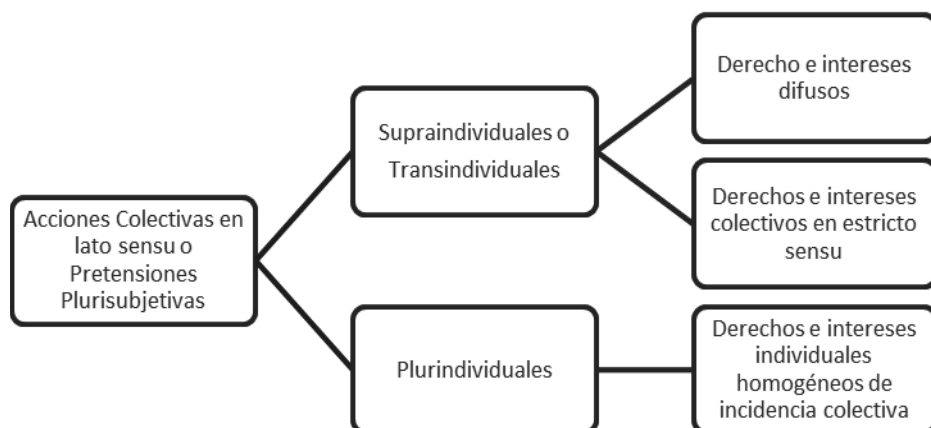
que el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite al legislador regular los plazos y términos en los que debe garantizarse el derecho fundamental de acceso a la justicia; sin embargo, ello no implica que pueda establecer libremente requisitos que inhiban el ejercicio del derecho o alterar su núcleo esencial. Ahora bien, respecto al ejercicio de la acción en materia ambiental, el legislador estableció, por una parte, las acciones colectivas en el Código Federal de Procedimientos Civiles como mecanismo para asegurar el acceso a la tutela judicial para defender derechos colectivos o difusos, como lo es el medio ambiente y, por otra, la acción prevista en la *Ley Federal de Responsabilidad Ambiental*, conforme a la cual es factible demandar judicialmente la responsabilidad ambiental, la reparación y la compensación de los daños ocasionados al ambiente y el pago de la sanción económica. Sin embargo, por lo que toca a esta última, el artículo 28, párrafos primero, fracción II, y segundo, de la ley citada, establece que las personas morales privadas mexicanas, sin fines de lucro, deben actuar en representación de algún habitante de las comunidades adyacentes al daño ocasionado al ambiente y acreditar que fueron legalmente constituidas por lo menos tres años antes de la presentación de la demanda; en cambio, en las acciones colectivas previstas en el código aludido, no se imponen dichos requisitos. De ahí que, atento a la razonabilidad que debe tener la actividad legislativa al modular los plazos y términos para un adecuado acceso a la justicia, se concluye que el legislador, al no justificar el trato diferenciado previsto en dos acciones que protegen bienes jurídicos similares, moduló injustificadamente el núcleo esencial del derecho fundamental de acceso a la justicia. En un segundo caso la propia Sala de la Suprema Corte de Justicia de México confirmó el criterio en donde establece que los requisitos establecidos en la *LFRA* se exceden a aquellos contemplados en la *acción difusa* ambiental contemplada en el *CFPC*, tal y como se expresó el criterio¹³ denominado RESPONSABILIDAD AMBIENTAL. EL ARTÍCULO 28, PÁRRAFOS PRIMERO, FRACCIÓN II, Y SEGUNDO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, TRANSGREDE EL DERECHO A UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Así entonces, el proyecto de cámara de diputados pretendía se expidiera una ley reglamentaria que las regulara, por el contrario, en la cámara de senadores se gestaba una reforma a diversos complejos normativos federales que permitiera darle vida a la protección de los derechos e intere-

Federación. Libro 18, mayo de 2015, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CXLVI/2015 (10a.). Página: 456.

13 Época: Décima Época. Registro: 2009019. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CXLIV/2015 (10a.). Página: 456.

ses colectivos. Previo los trámites que se siguen en México para reformar o crear leyes secundarias en México en el ámbito federal, el 30 de agosto de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto en virtud del cual se reformaron y adicionaron el *Código Federal de Procedimientos Civiles*, el *Código Civil Federal*, la *Ley Federal de Competencia Económica*, la *Ley Federal de Protección al Consumidor*, la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, la *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente* y la *Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros*; con la finalidad de que la reforma constitucional que había tenido lugar el año previo se viera impactada en la legislación federal y así contar con el andamiaje jurídico que permita defender, en palabras de Leandro J. Giannini¹⁴, *los derechos e intereses de incidencia colectiva*.



En palabras del Magistrado Juan José Orduña¹⁵, tanto “...la adición del párrafo tercero al artículo 17 Constitucional para establecer que

14 De acuerdo con lo expuesto por este autor, la expresión *derechos de incidencia colectiva* resulta omnicompreensiva de todas las posibles pretensiones plurisubjetivas, es decir que debe adoptarse, tanto para los que versan sobre intereses de naturaleza indivisible –colectivos y difusos–, como los de carácter divisible –individuales homogéneos–. El recaudo es propio de todas las variantes de acción colectiva (Cf. GIANNINI, Leandro J., *La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas* publicado en la obra colectiva *Procesos Colectivos*, coordinada por Eduardo Oteiza. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2006, p. 180.

15 TREJO ORDUÑA, Juan José, *La sentencia y la cosa juzgada en las acciones colectivas*, publicado en la obra colectiva *Las Acciones Colectivas. Reflexiones desde la Judicatura*. Coordinada por Leonel Castillo González y Jaime Murillo Morales. Poder Judicial de la Federación. México, 2013, p. 54.

el Congreso de la Unión expidiera las leyes para regular las *acciones colectivas*, como el Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación por el que se reformaron y adicionaron artículos al CFPC y diversos ordenamientos legales son trascendentales para el sistema jurídico mexicano, toda vez que se crearon mecanismos para instrumentar el procedimiento de las *acciones colectivas* en lato sensu en donde la colectividad o individuos que pertenecen a un grupo o clase que se vean afectados en la protección de los derechos del consumidor, derechos en materia de medio ambiente y derechos de usuarios de servicios financieros, principalmente, pueden acudir a esta vía jurisdiccional”.

En términos generales, Teresa Armenta Deu¹⁶ indica que “...el ejercicio de la *acción colectiva* comprende todos los supuestos en que un conflicto jurídico afecta a una pluralidad de sujetos *lato sensu*, es decir, tanto cuando un derecho o interés del que son titulares indivisibles una pluralidad de sujetos (intereses supraindividuales -colectivos y difusos-), como cuando se trata de una pluralidad de derechos e intereses individuales, homogéneos y que fueron lesionados por un mismo hecho o la misma actividad antijurídica (intereses plurindividuales-individuales homogéneos-).”

En México las *acciones colectivas in genere* son procedentes para tutelar:

I. Derechos e intereses¹⁷ difusos y colectivos, en *stricto sensu* entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes.

En opinión de Ricardo Luis Lorenzetti¹⁸ en estos casos “el bien afectado es colectivo, el titular del interés es el grupo y no un individuo en

16 ARMENTA DEU, Teresa, *Acciones colectivas: Los recaudos para aprobar un acuerdo. La cosa juzgada y ejecución de sentencia* publicado en la obra colectiva *Procesos Colectivos*, coordinada por Eduardo Oteiza. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2006, p. 250.

17 Siguiendo las palabras de Andrea A. Meroi, la noción de interés no es privativa del Derecho, no obstante ser en este campo donde ha adquirido un desarrollo destacado. Se trata, nada menos que de un concepto común a todas las ramas cuyo examen pertenece propiamente a la Teoría General y a la Filosofía del Derecho. Mas allá de concepciones objetivas y subjetivas acerca del interés, coincidimos en su apreciación como elemento conectivo entre la necesidad –humana– y el bien –apto para satisfacerla– respecto del cual importa tanto el factor posicional cuanto el valorativo (MEROI, Andrea A., *Procesos Colectivos*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2008, pp. 39 y 40).

18 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Justicia Colectiva*, Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2010, p. 19.

particular. En estos supuestos puede existir la legitimación difusa (interés difuso) ... o de una asociación que tiene representatividad en el tema (interés colectivo) o del Estado (interés público)". A estos casos habría que añadir como reflejo del interés colectivo al conflicto donde la propia colectividad es representada por uno de sus miembros.

II. Derechos e intereses *individuales homogéneos de incidencia colectiva*, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho. Al respecto Lorenzetti¹⁹ sostiene que aunque "la afectación en estos supuestos es individual, y por ende la legitimación debería ser individual, el interés es homogéneo y susceptible de una sola decisión, ya que puede haber también muchos individuos interesados en la misma pretensión y por eso es razonable que se dicte una sentencia que sirva para todos los casos similares... hay homogeneidad objetiva entre todos ellos, y una sola causa o evento generador del daño (factor común de afectación); por tanto, es conveniente y viable procurar una sola decisión".

De lo todo anterior, se advierte que a través de la *justicia colectiva* se busca la protección de *derechos* o de *intereses*, por lo que también es indispensable reflexionar sobre qué debe entenderse por *interés*; al respecto, hay que recordar que alrededor de esta figura del *interés* existe una primera categorización que origina los siguientes conceptos: *Derecho subjetivo*, *interés legítimo* e *interés simple*. Andrea A. Merói²⁰ refiere lo siguiente: Sintetizando las diversas posturas, podría decirse que el derecho subjetivo implica una posición jurídica favorable y diferenciada de libertad absoluta que faculta al individuo a exigir una conducta prestacional a otro; el interés legítimo implica una posición jurídica administrativa favorable de interés personal y directo, concurrente o exclusivo, para exigir a la administración la adecuación de su conducta a la legalidad objetiva; el interés simple implica una posición jurídica favorable al concurrente y sin interés personal directo, apenas para petitionar sin exigibilidad la adecuación a la legalidad objetiva por parte de la administración.

En relación con este tema el pleno de la Suprema a los órganos jurisdiccionales es indispensable acreditar interés jurídico²¹. De esta

19 Cf. Idem.

20 MEROI, Andrea A., Procesos Colectivos, Op Cit., p. 40.

21 Este criterio se ha ido flexibilizando para que en casos específicos se pueda acudir a

manera, el interés jurídico, reputado como un derecho reconocido por la ley, no es sino lo que la doctrina jurídica conoce con el nombre de derecho subjetivo, es decir, como facultad o potestad de exigencia, cuya institución consigna la norma objetiva del derecho. En otras palabras, el derecho subjetivo supone la conjunción en su esencia de dos elementos inseparables, a saber: una facultad de exigir y una obligación correlativa traducida en el deber jurídico de cumplir dicha exigencia, y cuyo sujeto, desde el punto de vista de su índole, sirve de criterio de clasificación de los derechos subjetivos en privados (cuando el obligado sea un particular) y en públicos (en caso de que la mencionada obligación se impute a cualquier órgano del Estado). Por tanto, no existe derecho subjetivo ni por lo mismo interés jurídico, cuando la persona tiene sólo una mera facultad o potestad que se da cuando el orden jurídico objetivo solamente concede o regula una mera actuación particular, sin que ésta tenga la capacidad, otorgada por dicha orden, para imponerse coercitivamente a otro sujeto, es decir, cuando no haya un *poder de exigencia imperativa*; tampoco existe un derecho subjetivo ni por consiguiente interés jurídico, cuando el gobernado cuenta con un interés simple, lo que sucede cuando la norma jurídica objetiva no establezca en favor de persona alguna ninguna facultad de exigir, sino que consigne solamente una situación cualquiera que pueda aprovechar algún sujeto, o ser benéfica para éste, pero cuya observancia no puede ser reclamada por el favorecido o beneficiado, en vista de que el ordenamiento jurídico que establezca dicha situación no le otorgue facultad para obtener coactivamente su respeto.

Este criterio se había mantenido durante mucho tiempo como piedra angular en el sistema procesal mexicano, pero tuvo que flexibilizarse debido a las dinámicas procesales contemporáneas que buscan generar una tutela judicial efectiva —lo anterior sobre todo en el área administrativa y para efectos del juicio de amparo—, y así dar cabida al *interés legítimo* como una opción para solicitar la protección judicial.

Independientemente de que se mantenga o no la clasificación clásica tripartita²² en el Derecho Mexicano con sus respectivas consecuencias legales (*Derecho subjetivo/jurídico, interés legítimo, e interés*

buscar la protección judicial acreditando solo el *interés legítimo*; desde luego la inserción de los procesos colectivos en el marco normativo mexicano supone revisar este instituto para determinar si es posible accionar acreditando el interés simple o no, y si es viable, hay que determinar en qué casos procede.

22 Existen autores como Carlos Balbín que sostienen que el modelo tradicional tripartito ha entrado claramente en crisis.

simple), hay que reconocer que existen nuevas categorías que lidian por formar parte de este catálogo –que muchas de ellas surgen precisamente por la incorporación del tema de procesos colectivos en las legislaciones locales—, y que en dichas circunstancias todos los operadores jurídicos deben considerarlas para generar una correcta implementación de los procesos colectivos, por ejemplo: *interés individual*, *intereses plurales o plurinidividuales*, *intereses supraindividuales o transindividuales*.

En dicha tesisura, Juan Montero Aroca²³ consigna que el *interés individual* es el supuesto normal contemplado por el Derecho, bien porque el mismo se origina desde una concepción individualista de las relaciones de los hombres en sociedad, bien porque estadísticamente los conflictos suelen presentarse entre dos personas. En este mismo sentido, Andrea A. Meroi²⁴, sostiene que la tutela procesal se brinda al sujeto en su calidad de titular de una situación jurídicamente individualizada y propia. Al respecto Ricardo Luis Lorenzetti²⁵ refiere lo siguiente: el interés es individual, la legitimación también, y cada interés es diverso de otros; cada titular inicia una acción y obtiene una sentencia en un proceso bilateral. Estamos acostumbrados a que se concedan acciones individuales como reconocimiento de un interés individual, sea un derecho subjetivo o un interés legítimo o de hecho no reprobado por la ley. Es el modelo tradicional del litigio singular.

Ahora bien, el interés plural es la suma de intereses individuales que por lo general, en opinión de Pablo Guitérrez de Cabiedes²⁶, este tipo de intereses tienen un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo. En realidad, los conflictos que se sustentan en intereses plurales son accidentalmente colectivos, toda vez que pueden ser cabalmente imputables a cada uno de sus interesados. En este concepto descansa la típica *class action for damages*, en donde prevalece la dimensión colectiva sobre la esfera individual.

Caso diverso al anterior son los intereses *supraindividuales* o denominados también *transindividuales*, en las que el interés se fragmenta en una pluralidad de situaciones subjetivas referidas a sujetos particu-

23 MONTERO AROCA, Juan, *La legitimación en el proceso civil*, Civitas. Madrid, 1994. p. 61.

24 MEROI, Andrea A., Op Cit., p. 46.

25 LORENZETTI, Ricardo Luis., Op cit., p. 19.

26 GUTIERREZ DE CAVIEDES e HIDALGO DE CAVIEDES, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: Colectivos y difusos*, Aranzadi. Navarra, 1999, p. 127.

lares, más no son posiciones subjetivas exclusivas, sino que dan lugar a situaciones jurídicas análogas, compartidas, cualitativamente iguales, coincidentes con otras de igual contenido, que hacen referencia a diversos sujetos, unidos por el mismo fin²⁷.

Al respecto Antonio Gidi²⁸ sostiene que la intencionalidad de emplear el término *intereses* para referir la materia de protección en un proceso colectivo consiste en que la indivisibilidad del objeto e imprecisa determinación de la titularidad de los derechos *superindividuales* no permitiría encajar adecuadamente en la rígida delimitación conceptual del derecho subjetivo como un fenómeno de la subjetivación del derecho objetivo; dicho en otras palabras, no se pretende admitir la categoría de los *intereses simples* como tutelables a través de los procesos colectivos, ya que tal y como lo sostiene Hermes Zaneti Junior²⁹ parte de la doctrina insiste en la necesidad de aceptar la denominación de *intereses* porque esta configuraría una mayor amplitud de tutela también para situaciones no reconocidas como derechos subjetivos (teniendo en cuenta la propia *novedad* de los derechos colectivos *lato sensu*). Lo anterior permitiría arribar a la conclusión de que, en materia de procesos colectivos, se pretende emplear el término *intereses* con la manifiesta intencionalidad de ampliar el concepto de derecho subjetivo para crear mayores opciones judiciales que permitan proteger los derechos de tercera generación conocidos como de solidaridad, es decir se busca ampliar el concepto de derecho subjetivo, pero sin llegar a incluir el de intereses llanos o simples.

No obstante, lo anterior, al respecto hay autores como Kazuo Watanabe, que insisten en que los términos *intereses* y *derechos* fueron utilizados como sinónimos y que por ello el análisis anterior resultaría vano, ya que a partir del momento en que pasan a ser amparados por el derecho, los *intereses* asumen el mismo status de derechos, desapareciendo cualquier razón práctica, y aún teórica, para la búsqueda de una diferenciación ontológica entre ellos.

27 MEROI, Andrea A., Op Cit., p. 49.

28 GIDI, Antonio, Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos, publicado en la obra colectiva La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos, Editorial Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México, 2003., p. 26.

29 ZANETI JUNIOR, Hermes, Derechos colectivos lato sensu, publicado en la obra colectiva La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos, Editorial Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México, 2003, p. 56.

Si lo anterior no fuera suficiente explicación para justificar el empleo de los términos *intereses* y *derechos* como sinónimos para efectos de los procesos colectivos, entonces habrá que recurrir a lo expresado por Barbosa Moreira, quien es citado por Antonio Gidi³⁰: Desde que se esté persuadido de la necesidad de asegurar a los titulares de la protección jurisdiccional eficaz, no importa tanto saber a qué título se les otorga esta protección. A final de cuentas, no existe un principio a priori, en el cual toda situación jurídica subjetiva requiera que los candidatos a tutela estatal deban obligatoriamente exhibir una carta de ciudadanía entre sus *derechos*, en el sentido estricto de la palabra.

De lo anterior se desprende qué para efectos de la *justicia colectiva*, los términos *intereses* y *derechos* deberán gozar de flexibilidad en cuanto a su interpretación para hacer efectiva esta vía de protección jurisdiccional que se está habilitando para las colectividades; sin embargo, esta flexibilidad no nos lleva a habilitar al interés liso y llano para que puedan iniciarse procesos colectivos, quedando el interés jurídico y el interés legítimo como figuras que si dan lugar a la justicia colectiva. Por ejemplo, en México, el art 583 del *CFPC* dispone que el juez debe dilucidar las normas y los hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, en aras de proteger y tutelar el interés general buscando la mayor protección de los derechos fundamentales de las personas³¹.

CONCLUSIÓN

El *CFPC* como complejo normativo debe empeñarse en propiciar la transformación del sistema positivo nacional mexicano para dar cabida junto con los procesos individualistas a los procesos sociales, como lo son los que engloban las *acciones colectivas* para proteger los derechos de los consumidores.

30 GIDI, Antonio, *Op cit.*, p. 25.

31 En este mismo sentido, se ha pronunciado el Magistrado Juan José Rosales Sánchez al expresar en su artículo titulado *Introducción de las acciones colectivas* publicado en la obra "Acciones Colectivas. Reflexiones desde la judicatura", que lo que el legislador pretendió que la acción colectiva es procedente para tutelar derechos e intereses colectivos como un mecanismo para ampliar la protección de los grupos y colectividades mediante el acceso a la Justicia (Cf. ROSALES SANCHEZ, Juan José, *Op. Cit.*, p. 20)

Los jueces ante quienes se presentan las acciones colectivas deben adoptar los principios del proceso jurisdiccional social, ya que deben abandonar la idea habitual de los límites impuestos para la defensa de los intereses individuales o el derecho subjetivo de cada individuo, para acudir a una interpretación jurídica avanzada, de progreso en la cual se exalten las bases constitucionales con los discernimientos forzosos para salvaguardar los valores resguardados y lograr los fines perseguidos, que nos acerquen a experimentar una sociedad más justa. Sólo de esta manera se pueden tutelar los intereses colectivos o difusos, ya que para lograr que su impacto sea de mayor envergadura, se requiere más energía y diligencia de los órganos jurisdiccionales en donde se maximice la flexibilidad en la aplicación de las normas sobre formalidades procesales y el concepto de interés jurídico, un manejo dúctil de la carga probatoria que facilite al juez allegarse de los elementos probatorios adecuados y pertinentes, que a la vez permitan resolver el caso bajo criterios de razonabilidad al aplicar en materia de valoración probatoria la sana crítica, las máximas de la experiencia y la lógica. Asimismo, es indispensable pugnar por la reducción del proceso y su correspondiente aceleración, para reducir los costos y tiempos en los que se obtenga de manera efectiva la tutela de este tipo de derechos que en conjunto afectan a un número sensible de personas que conforman la población.

REFERENCIAS

OVALLE FAVELA, José, *Legitimación en las acciones colectivas* publicado en el Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVI, número 138, septiembre-diciembre de 2013.

ROSALES SÁNCHEZ, Juan José, *Introducción a las acciones colectivas*, publicado en la obra Acciones Colectivas. Reflexiones desde la judicatura, Consejo de la Judicatura Federal– Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial, México, 2013.

IBARRA VALENCIA, Sergio, *Análisis sistemático del nuevo juicio de amparo y las acciones colectivas*, publicado en la obra colectiva Las Acciones Colectivas. Reflexiones desde la Judicatura. Coordinada por Leonel Castillo González y Jaime Murillo Morales. Poder Judicial de la Federación, México, 2013.

GIANNINI, Leandro J., *La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas* publicado en la obra colectiva *Procesos Colectivos*, coordinada por Eduardo Oteiza. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006.

TREJO ORDUÑA, Juan José, *La sentencia y la cosa juzgada en las acciones colectivas*, publicado en la obra colectiva *Las Acciones Colectivas. Reflexiones desde la Judicatura*, Coordinada por Leonel Castillo González y Jaime Murillo Morales, Poder Judicial de la Federación, México, 2013.

MEROI, Andrea A., *Procesos Colectivos*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.

ARMENTA DEU, Teresa, *Acciones colectivas: Los recaudos para aprobar un acuerdo. La cosa juzgada y ejecución de sentencia* publicado en la obra colectiva *Procesos Colectivos*, coordinada por Eduardo Oteiza, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Justicia Colectiva*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2010.

MONTERO AROCA, Juan. *La legitimación en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1994.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES e HIDALGO DE CAVIEDES, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: Colectivos y difusos*, Aranzadi, Navarra, 1999.

GIDI, Antonio, *Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos*, publicado en la obra colectiva *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos*, Editorial Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México, 2003.

ZANETI JUNIOR, Hermes, *Derechos colectivos lato sensu*, publicado en la obra colectiva *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos*, Editorial Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México, 2003.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: INSTRUMENTO DE TUTELA COMPOSITIVA NA DEFESA DE BENS TRANSINDIVIDUAIS

RICARDO TONON LOURENÇO¹

INTRODUÇÃO

A contemporânea participação do judiciário, de forma mais ampla, no contexto político e social, ganhou novos rumos diante de uma desmedida litigiosidade, gerando colapso no sistema jurídico e afetando sua efetividade jurisdicional. O artigo traçará um percurso sobre a origem, evolução e inserção da justiça restaurativa como solução alternativa de conflitos no sistema jurídico brasileiro, com ênfase nos programas desenvolvidos no Estado do Rio Grande do Sul.

Importante sinalizar a contribuição da justiça restaurativa para pacificação social e o reconhecimento de suas práticas, como medida eficaz, em observância às garantias processuais dos bens transindividuais, pela via restaurativa, enquanto instrumento de tutela compositiva.

Por fim, será buscado um melhor entendimento sobre a justiça restaurativa na defesa dos direitos transindividuais, diante dos questionamentos: Haveria impeditivo à prática restaurativa em conflitos coletivos? Seria possível a adoção das práticas restaurativas, de forma eficaz, no âmbito coletivo?

Na busca de um melhor entendimento acerca de possíveis portas para um efetivo acesso à justiça, as práticas restaurativas se apresentam como instrumento, também, para resolução de conflitos coletivos.

Um olhar contemporâneo, despido de preconceitos, tem sido um novo caminho na defesa dos direitos coletivos, permitindo assim vislum-

1 Mestrando da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Endereço eletrônico: lourenco.0302@hotmail.com

brar mais um instrumento na busca do equilíbrio na prestação jurisdicional, em que o acesso à justiça pela via formal processual seja a ultima ratio.

A INSUFICIÊNCIA ESTATAL DE JUDICIALIZAÇÃO E A INSERÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A massificação de demandas, somada a um aumento de pretensões pela via judicial, extrapola a capacidade do judiciário de obter resultados efetivos através dos meios usuais de resolução de conflitos.

No sentido de um novo paradigma sobre o direito, é necessário debruçar-se sobre o estudo de uma nova percepção do serviço prestado pelo judiciário, em especial em demandas coletivas (GRAVOSKI, 2016).

A crescente utilização de meios alternativos para a solução de conflitos é necessária, uma vez que reconhecida a insuficiência estatal de judicialização das medidas, sendo impositivo aprofundar conhecimento e aplicação das técnicas extrajudiciais para resolução de conflitos, com observância dos critérios de adequação e efetividade.

Diante de uma convivência guiada por meio de regras reguladoras de conduta, a obtenção da pacificação social requer mais que a intervenção do judiciário, quando instaurado o litígio por meio de técnicas de prestação de tutela jurisdicional, legitimando o exercício da jurisdição pela via processual.

O movimento de acesso à justiça trata de superação de obstáculos para a devida acessibilidade do exercício dos direitos civis e políticos do cidadão (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

A ampliação do acesso à justiça gerou uma busca por direitos, em especial em questões que não eram observadas, ocasionando um aumento expressivo de demandas, sobrecarregando o poder judiciário.

Além disso, a cultura demandista, insuflada por uma concepção equivocada do acesso à justiça, se tornou a maior fonte do problema (MANCUSO, 2020).

Neste contexto, diante da necessária renovação do judiciário para atender a uma demanda maior de litígios em tempo razoável e com efetividade, apresenta-se uma terceira onda renovatória, voltada para qualificação de resultados obtidos pela jurisdição e meios alternativos de solução de conflitos.

A tradicional prestação jurisdicional ressurgue com um novo enfoque na direção de composição de conflitos e pacificação social, com adequação ao meio utilizado.

Nesta terceira fase de um movimento denominado novo enfoque de acesso à justiça, ganharam destaque os métodos alternativos de solução de controvérsias, sendo aqui o objeto de apreciação apenas a justiça restaurativa, enquanto meio autocompositivo² e integrado ao chamado sistema de justiça multiportas (*multi-door justice*)³.

Em um sistema multiportas, a solução judicial passa a ser a *ultima ratio*, devendo-se primar pelo acesso aos direitos pela via da composição (DI-DIER; ZANETI, 2016)⁴. A tutela dos direitos exige aplicação de justiça coexistencial, uma *mending justice*, focada na pacificação e convivência das pessoas. Portanto, deve ser observada a relação de adequação. Os métodos alternativos serão efetivos se forem os modos adequados de resolução de conflitos.

No Brasil, os meios alternativos ganharam força em 2009 com o II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo.⁵ Dentre outras ações promovidas, o Pacto visa estimular a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização.

Em um crescente, o Conselho Nacional de Justiça editou Resolução 125⁶ em 29/11/2010, expandindo a prestação jurisdicional além do processo estatizado. A resolução dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Importante destacar a previsão de necessidade de consolidação de uma política pública de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos

2 Dentre as espécies de composição, encontram-se autotutela, autocomposição e heterocomposição. Destaca-se ainda, sobre as técnicas de solução de conflitos, além da justiça restaurativa, os demais mecanismos de solução por meio de negociação, conciliação, mediação, arbitragem e compromisso de ajustamento de conduta.

3 Ver sobre o sistema multiportas, criado na Corte Superior do Distrito de Columbia nos EUA em 1985 (Multi-door - court-house) em <https://www.pon.harvard.edu/daily/international-negotiation-daily/a-discussion-with-frank-sander-about-the-multi-door-courthouse/>. De forma colaborativa, o criador do tribunal de múltiplas portas, Harvard Frank Sander, juntamente com a UST School of Law e o Programa de Negociação da Harvard Law School, foi criada a Rede Internacional de Pesquisa ADR [Resolução Alternativa de Disputas].

4 Didier e Zaneti lecionam que: “Nesta nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *ultima ratio*, extrema *ratio*” (2016, p. 36)

5 O II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo está disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm

6 Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>

consensuais de solução de litígios. Dentre os mecanismos, está inserida a justiça restaurativa.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA PROMOVENDO TRANSFORMAÇÕES COLETIVAS

Sobre a justiça restaurativa propriamente dita, entende-se ser mais que um dos meios alternativos de solução de conflitos. A Justiça Restaurativa busca a resolução do conflito atuando em rede, a fim de promover transformações nos ambientes institucionais e comunitários e, na medida do possível, busca evitar a judicialização, possibilitando a solução pelos próprios atores em seus contextos.

A Resolução 225, de 31 de maio de 2016 do Conselho Nacional de Justiça, conceitua a Justiça Restaurativa⁷: *constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado.*

Sobre sua origem, o movimento internacional de reconhecimento e desenvolvimento de práticas restaurativas teve início no final da década de 70 e início da década de 80, no Canadá e na Nova Zelândia (SHEARING; FROESTAD, 2005).

O primeiro uso do termo justiça restaurativa, no contexto da justiça criminal, teria sido por Albert Eglash, em que a justiça restaurativa seria o envolvimento ativo de vítimas e ofensores no processo de reparação e reabilitação (VAN NESS; STRONG, 2013).

Alguns atribuem o surgimento a partir de um programa de reconciliação entre vítima e ofensor na cidade de Kitchener, Ontario, no Canadá, no ano de 1974. A reconciliação era feita por meio de programa comunitário a fim de mediar conflitos entre vítimas e ofensores. Esta prática teria origem em estudos de antigas tradições que se baseavam em diálogos pacificadores e construtores de consensos por povos antigos.

7 Segundo Tony Marshall (considerado como sendo o conceito mais adequado): *Define-se Justiça Restaurativa como sendo “um processo onde todas as partes ligadas de alguma forma a uma particular ofensa vêm discutir e resolver coletivamente as consequências práticas da mesma e a suas implicações no futuro”* (MARSHALL, 1996).

A partir dos anos 1980, a justiça restaurativa tornou-se um importante movimento social em favor da reforma da justiça criminal. E, a partir dos anos 90, os programas de Justiça Restaurativa rapidamente se disseminaram mundo afora (Austrália, Canadá, Estados Unidos, África do Sul, Argentina, Colômbia, dentre outros).⁸

No Brasil, em 1999, foram realizados os primeiros estudos teóricos e observação da prática judiciária sob o prisma restaurativo, a cargo do Prof. Pedro Scuro Neto, no Rio Grande do Sul (GOULART, 2012). Em 4 de julho de 2002, foi trabalhado o chamado “Caso Zero”, quando foi realizada a experiência de aplicação de prática restaurativa na 3ª Vara do Juizado Regional da Infância e da Juventude de Porto Alegre - RS, em um conflito envolvendo dois adolescentes.

Porém, o tema ganhou expressão nacional após a criação da Secretaria da Reforma do Judiciário, órgão do Ministério da Justiça, em abril de 2003.

Em 2009, o Governo Federal reconheceu a importância de incentivar novas formas de solução de conflitos, aprovando o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos, por meio do Decreto nº 7.037⁹, de 21/12/2009.

Após, o Congresso Nacional editou a Lei 12.594/12¹⁰, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamentando a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes na prática de ato infracional. Dentre as medidas previstas aos adolescentes, destaca-se a excepcionalidade de intervenção judicial, com imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos e prioridade para as práticas ou medidas restaurativas.

8 Importante a contribuição de Howard Zehr, criminologista americano, considerado pioneiro do conceito moderno de justiça restaurativa: *Posicionada como “um novo foco sobre a Justiça e os crimes”, essa nova compreensão fundamenta-se em princípios cunhados a partir de críticas ao sistema de justiça penal tradicional – âmbito em que o Estado exerce seu máximo poder de violência e coerção – e, operativamente, materializa-se mediante um conjunto de práticas de resolução comunitária de conflitos e problemas, derivadas de tradições ancestrais – representativas da máxima capacidade de coesão e pacificação social.* (ZEHR, 2014).

9 Neste Programa foi proposta a estimulação de novas formas de tratamento dos conflitos, pelo mecanismo da Justiça Restaurativa, o incentivo de projetos pilotos de Justiça Restaurativa, analisando o impacto e sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro e desenvolvimento de ações nacionais de elaboração de estratégias de mediação de conflitos e de Justiça Restaurativa nas escolas.

10 Lei 12.594/12, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm#:~:text=Institui%20o%20Sistema%20Nacional%20de,1986%2C%207.998%2C%20de%2011%20de

Mais recentemente, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, editou a Resolução 225¹¹, de 31 de maio de 2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. A Resolução dá relevância ao acesso à justiça (Art. 5º XXXV, da Constituição Federal), fortalecendo a utilização de meios consensuais voluntários e adequados ao alcance da pacificação social, a fim de efetivar a mudança de paradigma para a implementação e consolidação de um novo sistema de justiça.

As alterações na sistemática de funcionamento do sistema judicial brasileiro viabilizaram a ordenação de instrumentos capazes de promover a objetiva tutela de direitos, a fim de remover obstáculos ao acesso de uma justiça organizada (RIBEIRO, 2008).

Por fim, a promoção das tutelas consensuais encontrou no protagonismo do sistema judiciário gaúcho uma efetiva inserção da Justiça Restaurativa.

O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO DO RIO GRANDE DO SUL NAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS

No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, pioneiro na aplicação dos preceitos de justiça restaurativa no Brasil, de 2005 até 2010, a prática foi realizada como projeto piloto¹². Por fim, em 2010, o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul oficializou a Central de Práticas Restaurativas no Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre, por meio da Resolução 822/2010.

Após a oficialização da adoção das práticas restaurativas, passados dez anos, observa-se sua legitimação como forma de resolução de conflitos, compondo o sistema do Poder Judiciário.

Pode-se dizer que já está consolidada a prática restaurativa no âmbito do poder judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, a fim de contribuir com o avanço das medidas políticas no sentido de obtenção da pacificação de violências envolvendo crianças e adolescentes, através da implementação da metodologia restaurativa.

11 Resolução 225, de 31 de maio de 2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>

12 Entre 2009 e 2014 foram realizados 3.021 procedimentos restaurativos no RS. Jornal da Ajuris. Disponível em https://ajuris.org.br/wp-content/uploads/2015/10/Jornal_Ajuris_2015.pdf

Pondo um fim ao breve percurso evolutivo até efetiva implantação da Justiça Restaurativa no judiciário brasileiro, importante a análise para o entendimento deste crescente movimento em busca da pacificação social. Cabe registrar que o Tribunal de Justiça do RS promove atualmente a aplicação do Programa Justiça Restaurativa para o Século 21, a fim de difundir, de implantar, de aprimorar e de consolidar a Justiça Restaurativa no âmbito do Primeiro Grau da Justiça Estadual do Estado do Rio Grande do Sul.

O Programa JR 21¹³ tem por objetivo promover estratégias de pacificação social baseadas na difusão dos princípios e no desenvolvimento das práticas restaurativas para prevenção e transformação construtiva de conflitos em âmbito judicial e extrajudicial.

Como processo de transformação, a justiça restaurativa proporciona uma forma correta de pensar no âmbito da teoria e prática, buscando promover a paz antes de combater a violência (OLIVEIRA, 2017).

A Justiça Restaurativa representa uma oportunidade de uma justiça participativa que opere real transformação, abrindo caminho para uma nova forma de promoção dos direitos humanos e da cidadania, da inclusão e da paz social, com dignidade (PINTO, 2010).

Os Círculos de Construção de Paz são uma das principais metodologias aplicáveis nas práticas restaurativas, sendo ferramenta metodológica aplicável em situações não necessariamente associadas a conflitos interpessoais. O círculo é um processo de diálogo que trabalha intencionalmente na criação de um espaço seguro para discutir problemas muito difíceis ou dolorosos, a fim de melhorar os relacionamentos e resolver diferenças. A intenção do círculo é encontrar soluções que sirvam para cada membro participante (PRANIS, 2011).

Atualmente, o judiciário do Rio Grande do Sul tem aplicado apenas esta prática em suas ações restaurativas. O processo tem início com uma primeira triagem diretamente com o ofensor e, após o contato inicial, é realizado um pré-círculo. Caso o ofensor aceite participar do procedimento, é agendado um pré-círculo com a vítima. A vítima aceitando participar do procedimento, é realizado o Círculo de Construção de Paz com todos os envolvidos. Cada parte do processo pode indicar mais pessoas, que serão seus apoiadores, para participar do círculo.¹⁴

13 Programa Justiça Restaurativa para o Século 21 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/projetos/projetos/justica_sec_21/Relatorio_de_Gestao_2015_Programa_JR21_TJRS.pdf

14 Sobre as práticas restaurativas, pode ser encontrada ampla explanação no site do

Originariamente, e em regra no contexto atual brasileiro, o padrão de justiça restaurativa, aplicado nos conflitos no âmbito criminal, tem fundamento em uma proposta consensual (MARSHALL; BOYACK; BOWEN, 2005). É imprescindível que ofensor e vítima, além de outros que de alguma forma tenham sido afetados por ato infracional, sejam os participantes do processo de solução alternativa de conflito, a fim de obter a restauração das perdas ou traumas decorrentes do delito. Diferentemente do padrão retributivo, encontrado no processo judicial, a justiça restaurativa tem na voluntariedade e informalidade sua premissa orientadora.¹⁵

Por outro lado, a Justiça Restaurativa não trata apenas de meios alternativos para solução de conflitos no âmbito penal. É necessário compreender que a prática restaurativa deve ser entendida e aplicada enquanto uma metodologia para composição de conflitos, mas também deve ser vista enquanto princípio restaurativo com abrangência em outras áreas do direito e conflitos sociais, inclusive (NETO; SANTOS, 2018).

É possível aplicar as práticas restaurativas em qualquer tipo de conflito, seja familiar, escolar, conflitos entre vizinhos, relações conflituosas no âmbito econômico, ambiental e proteção aos idosos, dentre outros.

Dentro de um enfoque restaurativo, pode-se pensar em diversas abordagens, a fim de compreender e buscar soluções dos conflitos ou ainda de problemas gerais na comunidade. Pela via sociológica, pedagógica, socioeducativa, sempre sob as premissas restaurativas, é apresentado aos envolvidos a possibilidade de participar na construção de uma nova perspectiva de pacificação, em que mantida a devida reparação dos danos e analisada a responsabilização pelos agentes, com a participação inclusive de toda a comunidade envolvida.

Esta prática, além do âmbito criminal, pode ser observada no Município de Caxias do Sul – RS¹⁶, comunidade plenamente inserida dentro do programa de Justiça Restaurativa implementado pelo judiciário gaúcho.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/projetos/projetos/justica_sec_21/Relatorio_de_Gestao_2015_Programa_JR21_TJRS.pdf

- 15 Sobre a aplicação da prática restaurativa diante da ineficácia do processo penal tradicional, ver em Manual de Gestão para Alternativas Penais, editado pelo CNJ Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/manual-de-gest%C3%A3o-de-alternativas-Penais_ARTE_web.pdf
- 16 Sugere-se a leitura sobre as práticas no E-book justiça Restaurativa na Prática: ações realizadas no município de Caxias do Sul. Disponível em <https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-justica-restaurativa.pdf>.

A Central da Paz Judicial atende casos envolvendo idosos em situação de vulnerabilidade social. Por outra via, os Círculos de Construção de Paz tratam do resgate da dignidade humana, a fim de solucionar problemas de segregação aos egressos do sistema prisional, uma vez que não conseguem se inserir adequadamente na sociedade e no mercado de trabalho.

Com efeito, a Justiça Restaurativa se apresenta como um sistema complexo, a fim de propiciar a solução de conflitos, a partir de conexões de relações harmônicas de convivência.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA NA DEFESA DOS DIREITOS COLETIVOS

Embora tenha origem em questões relacionadas à criminalidade, se mostra como sendo também um instrumento amplo para superação de questões relacionadas a outros aspectos conflituosos, inclusive na defesa de direitos coletivos, quando o sistema de justiça tradicional já não consegue solucionar de forma eficaz.

Muito além da pretensão de ser apenas uma alternativa de solução autocompositiva, a Justiça Restaurativa pode ser instrumento de resolução de conflitos coletivos. Sua inserção e aplicabilidade em uma visão sistêmica, parte da atuação em rede, na busca de transformações nos ambientes institucionais e comunitários. Um processo bem-sucedido reflete substancialmente na redução da judicialização dos problemas, na medida em que as práticas se mostram eficazes em capacitar os próprios envolvidos em seus contextos, para solucionar as questões de forma pacífica e consensual.

Diante de situações concretas, as práticas restaurativas buscam reeducar os envolvidos a entenderem as causas e efeitos, a fim de que diante de condições semelhantes possam adotar uma conduta positiva e pacificadora em prol de toda a comunidade.

Notadamente, vislumbra-se desejável a solução extrajudicial, sempre que possível, em atendimento à legislação vigente, com aplicação de políticas públicas no sentido de integrar suas ações com os serviços da justiça, a fim de disponibilizar o acesso à educação, saúde, assistência social e segurança, por exemplo.

Da mesma forma, a sociedade em geral, com participação das comunidades em suas diversas abrangências (empresarial, acadêmica, cidadãos voluntários) possam desempenhar um trabalho de divulgação e ampliação das práticas de solução alternativas de conflitos, conscientes de que o acesso à justiça não significa acesso a judicialização.

Nesse contexto, a Justiça Restaurativa apresenta-se como instrumento de um processo sistêmico de difusão, aprendizagem e desenvolvimento de serviços de fortalecimento de comunidades e de atenção a conflitos, induzindo um autêntico movimento social em prol da restauração da justiça e da construção da paz.¹⁷

Diante dessas condições, supondo-se um entendimento claro acerca dos pressupostos e objetivos da Justiça Restaurativa, aqui expostos de forma sintética, chega-se ao questionamento, ponto crucial da presente reflexão, onde indaga-se se haveria impeditivo à prática restaurativa em conflitos coletivos e se haveria possibilidade de adoção das práticas restaurativas, de forma eficaz, no âmbito coletivo.

A resposta parece simples no sentido de ser possível e necessária a prática da Justiça Restaurativa na defesa dos bens transindividuais, a fim de ampliar ainda mais a participação voluntária de todos os envolvidos e interessados na pacificação social.

As técnicas extrajudiciais de resolução de conflitos, além de cabíveis no âmbito dos direitos coletivos, podem ser consideradas adequadas ao resultado pretendido, com menor dispêndio de tempo e recursos (MERÇON-VARGAS, 2012).

Incontroverso que o Poder Judiciário, diante de sua condição dentro de um novo conceito social, percebendo a necessidade de dar efetiva prestação jurisdicional às crescentes demandas coletivas, passou a adotar instrumentos jurídicos a fim de tutelar os direitos difusos e coletivos (SADECK, 2004).

A Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, o Código de Processo Civil e a própria Constituição Federal, incrementam a utilização de meios consensuais para solução de conflitos.

Apenas exemplificando, o Código de Processo Civil, de forma expressa, estimula a solução consensual em litígio coletivo pela posse de imóvel, determinando ao Juízo, antes mesmo de apreciação de pretensão liminar, que designe audiência de mediação¹⁸.

O ordenamento em geral estimula a prática de métodos consensuais de solução de conflitos, sendo dever dos juízes, advogados, defen-

17 Programa Justiça Restaurativa para o Século 21 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/projetos/projetos/justica_sec_21/Relatorio_de_Gestao_2015_Programa_JR21_TJRS.pdf

18 Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação [...].

sores públicos e membros do Ministério Público estimular a prática. No nível mais básico, a justiça efetiva requer que as instituições do Estado trabalhem com a sociedade civil (OXHORN; SLAKMON, 2005).

Soma-se a isso, a ausência de impeditivo legal para que a Justiça Restaurativa seja também instrumento consensual de solução de conflitos em demandas coletivas, em curso ou de forma a evitar os problemas coletivos que se apresentam corriqueiramente e somente passam a ser tratados diante da iminência de uma ação judicial.

Para fins de ampliação da análise dos questionamentos postos, pode-se pensar que a Ação Civil Pública oferece aos legitimados a possibilidade de firmarem compromisso de ajustamento de conduta. A Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que 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, tem eminentemente objetivo de tutelar direitos coletivos.

Da mesma forma, o Código de Defesa do Consumidor¹⁹, como norma abrangente e protetora dos direitos coletivos, tem previsão expressa para o incentivo aos mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo.

Assim, sendo evidente a ausência de proibição de autocomposição em causas coletivas, ao contrário havendo incentivo expresso no ordenamento jurídico para prática de mecanismos alternativos de solução de conflitos, pode-se afirmar que é possível a prática da Justiça Restaurativa como instrumento de pacificação social.

O reconhecimento das práticas restaurativas, como medida eficaz, em observância às garantias processuais dos bens transindividuais, pela via restaurativa, enquanto instrumento de tutela compositiva, é plenamente possível, ao menos em um sentido estrito de permissivo legal (PINHO, 2018).

Nessa ótica, o incremento da Justiça Restaurativa para fins de defesa de direitos coletivos, assume relevância dentro de um padrão de justiça em colapso. Portanto, é preciso estimular a implementação dessa nova filosofia e de uma cultura de pacificação antes da judicialização, também nas demandas coletivas.

Os caminhos de acesso à justiça devem ser diversificados, pois culturalmente a sociedade recebeu como sinal de acesso à justiça o encaminhamento pela via judicial, quando deveria de fato receber múltiplas portas de acesso à justiça, sendo o processo a *ultima ratio* (DIDIER; ZANETI, 2016).

19 Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
[...]

Na medida em que a sociedade estiver estimulada e predisposta a evitar o conflito, ou diante dele buscar a solução de forma pacífica, haverá um equilíbrio possível na condição de prestação jurisdicional atual.

Enquanto o judiciário ainda estiver sob o estigma de instituição jurídica especializada, burocrática e sistêmica, rigidamente orientada por pré-conceitos devidamente hierarquizados, haverá uma prestação jurisdicional caracterizada pela morosidade e ineficácia, resultando em insegurança à sociedade quanto à efetiva justiça.

As garantias processuais fundamentais devem ser aplicadas conjuntamente com os programas de Justiça Restaurativa nos conflitos coletivos, quando se mostra evidente que a forma clássica já não tem condições de atender os anseios da sociedade.

Muito recentemente, os representantes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) entregaram ao presidente da Câmara dos Deputados anteprojeto²⁰ de lei que tem por escopo aperfeiçoar o marco legal e institucional que regula as ações coletivas. Em uma leitura breve, percebe-se que não há observação do dever fundamental de estimular as práticas alternativas de solução de conflitos no referido anteprojeto.

Para que este processo evolutivo de práticas alternativas possa surtir efeitos, é preciso um esforço conjunto e unificado no sentido de possibilitar a pacificação social e qualificar os instrumentos de solução de conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi realizado um breve percurso sobre a origem, evolução e inserção da Justiça Restaurativa como solução alternativa de conflitos no sistema jurídico brasileiro, com ênfase nos programas desenvolvidos no Estado do Rio Grande do Sul.

Foi feita uma análise para melhor entendimento da importância da contribuição da Justiça Restaurativa para pacificação social e o reconhecimento da eficácia de suas práticas, enquanto instrumento de tutela compositiva para os conflitos coletivos.

O caminho proposto apontou para a possibilidade e necessidade de instrumentalizar a Justiça Restaurativa também como medida alternativa para solução de conflitos coletivos.

20 Anteprojeto disponível em <https://www.cnj.jus.br/acoes-coletivas-cnj-entrega-ao-presidente-da-camara-anteprojeto-para-aperfeicoar-lei/>

Somente por um olhar contemporâneo, despedido de preconceitos, poderão ser trilhadas múltiplas portas de acesso à justiça, em especial uma nova porta na defesa dos direitos coletivos.

O acesso à justiça pela via formal processual deve ser a *ultima ratio*, seguindo o exemplo da prática bem sucedida incrementada pelo Judiciário do Rio Grande do Sul, como pioneiro e expoente nacional na implantação da Justiça Restaurativa em suas práticas jurisdicionais.

REFERÊNCIAS

BERNARDINA DE PINHO, Humberto Dalla. Acordos em litígios coletivos: limites e possibilidades do consenso em direitos transindividuais após o advento do CPC/2015 e da Lei de Mediação. **Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença**, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 191–216, 2018. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/230232418.pdf>. Acesso 06 set. 2020

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.307, de 1996. **Lei de Arbitragem**. Brasília, 2015.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.105, de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 2015
BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> Acesso em: 07 set. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 225**, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. Brasília, maio de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em: 07 set. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Guia de Conciliação e Mediação**. Orientações para implantação de CEJUSCs. Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125**, de 29 de novembro de

2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_publicac_resolucao_n_125.pdf. Acesso em: 07 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. **Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências.** *DOU* de 22.12.2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm>. Acesso em: 07 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. **Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase)**, regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986; 7.998, de 11 de janeiro de 1990; 5.537, de 21 de novembro de 1968; 8.315, de 23 de dezembro de 1991; 8.706, de 14 de setembro de 1993; os Decretos-Leis nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942; 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *DOU* de 19.01.2012, retificado em 20.01.2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em: 07 set. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**: Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos**. In: Hermes Zaneti Jr.; Trícia Navarro Xavier Cabral. (Org.). **COLEÇÃO GRANDES TEMAS DO NOVO CPC - V.9 - JUSTIÇA MULTIPORTAS** Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas**. In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes (coord.). **Coleção Repercussões no Novo CPC: processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOULART, Adriana et al. **Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da Justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à Justiça**. *Revista Responsabilidades (TJMG)*, [S.I.], v.2, p. 305-

324, 2012. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/579/7/Responsabilidades-v2-n2.pdf>. Acesso em: 16 set. 2020.

HANSEL, Cláudia Mar e QUADROS, Maria Suelena Pereira de. **Justiça restaurativa na prática: ações realizadas no município de Caxias do Sul** / org. Suzana Damiani. E-book – Caxias do Sul, RS: Educus, 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 3.ed. Salvador JusPodivm, 2020.

MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. **Como a justiça restaurativa assegura a boa prática – uma abordagem baseada em valores**. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

MARSHALL, Tony. **The evolution of restorative justice in Britain**. *European Journal on Criminal Policy Research*, Heidelberg: Springer, v. 4, n. 4, p. 21-46, 1996. Disponível em https://www.wodc.nl/binaries/ej9604-fulltext_tcm28-75304.pdf Acesso em 29-08-2020. Acesso em: 01 set. 2020.

MERÇON-VARGAS, Sarah. **Meios alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais**. [S.I. s.n.]. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06032013-091823/publico/Dissertacao_VF_Sarah_Mercon_Vargas.pdf Acesso em: 01 ago. 2020.

NETO, Nirson Medeiros da Silva; SANTOS, Alessandro De Oliveira dos. **Justiça restaurativa e conflitos sociais envolvendo comunidades tradicionais na Amazônia brasileira: um estudo de caso no município de Santarém, Pará**. *Revista Ciências Da Sociedade, [S. l.]*, v. 2, n. 3, p. 238, 2018. Disponível em: <http://ufopa.edu.br/portaldeperiodicos/index.php/revistacienciasdasociedade/article/view/629/385>. Acesso em: 15 set. 2020.

OLIVEIRA, Livia Freitas Guimarães. **Justiça Restaurativa e ampliação do acesso à justiça: uma análise a partir da teoria de John Rawls**/ Livia Freitas Guimarães Oliveira; orientador Jonathan Hernandes Marcantonio. – Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito) Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2017. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-06022019-082452/>

publico/LiviaFGOliveiraOriginal.pdf. Acesso em: 05 ago. 2020.

OTEIZA, Eduardo. **ADR METHODS AND THE DIVERSITY OF CULTURES: THE LATIN AMERICAN CASE** par. [S.I.], [s.d.]. Disponível em: https://www.academia.edu/22116840/ADR_Methods_and_the_Diversity_of_Cultures_The_Latin_American_Case. Acesso em: 15 ago. 2020.

OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. **Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática** A Construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil In: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD). p.187-210. Disponível em https://www.pucsp.br/ecopolitica/downloads/biblioteca_direito/JustCA_restaurativa_PNUD_2005.pdf Acesso em: 05 set. 2020.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. (Monografias, 52). Disponível em <https://arquivo.ibccrim.org.br/monografia/74-Monografia-no-52-Justica-restaurativa-da-teoria-a-pratica>.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A construção da Justiça Restaurativa no Brasil**. Revista Paradigma, n. 19, 2010. Disponível em <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/65>. Acesso em 01 set. 2020

PRANIS, Kay. **Círculos de justiça restaurativa e de construção da paz: guia do facilitador**. Porto Alegre. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2011.

RIBEIRO, Ludmila. **A Emenda Constitucional 45 e a questão do acesso à justiça**. Revista Direito GV, [S.I.], v. 4, n. 2, p.465-491, 2008: Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35160/33965> Acesso em: 10 set. 2020.

SADECK, Maria Tereza. (2004). **Judiciário: mudanças e reformas**. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n. 51, p.79-101, mai/ago 2004. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10001>

SHEARING, Clifford. FROESTAD, Jan. **Prática da Justiça – O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos**. In MINISTÉRIO DA JUSTIÇA.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Justiça Restaurativa*. Brasília, 2005. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/11227>. Acesso em: 10 set. 2020.

VAN NESS, Daniel W.; STRONG, Karen Heetderks. **Restoring Justice: an Introduction to Restorative Justice**. [S.I.: s.n.]. v. 53 E-book. Disponível em: https://dl.uswr.ac.ir/bitstream/Hannan/130143/1/Daniel_W._Van_Ness%2C_Karen_Heetderks_Strong_Restoring_Justice__An_Introduction_to_Restorative_Justice_%2C_Fourth_Edit-DQ_65R7S.pdf. Acesso em: 01 set. 2020.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**/ Howard Zehr; tradução de Tônia Van Acker. – São Paulo: Palas Athena, 2014.

A NECESSIDADE DO CONTROLE OPE IUDICIS DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS¹

GUSTAVO LEDUR²
VITÓRIA SOUZA PAGNUSSAT³

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende trazer à discussão a temática da representatividade adequada no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), analisando os aspectos gerais da técnica processual bem como os principais pontos atinentes ao sistema *ope iudicis* da análise da representação adequada. Cumpre frisar que tal exame é imprescindível, uma vez que a decisão proferida em sede do incidente, ainda que desfavorável, vincula todo um grupo de jurisdicionados que

- 1 Artigo desenvolvido para o V Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis (no eixo temático Tutelas à Efetivação de Direitos Transindividuais, na temática Garantias Processuais dos Bens Transindividuais), sob orientação do prof. Dr. Handel Martins Dias, no âmbito do Grupo de Pesquisa Garantias Processuais Cíveis dos Bens Transindividuais, vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP-RS).
- 2 Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Pesquisador do Grupo de Pesquisa Garantias Processuais Cíveis dos Bens Transindividuais, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias. E-mail: gustavoledur@hotmail.com.
- 3 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul; Graduada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Garantias Processuais Cíveis dos Bens Transindividuais, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias. E-mail: vitoriapagnussat@hotmail.com.

não participarão de forma direta no julgamento da controvérsia. Desta feita, o controle judicial da representatividade adequada constitui uma forma de garantir a eficácia de garantias processuais fundamentais, tais como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e, por fim, o processo justo. Nessa senda, entende-se que o estudo é fundamental para a proteção dos direitos fundamentais processuais.

A pesquisa foi desenvolvida em duas partes, quais sejam: a primeira, que trata especificamente sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas; e a segunda, que busca apresentar a análise judicial da representatividade adequada como imprescindível no processamento do IRDR.

Na primeira parte, foram analisados os aspectos gerais do incidente de resolução de demandas repetitivas, a saber: o contexto histórico em que surgiu o sistema de julgamento de casos repetitivos, a delimitação do objeto de estudo do presente trabalho, o objetivo do instituto e os principais pontos acerca do procedimento do IRDR, mormente o caráter representativo da controvérsia objeto do julgamento do incidente.

Na segunda, buscou-se abordar o controle *ope iudicis* da representatividade adequada no âmbito das ações de classe dos Estados Unidos, a fim de sugerir uma solução ao problema apresentado, sublinhando-se a importância da observância dos parâmetros sugeridos para a legitimação do incidente de resolução de demandas repetitivas, para fins de conclusão.

A pesquisa utiliza o método de abordagem lógico-dedutivo, abordado qualitativamente, com caráter exploratório, através de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio de doutrina nacional e internacional e análise da legislação pertinentes ao delineamento das questões debatidas.

Logicamente, não se pretendeu aprofundar em nenhum dos pontos referidos, tratando-se, pois, de uma exposição sucinta, que considera a amplitude e complexidade das situações que envolvem os aspectos abordados.

2. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Tradicionalmente, sabe-se que o processo civil brasileiro foi marcado por um significativo protagonismo da visão individualista, na qual a função do Poder Judiciário se cingia à prolação de uma decisão específica para as partes em litígio, de modo a verificar qual seria a melhor solução para aquela lide específica levada à apreciação do julgador (CUNHA, 2011).

A partir do século XX, houve uma enorme mudança de rumos no direito processual civil brasileiro, que, até meados de 1980, tinha qua-

se 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 processual clássico 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 tradicional, 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. Assim, passou-se a prever, no ordenamento jurídico nacional, ações coletivas, cujo objetivo é a tutela de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos (THEODORO JÚNIOR, 2015).

Contudo, o significativo avanço no contexto da tutela coletiva de direitos, mormente através do surgimento da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) não foi suficiente para acompanhar as mudanças que se seguiam na estrutura da sociedade. O Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869/73) passou a não ter mais a eficiência necessária para tutelar novas situações jurídicas que vinham surgindo, as quais se caracterizavam pela efetiva repetição de processos com objetos comuns, e cujas razões de ajuizamento eram semelhantes (CUNHA, 2011).

É inegável que o aumento populacional, o alargamento de acesso à informação e educação, a padronização de relações jurídicas e a distribuição em série de bens e serviços gerou um exponencial crescimento dos litígios. Neste contexto, as demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário passam a ser isomórficas, trazendo uma terceira categoria de causas (ao lado das individuais e das coletivas): os chamados casos repetitivos. Esta nova categoria surgiu justamente em razão da inadequação tanto do processo civil clássico, quanto das ações coletivas para a resolução da chamada litigiosidade repetitiva (MENDES; TEMER, 2015).

O julgamento de casos repetitivos tem como objetivo a definição da solução que deve ser entendida como a correta acerca de dada questão de direito, seja essa processual ou material, individual ou coletiva. O que de fato interessa para o julgamento desses casos, e que, portanto, deve ser ob-

servado, é exatamente a repetição da questão de direito em diversos processos pendentes, o que faz com que surja o grupo daqueles em cujo processo a discussão se repete (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2016).

De acordo com Hermes Zaneti Jr., a legislação processual civil traz duas espécies de casos repetitivos: as decisões proferidas no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas e as decisões emanadas dos recursos especiais e extraordinários repetitivos (ZANETI JÚNIOR, 2018). Dentre as duas espécies do gênero “casos repetitivos”, a presente investigação tem como objeto de estudo apenas o incidente de resolução de demandas repetitivas.

O incidente de resolução de demandas repetitivas foi instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, estando disciplinado entre os artigos 976 e 987. O instituto surgiu como um meio de resolução de demandas múltiplas que dependam da análise de uma mesma questão unicamente de direito. Tal incidente será suscitado quando houver “efetivo risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (MARINONI, 2016).

Dessa forma, a partir da constatação de uma efetiva repetição de demandas que possuam uma questão comum de direito, o Código de Processo Civil dispõe que, de ofício ou mediante requerimento (das partes, Ministério Público ou Defensoria Pública), poderá ser suscitado o incidente (MENDES, 2017). As questões repetitivas podem estar relacionadas tanto à direito material quanto processual, e estarem inseridas em processos homogêneos, que possuem exatamente a mesma lide sobre a questão de direito, bem como em processos heterogêneos, cujo objeto processual, apesar de não ser idêntico, possui questões semelhantes com efetiva repetição (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2016). O objetivo do incidente, portanto, está voltado ao exame de questões homogêneas de direito que estejam inseridas no âmbito dos processos pulverizados, sejam eles individuais ou coletivos (CAVALCANTI, 2016).

O incidente de resolução de demandas repetitivas será instaurado perante o tribunal do estado ou região que compreende a massificação de demandas sobre a mesma questão de direito. Nesses termos, o tribunal competente analisa a controvérsia concernente àquela questão a partir do julgamento de uma ou mais causas representativas, conhecida(s) como a(s) causa(s)-piloto. Dessa forma, objetiva-se firmar um único entendimento sobre a referida questão, para posteriormente aplicá-lo de maneira paritária a todas as demandas repetitivas, primando-se, assim, pelos princípios constitucionais da segurança jurídica e da isonomia. O intuito

do instituo é uniformizar o tratamento que deve ser dado à questão de direito que se repete em diferentes casos pendentes (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2016).

Frise-se que, uma vez instaurado o incidente de resolução de demandas repetitivas, os processos que possuírem aquela mesma questão de direito afetada para discussão serão suspensos no estado ou região correspondente ao tribunal competente para julgamento da controvérsia. Através do julgamento da questão, forma-se uma tese jurídica que deverá ser observada nos processos em curso naquela jurisdição específica, bem como a todos os futuros processos que serão ali propostos para discussão da mesma questão (OSNA, 2015). A definição da questão de direito vincula todos os membros do grupo que estejam com processos pendentes ou que venham a ser ajuizados e que tratem dessa mesma questão de direito.

Em resumo, a previsão do incidente na legislação processual civil encontra fundamento em três garantias constitucionais fundamentais: (i) isonomia, vez que busca conferir tratamento paritário a casos que versem sobre uma mesma questão de direito; (ii) segurança jurídica, visto que tem como fim concretizar um sistema pautado pela previsibilidade das decisões judiciais; e (iii) duração razoável do processo, considerada a busca por uma racionalização do sistema por meio da prolação de uma decisão dentro do tempo razoavelmente esperado (TEMER, 2018).

Nesse sentido, Luis Alberto Reichelt vislumbra o incidente como um instrumento que possui como propósito final a proteção dos objetivos previstos no artigo 926 do Código de Processo Civil, a qual estabelece a uniformização da jurisprudência como um dever dos tribunais brasileiros, de forma a mantê-la estável, íntegra e coerente (REICHELTL, 2015).

Desta feita, o incidente de resolução de demandas repetitivas busca uma maior racionalização do sistema jurídico brasileiro, considerando a realidade da praxe forense, em que os julgadores resolvem diariamente causas seriais. Objetiva-se, nesses termos, uma maior eficiência na gestão de demandas que possuem questões de direito repetitivas e a uniformização dos julgamentos (MENDES, 2017).

Conquanto os valores almejados na idealização do incidente sejam de importância fundamental em qualquer ordenamento jurídico, cada vez mais, na doutrina, surgem críticas relacionadas à ausência de qualquer preocupação com a vontade ou a capacidade técnica da parte atuante no processamento do incidente (tanto no polo ativo, quanto no polo passivo) para estar à frente dos excluídos da definição da questão de direito. Cabe lembrar que, no procedimento do incidente, haverá suspen-

são de todos os processos repetitivos e o tribunal julgará a questão de direito através da(s) causa(s)-piloto, estas, representativas da controvérsia.

É nesse contexto que se coloca a problemática da falta de previsão legal acerca da representação adequada dos ausentes no processamento do incidente.

No que se refere ao incidente de resolução de demandas repetitivas, qualquer indivíduo integrante de uma das demandas que se repetem pode se autoneamar o representante (MARINONI, 2020), uma vez que, se o requerimento de instauração do incidente partir de uma das partes em um dos processos, é a causa de titularidade do requerente que será tida como causa-piloto no processamento do incidente.

A problemática é de extrema relevância vez que, no âmbito do incidente de resolução de demandas repetitivas, não apenas a decisão favorável, mas também a decisão desfavorável vinculará todos aqueles envolvidos nos processos repetitivos. Uma vez que o não-participante da lide representativa da controvérsia pode vir a ser atingido por uma decisão desfavorável, o mínimo que se pode esperar é a realização de um controle da representatividade adequada por parte do representante em juízo. A não previsão deste controle configuraria uma flagrante violação à clausula do devido processo legal, bem como do princípio do contraditório. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015).

3. DA NECESSIDADE DA VERIFICAÇÃO OPE IUDICIS DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA NO PROCESSAMENTO DO INCIDENTE

Em função do reconhecimento da possibilidade de que, no incidente de resolução de demandas repetitivas, as partes da(s) causa(s)-piloto podem não representar, no caso concreto, adequadamente os interesses dos ausentes (CÂNDIA, 2011), defende-se, no âmbito do presente trabalho, a imprescindibilidade da adoção de uma análise judicial da adequação da representatividade *in casu*. Assim sendo, a afetação das partes ausentes só deve ser considerada legítima se houver idoneidade da atuação do representante (MARINONI, 2018).

Uma vez que os titulares do direito não estarão diretamente presentes em juízo, visto que será selecionada uma causa representativa da controvérsia, um dos mais importantes elementos que devem passar pelo

crivo do órgão jurisdicional no momento do julgamento do incidente é exatamente a adequada representação dos interesses das partes ausentes (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2017). Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2016, p. 42), “(...) nos processos em que direitos são reivindicados à distância da presença dos seus titulares a representação adequada é a fórmula que dá corpo ao devido processo legal.” No mesmo sentido, entende Sérgio Cruz Arenhart ser fundamental avaliar se o representante terá condições de representar adequadamente os interesses dos ausentes no processo, de forma que a solução por ele alcançada represente a maior vantagem possível para os indivíduos ausentes (ARENHART, 2013). Se o representante não tutela adequadamente os interesses dos membros ausentes, ele é um não-representante. Em tese, não se poderia sequer se conceber um conceito de representação inadequada, ou a representação é adequada, ou não houve representação (GIDI, 2007).

No incidente de resolução de demandas repetitivas, sequer se analisa se a parte representante possui condições financeiras de sustentar eventuais deslocamentos de seu advogado à sede do tribunal onde ocorre o processamento do feito, ou se o próprio advogado está habituado a participar de sustentações orais para a defesa da parte. Na verdade, pode-se dizer que a redação do incidente de resolução de demandas repetitivas no Código de Processo Civil de 2015 parte do pressuposto de que os interessados na decisão a ser proferida (e que possuem direito constitucional à discussão da questão) não necessitam ser representados adequadamente, de modo que, tal como está posto no código, a técnica processual ora referida nega aos interessados o direito a um dia perante a Corte, sendo pouco relevante a sua efetiva participação ou representação adequada (MARINONI, 2016).

Uma vez que a decisão tomada no incidente vincula todos os demais envolvidos nos processos repetitivos, independente de resultado favorável ou desfavorável ao grupo ausente, verifica-se que o instituto traz a possibilidade de concretização, no Brasil, dos mesmos efeitos da ação coletiva do direito norte-americano, porém, sem o correspondente controle judicial de representatividade adequada existente naquele modelo (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015).

É importante esclarecer que, diferentemente do que ocorre no Brasil, no sistema estadunidense existe a possibilidade de os membros da classe impugnarem a atuação do representante (e, inclusive, a capacidade técnica do advogado), bem como sair do grupo, caso não se sintam devidamente representados. E, mais do que isso, o ordenamento estadunidense atribui ao juiz o dever de controlar rigorosamente a adequação da representação dos ausentes no caso concreto (MARINONI, 2020).

Cada vez mais se fala, na doutrina brasileira, sobre a conveniência ou até necessidade de se adotar o controle *ope iudicis* da representatividade adequada (MENDES, 2012). É este o modelo adotado, não somente nos Estados Unidos da América, mas também na Austrália e no Canadá.

Considerando os aspectos suprarreferidos, para estabelecer as premissas que baseiam a necessidade da análise judicial da representatividade adequada no momento do processamento do incidente, a presente pesquisa se utiliza de respostas encontradas no estudo de direito comparado, mais especificamente, do direito norte-americano, quando da previsão do sistema *ope iudicis* da representatividade adequada no âmbito das *class actions*.

Nesse sistema, há ampla e aberta titularidade na propositura de processos que tutelam situações coletivas. Qualquer indivíduo que faça parte de um grupo e que possua questões de fato e de direito comuns à classe pode propor uma *class action*. Contudo, é preciso que o autor demonstre que é apto a defender os interesses da classe (que estará formalmente ausente no processo) de forma adequada e vigorosa, visto que o resultado final terá efeitos vinculantes para todos os indivíduos que fazem parte da coletividade (CÂNDIA, 2011).

Na análise casuística da adequada representação do representante são considerados diversos fatores, dentre estes: a qualificação profissional e a especialização na área; a experiência com ações coletivas; a qualidade dos escritos submetidos ao tribunal e a *performance* na causa; a conduta ética e os antecedentes, entre outros (MENDES, 2002).

O requisito da representatividade adequada é o mais importante a ser analisado nas ações de classe norte-americanas (GIDI, 2007). A adequada representação está diretamente ligada ao devido processo legal no âmbito das *class actions*. Nos EUA, assim se entende desde 1940, quando a *Supreme Court* decidiu, em *Hansberry v. Lee*, que os membros da classe poderiam posteriormente questionar a decisão da ação coletiva, alegando que não foram adequadamente representados (CÂNDIA, 2011). Dessa forma, a representação inadequada, além de questão prejudicial ao reconhecimento da ação como coletiva, pode impedir a vinculação dos membros ao resultado da demanda (TESHEINER; PORTO, 2016).

No julgamento desse caso, decidiu-se que é evidente que a representação adequada é imprescindível para justificar o alcance dos membros da classe. A partir da decisão proferida em *Hansberry v. Lee*, restou claro que: (i) os ausentes não podem ser prejudicados quando, sob o pressuposto de necessidade de tutela de direitos de titularidade de muitos, aquele que participa de forma direta não tem efetivas condições para

defender os interesses daqueles que ficaram alheios ao processo; e (ii) a representação adequada foi elevada ao patamar do *due process*, dessa forma, nenhuma regra infraconstitucional ou decisão judicial pode sustentar, de forma legítima, o prejuízo ao ausente que não foi adequadamente representado (MARINONI, 2018).

Desse modo, passou-se a entender que a cláusula do *due process*, contida na 14ª emenda, seria violada caso se admitisse que uma decisão pudesse prejudicar litigantes que foram, em ações representativas, inadequadamente representados. Através dessa decisão, a Suprema Corte elevou a representação adequada a um requisito constitucional indispensável (MARINONI, 2018).

Hansberry repercutiu na normativa federal, alterando a *Rule 23* da *Federal Rules of Civil Procedure*, de forma que esta passou a incluir, como um dos requisitos da *class action*, a representatividade adequada (MARINONI, 2018).

De acordo com Kazuo Watanabe, o sistema brasileiro não é avesso ao controle da representatividade adequada pelo juiz. Segundo o autor, considerada a ausência de norma impeditiva, pode-se atribuir ao juiz tal possibilidade (WATANABE, 2004). Para Antonio Gidi, destacado defensor do controle judicial da representação adequada, apesar de a lei não contar com previsão expressa nesse sentido, o juiz brasileiro não somente poderia, mas teria o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo (GIDI, 2007). Ainda, defende o autor 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).

Entende-se que a análise da representatividade adequada deve ser considerada imprescindível em todos os casos submetidos a julgamento via incidente de resolução de demandas repetitivas, independentemente de quais são as partes representando a coletividade. Não se pode defender que os membros do Ministério Público, por exemplo, pelo simples fato de participarem de instituição que deve zelar pelos interesses transindividuais, devem sempre ser considerados representantes adequados. Da mesma forma, também é objeto de preocupação as representações conduzidas pelas Defensorias Públicas. Nada obstante ser louvável o trabalho que desempenham, os defensores públicos atuam em muitíssimos processos, e, não raro, tamanha carga pode vir a dificultar a apresentação do nível de diligência exigido no contexto do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas. Qualquer parte pode não demonstrar, no caso

concreto, que está adequadamente representando os interesses do grupo ausente, e é em função disso que se entende necessária a possibilidade de o juiz avaliar, caso a caso, a presença ou não da representatividade adequada.

Por todo o exposto, não se pode concordar com a ideia de que, por mais evidente que seja a inaptidão ou a negligência do representante do grupo o juiz estará obrigado a aceitar passivamente a situação contrária aos legítimos interesses do grupo (CÂNDIA, 2011). Não se deve considerar razoável que a má atuação na condução do processo por parte do representante implique prejuízo à tutela dos interesses do grupo (ARENHART, 2017).

De acordo com Antonio Gidi, mesmo que leis ordinárias 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. O processo justo, garantido pela ordem constitucional, é aquele que se volta para as garantias constitucionais, dentro dos padrões do devido processo legal (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015).

O tema é em especial delicado no incidente de resolução de demandas repetitivas uma vez que o representante do grupo não foi eleito, selecionado, ou sequer aprovado pelos representados. Em função disso, defende-se a necessidade de se possibilitar a aferição, no caso concreto, da qualidade da representação, que certamente não pode ser qualquer uma, visto que é a presença do representante adequado que justifica a prolação de uma decisão que afetará terceiros que não foram partes no processo (COSTA, 2010).

4. CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, conclui-se que o sistema *ope iudicis* de aferição da representatividade adequada no procedimento do incidente de resolução de demandas repetitivas se mostra imprescindível para que se possa assegurar os interesses dos membros ausentes no processamento do incidente, garantindo a legitimidade constitucional do instituto.

É notório que o Código de Processo Civil, ao preceituar o procedimento do incidente, objetivou garantir um sistema pautado pela previsibilidade das decisões judiciais, a fim de garantir o tratamento paritário

entre os jurisdicionados que levam à apreciação do poder judiciário demandas com incidência de uma mesma questão unicamente de direito. Todavia, o instituto, tal como está posto na legislação processual civil, acaba negando aos jurisdicionados o direito à efetiva participação e exercício do contraditório e da ampla defesa no processamento do incidente, visto que a resolução da questão de direito será formada no julgamento de uma causa-piloto, sem a devida participação dos demais indivíduos que terão seus processos suspensos, e que serão afetados tanto por decisão favorável quanto desfavorável.

Assim, o estudo das ações de classe norte-americanas, nas quais a representatividade adequada é tida como um elemento garantidor do *due process*, sendo aferida de forma casuística por meio do controle do julgador no caso concreto, permite delinear soluções adequadas para garantir que o incidente de resolução de demandas repetitivas possa estar em consonância com os direitos processuais fundamentais, garantindo o processo justo.

REFERÊNCIAS

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

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos direitos individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Orgs.). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 475-492.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de *legis lata*. **Revista de Processo**. v. 202/2011. p. 419-453.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COSTA, Susana Henriques da. A representatividade adequada e o litisconsórcio – O Projeto de Lei n. 5.139/2009 in GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (coords.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no 18 projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 193/2011. p. 255-280.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos - espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. **Revista de Processo**, v. 256/2016. p. 209-218.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos in ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 9. Salvador: JusPodivm, 2017.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**. v. 108. p. 61-70.

CÂNDIA, Eduardo. A representação adequada no direito processual civil coletivo brasileiro e o controle judicial em cada caso concreto: uma abordagem de *legis lata*. **Revista de Processo**. v. 202/2011. p. 419-453.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada sobre questão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de demandas repetitivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de demandas repetitivas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O processo coletivo e o código de processo civil de 2015. **Revista dos Tribunais**. v. 958/2015. p. 331-362.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. **Revista de Processo**. v. 209/2012. p. 243-264.

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

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. **Revista de Processo**. v. 243/2015. p. 283-331.

OSNA, Gustavo. Coletivização total e coletivização parcial: aportes comparados e o processo civil brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, v. 1/2015. p. 115-137.

REICHELTE, Luis Alberto. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil brasileiro e o redimensionamento do papel constitucionalmente associado aos tribunais de justiça e aos tribunais regionais federais. **Revista de Processo**, v. 248/2015. p. 273-285.

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

TESHEINER, José Maria; PORTO, Guilherme Athayde. Ações de classe nos estados unidos da américa do norte: histórico, características, o *cafa* (class action fairness act of 2005) e a ação ajuizada contra a Petrobras na corte de New York. **Revista dos Tribunais**. v. 971/2016. p. 93–116.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. v. 10/2015. p. 1817–1843.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WATANABE, Kazuo. Disposições gerais in Grinover, Ada Pellegrini et al. (orgs.). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, v. 7/2018. p. 225-246.

O INSTITUTO DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA (IDC) NO BRASIL À LUZ DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gilmar Bianchi¹
Laura Dill²

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo aprofundar a discussão acerca da efetividade dos direitos humanos no âmbito nacional, tendo em vista a possibilidade constitucional de supressão do rito processual penal ordinário em prol do combate às violações das garantias fundamentais do homem.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, nasceu a possibilidade do Procurador-Geral da República suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, o Incidente de Deslocamento de Competência, objetivando a remessa de eventual caso de atentado aos direitos humanos do foro Estadual para o Federal, a fim de que seja garantida a defesa das obrigações internacionalmente exigíveis ao Estado Brasileiro.

É de se observar, no entanto, que, malgrado haja lacuna no texto constitucional acerca da extensão da aplicabilidade deste instituto, o Superior Tribunal de Justiça, ao se deparar com o primeiro caso concreto, teve de firmar entendimento *praeter legem*, seja para uniformizar as decisões futuras, seja para adequar o molde procedimental para os demais casos.

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e atual professor de Direito Constitucional na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Campus Erechim (endereço eletrônico: gilmar.bianchi@hotmail.com)

2 Graduada do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Câmpus Erechim (endereço eletrônico: laurinhadill@hotmail.com / telefone: (54) 99925-1716).

Nessa esteira, surge a necessidade de redação do presente trabalho, pela perseguição de aprofundamento sobre o tema e sua validade no âmbito jurídico, porquanto esta polêmica possibilidade constitucional sofre represálias tanto no campo doutrinário quanto pela própria Corte competente.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. BREVE APANHADO HISTÓRICO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

É sabido que o Estado Democrático de Direito, notadamente no contexto pós-guerra da segunda metade do século XX, trouxe à baila o debate acerca da necessidade de criação de mecanismos de defesa dos direitos humanos, de acordo com o ideal máximo pregado pela Declaração Universal de Direitos Humanos, promulgada ao final de 1948.

Destarte, em que pese o reconhecimento universal do caráter *jus cogens* da referida Declaração, imperiosa foi a ratificação dos Pactos Internacionais de 1966 (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), consoante lição de Mazzuoli (2018, p. 101),

Os dois tratados de 1966 compõe, hoje, o núcleo-base da estrutura normativa do sistema global de proteção dos direitos humanos, na medida em que *judicizaram*, sob a forma de instrumento internacional *hard law*, os direitos previstos na Declaração Universal.

Vale ressaltar, neste quadrante, que o Brasil foi signatário de ambos os Pactos, com entrada em vigor dos textos no ordenamento jurídico no ano de 1976 (MACHADO, 2017). Após, em 1992, foi ratificada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, de igual forma, buscou a erradicação das formas de supressão dos direitos inerentes à pessoa humana, trazendo a possibilidade de proteção complementar pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao encontro do ordenamento jurídico pátrio (MAZZUOLI, 2018).

Nessa esteira, emerge a necessidade do Poder Legislativo de afirmar a gama dos direitos fundamentais na esfera nacional. Assim, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45/2004, cujo teor alcançou alterações significativas no texto constitucional, mormente diante da possibilidade de equiparação dos tratados internacionais que versem

sobre Direitos Humanos a Emendas Constitucionais, superando o então caráter supralegal.

Sobre o tema, inobstante as posições doutrinárias divergentes, entende-se prudente adotar a teoria do duplo estatuto, que compreende a possibilidade de um tratado internacional adequar-se à Emenda Constitucional, se aprovado pelo rito previsto na EC 45/2004, ou manter-se sob o caráter supralegal, acaso ocorra aprovação pelo rito simples (RAMOS, 2018). Dualidade, esta, inclusive tema de pronunciamento pelo Supremo Tribunal Federal (2008).

Destarte, em que pese flagrante desejo dos guardiões da Constituição em assentar a magnificência dos Direitos Humanos, convém citar ensinamento de Norberto Bobbio, salientando a constante necessidade de garanti-los, a saber:

[...] o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (1992, p. 25).

Nessa linha, a previsão da Emenda Constitucional nº 45/2004 também foi alvo de crítica por Flávia Piovesan (2013, p. 61):

[...] na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.

Verifica-se, entretanto, que, embora existam debates doutrinários, foi com a referida Emenda que surgiu a possibilidade de federalização dos crimes contra Direitos Humanos tidos como graves, a fim de evitar eventual omissão estatal e, no mesmo viés, combater a impunidade (MACHADO, 2017, p. 105).

Nesse cenário, nasce a figura do Incidente de Deslocamento de Competência, fruto da polêmica EC nº 45/2004.

2.2. A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO IDC

Com a edição da EC 45/2004, foi incluído o §5º ao art. 109 da Constituição Federal, que reza:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

[...]

Assim, a EC 45/2004 não só consagrou a era da proteção aos Direitos Humanos, como também permitiu a ampliação da responsabilidade estatal perante eventual violação, acompanhando, por oportuno, o crescimento da União na esfera internacional.

É o que se denota da lição de Flávia Piovesan (2018, p. 432):

Por meio da federalização das violações de direitos humanos, cria-se um sistema de salutar concorrência institucional para o combate à impunidade. De um lado, a federalização encoraja a firme atuação do Estado, sob o risco do deslocamento de competências. Isto é, se as instituições locais se mostrarem falhas, ineficazes ou omissas para a proteção dos direitos humanos, será possível valer-se das instâncias federais. Por outro lado, a federalização aumenta a responsabilidade das instâncias federais para o efetivo combate à impunidade das graves violações aos direitos humanos. O impacto há de ser o fortalecimento das instituições locais e federais. Além disso, resultará ampliada a responsabilidade da União em matéria de direitos humanos no âmbito interno, em consonância com sua crescente responsabilidade internacional. É exclusivamente sobre a União que recai a responsabilidade internacional na hipótese de violação de tratado de proteção de direitos humanos.

Todavia, para Napoleão Casado Filho (2012, p. 93), este instituto representa uma mera “faculdade concedida ao Procurador-Geral da República de ajuizar um incidente de deslocamento de competência para

a Justiça Federal”, não havendo razão para que a ferramenta jurisdicional seja tratada, efetivamente, como uma federalização.

É o que se apanha da redação constitucional pátria, porquanto o parágrafo 5º do artigo 109 trouxe o verbo poderá, e não deverá, sendo, portanto, “necessário que a conduta da autoridade estadual revele comportamento reprovável que amesquinha as obrigações internacionais de direitos humanos assumidas pelo Brasil” (RAMOS, 2018, p. 534).

O foco para apreciação do IDC gravita, por conseguinte, com o princípio da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo, consoante ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 468),

Também no plano da eficácia dos direitos fundamentais assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo sugerindo-se que o limite seja, também aqui, reconduzido ao princípio fundamental do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana, fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser.

Assim, o julgador não pode deixar de ponderar que o IDC é mais um componente de concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e do princípio da prevalência dos direitos humanos que rege o Brasil nas suas relações internacionais, valores constitucionalizados no art. 1º, inciso III e no art. 4º, inciso II, ambos da Constituição Federal.

Nesse diapasão, houve episódios em que o Superior Tribunal de Justiça efetivamente teve que enfrentar a matéria, conforme se analisará nos tópicos seguintes.

2.3. COMPETÊNCIA E LEGITIMIDADE

O teor do novel texto constitucional expressamente apontou para o Superior Tribunal de Justiça como órgão competente para analisar e julgar Incidentes de Deslocamento de Competência. Não fosse isso, a Corte não teria publicado a Resolução nº 06, de 16 de fevereiro de 2005, para firmar, internamente, a competência da Terceira Seção para julgamento do instituto (art. 1º, §1º, Resolução nº 06/05).

Isso porque, consoante Uadi Lammêgo Bulos (2018, p. 1374), o Superior Tribunal de Justiça é, por excelência, o guardião da ordem jurídica federal.

Não só é assim, que o próprio texto constitucional previu o Superior Tribunal de Justiça como órgão competente, e não o Supremo

Tribunal Federal. É que este último, como sabido, foi criado para “fiscalizar, em abstrato, a constitucionalidade das leis e dos atos normativos” (BULOS, 2018, p. 1329). E, na hipótese, não se está diante de eventual inconstitucionalidade de norma, mas, ao contrário, ofensa à legislação federal que decorre da Constituição resguardada pela Corte.

Quanto à legitimidade, a EC 45/2004 igualmente indica a Procuradoria-Geral da República como polo ativo do Incidente.

Nesse ponto, veja-se que a proposta de Emenda Constitucional nº 80/2011 visava à ampliação do rol de legitimados para suscitar Incidente de Deslocamento de Competência, à justificativa de que a EC 45/2004 “teria sido tímida ao restringir a legitimação para suscitar o incidente ao Procurador-Geral da República, especialmente pela alta relevância e proteção conferidas pelo texto constitucional aos direitos humanos” (BRASIL, 2004).

A proposta foi arquivada pelo Plenário do Senado Federal e foi alvo, inclusive, de nota técnica da Associação Nacional dos Procuradores da República, que impugnou os fundamentos alegados pelo Senador Walter Pinheiro.

Isso porque é o Ministério Público a instituição atuante em defesa do regime democrático e garante da primazia e ordem constitucional, seja por meio de atuação direta, como defensor dos direitos fundamentais individuais, seja indireta, como defensor do Estado Democrático de Direito como um todo (VASCONCELLOS, 2017, p. 658).

Tanto é assim que o Incidente de Deslocamento de Competência nº 04/PE foi julgado extinto por ilegitimidade ativa, de forma monocrática, pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, já que suscitado por advogado atuando em causa própria (RAMOS, 2018, p. 535).

2.4. CASOS CONCRETOS ANALISADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para melhor compreensão do tema, importante analisar os casos concretos levados ao conhecimento da Corte Superior.

2.4.1. O CASO DOROTHY STANG

No ano de 2005, no Estado do Pará, ocorreu o assassinato da freira Dorothy Stang, norte-americana missionária em prol dos direitos dos trabalhadores nas comunidades amazônicas da região do Xingu (OLIVEIRA, 2016, p. 350).

Nota-se, de plano, que, dada a repercussão social do caso, não houve hesitação por parte do Procurador-Geral da República em susci-

tar a novidade legislativa, já que passados poucos meses da aprovação da EC nº 45/2004.

Assim, em 04 de março de 2005, foi suscitado, perante o Superior Tribunal de Justiça, o primeiro Incidente de Deslocamento de Competência – IDC 01 –, inaugurando a novidade constitucional à luz da repercussão internacional do caso. Na ocasião, o incidente, processado na Corte Superior sob o nº 2005/0029378-4, trouxe à baila importantes questionamentos frente à aplicabilidade do IDC.

Inicialmente, o Ministro Relator, min. Arnaldo Esteves Lima, ao prolatar o voto, arguiu:

É imprescindível, todavia, verificar o real significado da expressão “grave violação de direitos humanos”, tendo em vista que todo homicídio doloso, independentemente da condição pessoal da vítima e/ou da repercussão do fato no cenário nacional ou internacional, representa grave violação ao maior e mais importante de todos os direitos do ser humano, que é o direito à vida. Esta é uma das dificuldades (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005, p. 9).

Veja-se que, efetivamente, o parágrafo 5º do artigo 109 da Constituição Federal não se fez claro, porquanto abre margem à discussão acerca da extensão da sua interpretação.

Nessa linha, importante mencionar os artigos 4º, nº 01 e 1º, nº 02, da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Estado Brasileiro em 1992, que rezam, respectivamente, que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”, e “Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano” (BRASIL, 1992).

Pontua-se, portanto, que ao Estado Brasileiro é incumbida a responsabilidade de garantir o direito à vida tanto dos seus nacionais quanto estrangeiros.

Não se faz verossímil, todavia, que, pela leitura estrita da Convenção Americana, todos os crimes dolosos contra a vida sejam passíveis de deslocamento de competência. Fosse assim, a própria previsão constitucional de julgamento de crimes dolosos contra a vida por Tribunal do Júri, garantia e princípio fundamental de qualquer cidadão, sofreria sério abalo.

Melhor dizendo, é de se reportar novamente ao acórdão do IDC 01, tendo por base o voto preferido pelo ministro Gilson Dipp:

Agora, parece-me, Sr. Presidente, que no caso deste Incidente de Deslocamento de Competência não basta o pressuposto da grave violação de direitos humanos, decorrente do cumprimento ou descumprimento de obrigações assumidas pelo Brasil. É preciso saber se o Estado federado usou das suas estruturas para dar uma adequada resposta à violação desses direitos. Não basta a ofensa aos direitos humanos, é preciso que essa violação não tenha sido investigada, apurada, não tenha sido objeto da persecução penal e de processamento e julgamento (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005, p. 36).

Com efeito, a Corte apurou que o Estado do Pará agiu dentro das suas atribuições para efetivar a apuração e julgamento do caso, pela atuação dos seus órgãos públicos de modo eficaz, restando, inclusive, à época do julgamento, quase que finda a fase instrutória do processo criminal.

Foi nesse sentido que, por unanimidade, o Superior Tribunal de Justiça entendeu descabido o IDC 01, cuja decisão deu-se pelo indeferimento do pedido.

A importância do precedente emergiu da construção, agora, jurisprudencial, dos requisitos ensejadores de Deslocamento de Competência. Assim, além da grave violação aos direitos humanos e possibilidade de responsabilização do Estado Brasileiro perante as Cortes Internacionais, extraídos da exegese da previsão constitucional, deverá ser considerada a hipótese em que a unidade federada, “na fase da investigação, julgamento ou execução da condenação, demonstrar desídia, negligência, em sua atuação, evidenciando que naquele caso suas autoridades são incapazes de promover a responsabilização ou reparação da violação” (BREGA FILHO, 2007, p. 71).

2.4.2. O CASO MANOEL BEZERRA DE MATTOS NETO

Em 24 de janeiro de 2009, Manoel Bezerra de Mattos Neto, vereador pernambucano, foi assassinado por agente relacionado a grupos de extermínio que comandavam a região fronteira entre os Estados de Pernambuco e Paraíba.

O caso ganhou força internacional muito antes da consumação do homicídio, já que a Corte Interamericana de Direitos Humanos sinalizou no sentido de obrigar o Estado Brasileiro a adotar medidas a fim de assegurar a integridade física do então vereador.

É o que se denota do relatório constante ao acervo virtual da Corte (CIDH, 2002):

El 23 de septiembre de 2002 la CIDH otorgó medidas cautelares en favor de Manoel Bezerra, Rosmary Souto, y Luiz Da Silva. Según surge de la solicitud presentada a la Comisión, en la frontera entre los Estados de Paraíba y Pernambuco existe un grupo de exterminio, que contaría con aquiescencia de la policía y de autoridades del Estado, y financiamiento de comerciantes locales, que habría matado más de 100 personas (niños de la calle, presuntos delincuentes y homosexuales) en los últimos siete años. Se alegó que el Concejal Manuel Matos y la Promotora de Justicia Rosmary Souto han recibido amenazas de muerte por haber denunciado e investigado las muertes. Se indicó asimismo que Luiz Da Silva integró el grupo de exterminio, y que posteriormente se retiró y efectuó declaraciones públicas sobre las actividades del grupo, a raíz de lo cual fue víctima de un atentado en el que recibió cinco impactos de arma de fuego. Las medidas cautelares solicitadas por la CIDH estuvieron dirigidas a la protección de la vida e integridad personal de las personas amenazadas, y a la investigación de las amenazas. El Estado no proporcionó información sobre el cumplimiento de las medidas. El 30 de octubre de 2002 los peticionarios informaron a la Comisión que algunas de las medidas estaban siendo cumplidas.

Isso porque Manoel Bezerra, advogado e vereador, atuante na área da proteção aos direitos humanos e no combate à corrupção, participou das investigações contra os grupos de extermínio que dominavam a região fronteira e que contavam, inclusive, com apoio direto de particulares e figuras públicas dos Estados da Paraíba e de Pernambuco.

Por diversas vezes, Manoel Bezerra sofreu ameaças e tentativas de homicídio, além de descaso no atendimento de sua situação por parte da Polícia Judiciária Estadual, a qual, por ação ou omissão, não deu a devida atenção à situação de vulnerabilidade do vereador. Suspeita-se, inclusive, de comprometimento das autoridades com grupos de extermínio locais.

Registra-se que o próprio teor do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça trouxe à baila as questões envolvendo intimidação de testemunhas e insegurança nos depoimentos colhidos para a persecução dos fatos pelo rito ordinário.

É o que concluiu a ministra relatora do então Incidente de Deslocamento de Competência nº 02/DF, Laurita Vaz:

Diante de todos os depoimentos tomados ao longo de anos de investigação, percebe-se que ou não se consegue levantar provas suficientes para uma adequada instrução dos processos, já que as

testemunhas se recusam a apontar os executores, por medo de represálias, ou, quando se consegue reunir um acervo probatório mínimo, os jurados não se sentem seguros em se pronunciar contra os criminosos, por todos conhecidos e também temidos. É a lei do silêncio que impera em favor da impunidade (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010, p. 42).

Aliado a isso, com a repercussão internacional que o caso gerou, a egrégia Corte entendeu pela satisfação dos três requisitos ensejadores do Incidente: possibilidade de inobservância de obrigação internacional firmada pelo Brasil, ocorrência de grave violação aos direitos humanos e ineficácia da Polícia Judiciária do ente federado na investigação e resolução do caso.

E foi nesse cenário de impunidade que foi dado provimento, vencidos os votos dos ministros Celso Limongi e Honildo Amaral de Mello Castro, ao Incidente de Deslocamento de Competência nº 02, em razão das circunstâncias temerárias vivenciadas pela população naquela época e da impossibilidade de julgamento paritário do caso.

Assim, houve o desaforamento do processo à Justiça Federal de Recife/PE, com sessão de júri apenas no ano de 2015, seis anos após a ocorrência do homicídio, em que houve a condenação de dois réus pelo assassinato de Manoel Bezerra de Mattos Neto (JUSTIÇA FEDERAL, 2015).

2.5. OUTROS CASOS APRECIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM MATÉRIA DE INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA

Importa mencionar que o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2014, novamente deparou-se com a problemática aventada por meio dos casos de Stang e Mattos Neto, quando foi suscitado o Incidente de Deslocamento de Competência nº 03.

Diversamente dos anteriores, o IDC nº 03 atuou com amplitude, porquanto objetivava o deslocamento de competência à Justiça Federal para nove circunstâncias distintas, todas relacionadas a casos de atuação de grupos de extermínio e violência policial em Goiás (RAMOS, 2018, p. 535).

O Superior Tribunal de Justiça decidiu, naqueles autos, pelo parcial provimento, pois a Seção entendeu que, em seis dos nove casos elencados, houve atuação regular por parte da polícia judiciária de Goiás.

Na hipótese, correta a decisão da Corte, tendo em vista que não houve preenchimento dos três requisitos cumulativos para análise do Incidente, já que faltante a constada “incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas” (MAZZUOLI, 2018, p. 249).

Após, foi suscitado o Incidente de Deslocamento de Competência nº 05/PE – considerando que o nº 04/PE foi negado, ainda quando em análise do Relator, conforme explanado alhures –, relativamente ao assassinato do promotor de justiça Thiago Faria Soares, ocorrido em 14 de outubro de 2013 por grupos de extermínio.

O caso ganhou repercussão, à época, pois foram apontadas falhas na polícia judiciária pernambucana, tais quais as ocorridas no caso Manoel Bezerra de Mattos Neto, ou seja, suspeitas de promiscuidade entre o Estado Oficial e o Estado Paralelo.

Não bastasse, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, nesse caso, incluiu um sub-requisito ao flagrante exercício ineficaz da Justiça Estadual: conforme o ministro Rogério Schietti Cruz, o Estado deve se valer de “todos os meios à sua disposição para realizar uma investigação, dentro de um prazo razoável, que sirva de base para o processamento, o esclarecimento dos fatos, o julgamento e a sanção dos autores de toda violação de direitos protegidos pela Convenção Americana” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014, p. 28).

Assim, constatada a excepcional morosidade de apuração do homicídio em tela, A Terceira Seção entendeu pelo provimento do IDC nº 05.

A partir da análise dos precedentes mencionados, é possível perceber que a necessidade de observância dos requisitos cumulativos já está consolidada na jurisprudência da Corte Superior.

Nesse sentido, o IDC nº 10, relativo à chamada “Chacina do Cabula”, ocorrida em Salvador/BA no ano de 2015, foi julgado improcedente em virtude da ausência do requisito da ineficácia da Polícia Judiciária do Estado da Bahia (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018).

Ademais, o IDC nº 14, emblemático por ser o primeiro de origem militar, também foi indeferido pela ausência de comprovação da leniência do Estado do Espírito Santo em apurar os crimes militares próprios supostamente praticados por oficiais de alta patente da Justiça Militar daquele ente.

Por fim, de rigor comentar que, atualmente, tramitam no Superior Tribunal de Justiça os incidentes nº 15 e 22. O primeiro pretende a federalização em virtude da suposta atuação de grupos de extermínio no Estado do Ceará, em que participariam agentes e autoridades públicas estaduais. Já o segundo refere-se ao suposto envolvimento também de figuras públicas nos conflitos agrários ocorridos em Rondônia, que acarretaram diversos homicídios e práticas reiteradas de tortura (2020).

Pelo exposto, percebe-se que o novel instituto do deslocamento de competência está ganhando fôlego e espaço na jurisprudência pátria,

seja pela necessidade de tomada de providências em prol dos direitos humanos, seja porque representa uma forte estratégia no combate à impunidade criminal.

2.6. CRÍTICAS AO IDC

As críticas ao IDC residem no questionamento da possibilidade dele agredir os princípios do juiz natural, da vedação aos tribunais de exceção, incluindo a ineficiência da atuação das polícias judiciárias dos Estados. Adianta-se que serão analisados posicionamentos em defesa desse instituto.

2.6.1. O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E A VEDAÇÃO AOS TRIBUNAIS DE EXCEÇÃO

A Constituição Federal, nos incisos XXXVII e LIII do artigo 5º, veda a existência de juízo ou tribunal de exceção e consagra a competência do juiz natural.

Isso porque, em consonância com o princípio processual do juiz natural, é vedado criar tribunal específico para uma determinada situação, de forma a garantir a imparcialidade do julgamento (BUENO, 2018, p. 55).

Assim, pode-se traçar um paralelo, a partir dos preceitos constitucionais entre a impossibilidade de que um caso seja julgado por tribunal previamente estabelecido, e a possibilidade de deslocamento de determinados casos ao Superior Tribunal de Justiça, especificamente, à Terceira Seção.

Nesse sentido, Vladimir Brega Filho (2007, p. 72), busca solucionar a controvérsia, já que entende que o IDC não ocorre tal como no tribunal de exceção, porque não está diante de um julgador nomeado em decorrência do caso, mas sim, por consequência do deslinde do feito:

Existirão dois juízes naturais. Um que desde início conhecerá do feito (estadual) e um juiz em potencial (federal), que poderá ser acionado no caso da inépcia da justiça estadual. Desde a ocorrência do fato, já se saberá qual é o juiz inicial e o juiz potencial, não havendo que se falar em juiz de exceção.

Nessa esteira, Luís Flávio Gomes (2005) entende que o instituto do IDC é medida subsidiária, posto que não atua como *prima ratio*, mormente porque é necessário que haja um descumprimento anterior pela Justiça Estadual, e somente se dela decorra a incapacidade pressuposta do IDC.

Indo além, assim como não se pode concluir que o instituto do IDC fere os princípios da vedação ao tribunal de exceção e do juiz natural, não há que se falar em ofensa pela figura do desaforamento do Direito Processual Penal (art. 427 CPP).

Sobre o tema, leciona Nucci (2018, p. 1039):

Não há ofensa ao princípio do juiz natural, porque é medida excepcional, prevista em lei, e válida, portanto, para todos os réus. Aliás, sendo o referido princípio uma garantia à existência do juiz imparcial, o desaforamento se presta justamente a sustentar essa imparcialidade, bem como a garantir outros importantes direitos constitucionais (integridade física do réu e celeridade no julgamento).

Embora seja o IDC e o desaforamento institutos que guardam certa semelhança entre si, possuem naturezas jurídicas diversas, já que o IDC busca resguardar as obrigações do Estado brasileiro no plano internacional, enquanto que o desaforamento, em última análise, busca resguardar esses interesses no plano federal.

Não obstante, ambos possuem a característica de remessa de caso à competência diversa da inicialmente firmada, o que não obsta os preceitos de competência do Poder Judiciário, constitucionalmente previstos.

Ao contrário, buscam, justamente, obedecê-los, e para tanto, dinamizam os contornos judiciários a fim de manter, sempre no caráter da excepcionalidade, o bom julgamento das causas.

É, finalmente, nada mais do que a instrumentalidade das formas, tão defendida pelos processualistas civis, agora com extensão ao plano Penal e Constitucional. Rodolfo de Camargo Mancuso (2018, p. 22) assim entende:

Com efeito, o sobreprincípio da instrumentalidade das formas perpassa todo o ambiente processual e ilumina tanto a compreensão de suas disposições quanto a sua aplicação in concreto, levando a que, sem embargo do enquadramento do Direito Processual na seara do Direito Público, ainda assim os dispositivos processuais não podem ser vistos como um fim em si mesmos, mas antes devem ser interpretados e aplicados à luz da finalidade a que se preordenam, autorizando que se considere atendida a exigência formal quando, a despeito de não se ter observado estritamente o modelo preestabelecido, todavia se logrou atingir o desiderato pretendido na mens legis.

Como se vê, o argumento do subprincípio da instrumentalidade das formas é invocado para mitigar o princípio do juiz natural, pois com ele se defende que o ato processual que visa a atingir determinada finalidade, mesmo arranhando o referido princípio, senão causar prejuízo às partes, não pode ser motivo de declaração de nulidade.

2.6.2. O RECONHECIMENTO DA INEFICÁCIA DAS POLÍCIAS JUDICIÁRIAS ESTADUAIS

O ministro Paulo Galotti, na ocasião do seu voto no IDC nº 01/PA, assim concluiu:

Estamos enfrentando, a meu ver, uma exploração sensacionalista deste julgamento, como se a afirmação do Superior Tribunal de Justiça, no reconhecimento da competência de uma ou de outra Justiça, Estadual ou Federal, pudesse ter relação com o mérito da causa principal. Passou-se a impressão para a sociedade que só a Justiça Federal tem condições de apreciar, com absoluta isenção, essa causa, vale dizer, que só a Justiça Federal pode dar uma resposta ao dito reclamo social de punição. Não se trata de punir, mas de julgar (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005, p.37).

Isso significa dizer que, em se entendendo como requisito essencial à interposição de Incidente de Deslocamento de Competência a flagrante ineficácia da Justiça Estadual, é possível concluir que somente a Justiça Federal, ao fim e ao cabo, é veículo competente para devido manejo das ferramentas investigatórias e coercitivas do Estado.

Na espécie, contudo, o ministro relator do IDC nº 03/GO, Jorge Mussi (2014, p. 21), rebate:

[...] não se pode confundir incapacidade ou ineficácia das instâncias e autoridades locais com ineficiência. Enquanto a incapacidade ou ineficácia derivam de completa ignorância no exercício das atividades estatais tendentes à responsabilização dos autores dos delitos apontados, a ineficiência constitui a ausência de obtenção de resultados úteis e capazes de gerar consequências jurídicas, não obstante o conjunto de providências adotadas. Ainda que seja evidente que a ineficiência dos órgãos encarregados de investigação, persecução e julgamento de crimes contra os direitos humanos, é situação grave e deve desencadear no seio dos Conselhos Nacionais e dos órgãos correicionais a tomada de providências, necessidade de deslocamento da competência. Ao contrário, é a

ineficácia do Estado, revelada pela total ausência de capacidade de mover-se e, assim, de cumprir papel estruturante de sua própria existência organizacional, o fator desencadeante da federalização (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014, p. 21).

Percebe-se, por conseguinte, uma discussão jurisprudencial acerca do polêmico requisito para interposição de Incidente de Deslocamento de Competência. Não bastasse, a controvérsia, atualmente, bateu à porta do Supremo Tribunal Federal, por meio das ADIs nº 3.486 e 3.493, conforme lição de Ferreira (2009, p. 256):

As ADINs são o reflexo da ampla insatisfação que a norma provocou nas classes de magistrados e membros dos Ministérios Públicos estaduais. De uma forma geral, afirma-se que a proposta é uma afronta às instituições estaduais, que estariam sendo consideradas incapazes ou não isentas para proceder à repressão dos crimes contra os direitos humanos, gerando-se uma discriminação odiosa entre entes federais e estaduais. A norma possibilitaria a interferência nos Ministérios Públicos estaduais, criando-se uma chefia do Procurador-Geral da República sobre os Procuradores-Gerais de Justiça, e conduziria a uma demasiada centralização das decisões nos entes federais. Além disso, o instituto seria plenamente desnecessário diante dos instrumentos já disponíveis, o desaforamento do júri, a ação interventiva federal e a “federalização” das investigações policiais.

Sobre as Ações Diretas de Inconstitucionalidade invocadas, leciona André de Carvalho Ramos (2018, p. 535), que, contrariamente ao argumento utilizado pela classe de magistrados suscitante, o instituto do IDC não amesquinha o pacto federativo, pois, justamente, pretende apenas tornar coerente o seu desempenho.

E mais, Rogério Sanches Cunha (2005) sinaliza:

[...] o sofisma é acreditar que o excelente trabalho da Polícia Federal no País tem relação com o Ministério Público Federal e a distribuição de competência entre Justiça Federal e Estadual, eis que os casos de corrupção no País, como também se noticia, são localizáveis em todas as instituições, pois isso independe desta, mas sim do homem que esconde atrás da mesma [...]

Não se pode olvidar que dentre as funções institucionais o Ministério Público exerce o controle externo da atividade policial, nos termos do art. 129, VII, da Constituição Federal, o que permite dizer que a fase inquisitorial é fiscalizada, presumindo-se que a ineficiência não decorre de desídia, mas sim pela repercussão do caso envolvendo, por exemplo, ameaça de testemunhas.

Nesse rumo, o mencionado doutrinador também adverte que a previsão constitucional não se trata de declarada ineficiência da polícia judiciária Estadual, tampouco que a Justiça Federal mostra-se único ente efetivamente competente.

Com isso, pode-se dizer que o Incidente de Deslocamento de Competência foi instituído objetivando o máximo resguardo dos direitos humanos, para evitar ou mitigar a responsabilidade internacional que eles podem originar.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que a ascensão contemporânea dos direitos humanos decorreu de alterações constitucionais significativas no âmbito nacional. Mas não se pode olvidar a dificuldade enfrentada tanto pelos operadores do Direito quanto pela sociedade em geral em efetivar, fundamentalmente, as garantias constitucionais advindas do espectro humanístico da Constituição Federal de 1988.

Não se ignora, contudo, que a redação da EC nº 45/2004 em muito contribuiu para desmistificar o cenário de ineficiência estatal perante lesão à gama dos direitos fundamentais, mormente pela inclusão do Incidente de Deslocamento de Competência.

Nessa esteira, considerando a contemporaneidade do instituto estudado e a utilização do mecanismo na busca pela proteção dos direitos humanos, como forma de intensificar o combate a práticas de graves violações, é possível concluir que, malgrado as discussões doutrinárias sobre o tema, a possibilidade constitucional de deslocamento mostra-se inovadora e se coaduna com os princípios do juiz natural e da proibição do tribunal de exceção.

Na mesma linha, não se trata de reconhecer a análise da ineficácia da polícia judiciária estadual, mas sim de fortalecer o pacto federativo, ampliando a competência de órgãos judiciários da União, quando envolver o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais

de direitos humanos. Tudo isso, vale lembrar, em sintonia com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o princípio da prevalência dos direitos humanos que rege a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Presidência da República: Brasília, 1992.

_____. **Emenda constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 28 jul. 2019.

BREGA FILHO, Vladimir. **Federalização das violações de direitos Humanos**. Brasília, 44 n. 175, p. 67-79, jul./set. 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CIDH. **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Disponível em: <<http://www.cidh.org/medidas/2002.sp.htm>>. Acessado em: 19 ago. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches; Pádua, Thales Tácito Pontes Luz de. **A reforma do judiciário e a caixa de pandora** – parte I. Disponível em <<http://online.sintese.com>>. Acessado em: 01 set. 2019.

FERREIRA, Ana Fabíola de Azevedo. Federalização dos crimes graves contra os direitos humanos Estudo sobre a ponderação de princípios no controle abstrato de constitucionalidade. **Revista Legislativa**, Ano 46, n. 184, out/dez 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Federalização dos Crimes Graves: o que é isso? **LFG**. 28/02/2005. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050228122433147&mode=print>. Acesso em: 23 jul. 2019.

JUSTIÇA FEDERAL. **Portal da Justiça Federal da 5ª Região**. Linha do Tempo – 2015. Disponível em: < <https://www.jfpe.jus.br/index.php/component/content/article/380/1021-linha-do-tempo-2015.html>> Acessado em 23 jul. 2019.

MACHADO, Diego Pereira. **Direitos Humanos**. 5. Ed. São Paulo; JusPodivm, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Carvalho. **Teoria Geral do Processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5. Ed. São Paulo; Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Incidente de Deslocamento de Competência nº 01/PA (2005/0029378-4)**. Relator Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em 10/10/2005.

_____. **Incidente de deslocamento de competência nº 2 - DF (2009/0121262-6)**. Relatora Min. Laurita Vaz. Julgado em 22/11/2010.

_____. **Incidente de Deslocamento de Competência nº 05/PE (2014/0101401-7)**. Relator Min. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 13/08/2014.

_____. **Incidente de Deslocamento de Competência nº 10/DF**. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 28/11/2018.

_____. **Incidente de Deslocamento de Competência nº 3 GO 2013/0138069-0**. Relatora Min. Laurita Vaz. Julgado em 29/05/2015.

_____. **Incidente de Deslocamento de Competência nº 14 DF 2017/0180367-0**. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86144326&num_registro=201701803670&data=20180822&tipo=91&formato=PDF

_____. **Resolução nº 6, de 16 de fevereiro de 2005**. Dispõe sobre a competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/66/Res_6_2005.pdf>. Acessado em: 01 set. 2019.

FEDERALIZAÇÃO exige prova de incapacidade das autoridades locais e risco de impunidade. In **Revista Consultor Jurídico**, [S.l.: s.n] 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-15/federalizacao-exige-prova-incapacidade-autoridades-locais#:~:text=H%C3%A1%20anos%2C%20era%20atuado,de%20garantir%20o%20cumprimento%20das>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 349703 / RS**, julgado em 03/12/2008, relatoria Min. Gilmar Mendes AI 601832 AgR / SP, julgado em 17/03/2009, relatoria Min. Joaquim Barbosa.

VASCONCELLOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. <http://anpr.org.br/assets/uploads/files/Juridico/Notas_Tecnicas/Nota_Tecnica_PRESI-ANPR-ACA_n017-2015_PEC_80_2011.pdf> Acessado em 01 set. 2019.

A EXTENSÃO DA EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO¹

EDUARDO GONÇALVES SPITALIERE²

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca averiguar a extensão da eficácia preclusiva da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo a questão da exclusão de possibilidade de proposição de nova causa com o mesmo pedido de tutela e entre as mesmas partes, ainda que com causa de pedir diversa. A relevância da pesquisa reside precipuamente na dificuldade doutrinária de encontrar solução para a questão que se harmonize com a segurança jurídica e com o Estado de Direito, considerando o alto grau de subjetivismo e de restrição à eficácia preclusiva da coisa julgada das soluções encampadas pela doutrina. O problema de pesquisa é a extensão da eficácia preclusiva da coisa julgada prevista no art. 508 do Código de Processo Civil: se esta exclui de nova apreciação judicial somente as alegações e defesas concernentes à mesma causa de pedir já utilizada para fundamentar pedido de tutela, ou se exclui a propositura de ação com mesmo pedido e entre as mesmas partes, independentemente da causa de pedir em que sustentado o pedido.

1 Pesquisa desenvolvida no âmbito do Projeto de Pesquisa Garantias Processuais Cíveis dos Bens Transindividuais, coordenado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias e vinculado no CNPq ao Grupo de Pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público.

2 Bacharelado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Integrante do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Garantias Processuais Cíveis dos Bens Transindividuais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Endereço eletrônico: eduardospitaliere@live.com.

A pesquisa será desenvolvida mediante método hipotético-dedutivo, partindo-se da análise do art. 508 do Código de Processo Civil, bem como das interpretações a ele conferidos pela doutrina pátria majoritária, e se buscará averiguar a validade da hipótese aventada, no sentido de que, à luz da Constituição e dos princípios da segurança jurídica e do Estado de Direito, bem como das regras hermenêuticas consagradas, a eficácia preclusiva da coisa julgada exclui a possibilidade de propositura de nova demanda com as mesmas partes e perseguindo a mesma tutela, nada obstante a causa de pedir seja diversa, garantindo um maior grau de segurança nas relações jurídicas e impondo o dever de atuação das partes em consonância com a boa-fé processual.

No segundo capítulo se tratará da origem, do conceito e do fundamento à existência da coisa julgada. Em seguida, o terceiro capítulo abordará os limites objetivos da coisa julgada, tratando da questão dos fundamentos, da verdade dos fatos, das questões prejudiciais e do dispositivo da decisão. No quarto capítulo se buscará elaborar as definições de eficácia positiva e negativa da coisa julgada, bem como suas extensões. Após, no quinto capítulo, se tratará do conceito de preclusão no processo civil brasileiro, bem como de suas espécies. Por fim, no sexto capítulo, se buscará delimitar a extensão da eficácia preclusiva e verificar se esta abarca tão somente os argumentos relacionados com a mesma causa de pedir ou se abarca todas as possíveis causas de pedir que poderiam ter sido suscitadas.

2. ORIGEM, FUNDAMENTO E CONCEITO DE COISA JULGADA

O instituto jurídico da coisa julgada pode ser traçado desde o direito romano clássico, oportunidade onde a *auctoritas rei iudicatae* se consolidou como uma das mais importantes figuras no âmbito do ordenamento jurídico romano, influenciando e modificando profundamente a sua tradição jurídica e os sistemas de direito que dela decorrem (ATAÍDE JÚNIOR, 2010, p. 2). A coisa julgada nasce de uma necessidade prática, inerente a qualquer sistema jurídico que se pretenda razoavelmente seguro: dar estabilidade e definitividade aos comandos estatais, permitindo o conhecimento das regras que regularam as situações jurídicas concretas por parte dos cidadãos-jurisdicionados. Por isso, se diz que a “coisa julgada é instituto de função essencialmente prática, que existe para assegurar estabilidade à tutela jurisdicional dispensada pelo Estado.” (MOREIRA, 1970, p. 2).

Ademais, a coisa julgada constitui elemento central da própria noção de segurança jurídica e, indiretamente, de Estado de Direito. Podemos conceber, nessa linha de pensamento, duas faces ou dimensões da segurança jurídica: a objetiva, onde a “segurança recai sobre a ordem jurídica objetivamente considerada” (MARINONI, 2016, p. 54); e a subjetiva, onde ela é “vista a partir do ângulo dos cidadãos em face dos atos do poder judiciário” (MARINONI, 2016, p. 55). Na dimensão objetiva, a coisa julgada dá tutela à estabilidade das decisões judiciais, conferindo-as caráter definitivo e imodificável. (MARINONI, 2016, p. 56). De outro lado, em sua dimensão subjetiva, a coisa julgada tutela a confiança legítima da atuação estatal, garantindo aos indivíduos “que nenhum outro ato estatal poderá modificar ou violar a decisão que definiu o litígio” (MARINONI, 2016, p. 56).

Por conseguinte, pouco importa, do ponto de vista da coisa julgada, qual o resultado final do processo. O que de fato é imprescindível, não para a tutela justa dos direitos litigados, pois a solução mais justa ou mais correta do ponto de vista jurídico sempre poderá ser questionada, mas para a própria possibilidade de existência de um discurso que se pretenda jurídico e, por consequência, racional, é que a decisão judicial que resolva a lide seja imutável e indiscutível. Assim, garante-se a confiança dos jurisdicionados nas respostas providas pelo Estado-Juiz e estabilidade na ordem jurídica, decorrente do caráter definitivo e imodificável das decisões acobertadas pela coisa julgada (MARINONI, 2016, p. 48).

Ocorre que, para que a aplicação do direito ocorra de forma segura, estável e confiável, se mostra imprescindível que a resposta conferida pelo Judiciário ao conflito social adquira caráter imutável e indiscutível. E, portanto, a coisa julgada “constitui corolário do direito fundamental de ação, já que o jurisdicionado, ao exercer a ação, deposita uma confiança legítima na decisão que lhe é oferecida como definitiva” (MARINONI, 2016, p. 53). Não poderia uma decisão ser classificada como efetiva e útil caso fosse desprovida da autoridade da coisa julgada, na medida em que, não sendo imutável e indiscutível, o conteúdo da decisão estaria eternamente aberto a modificações, impossibilitando o conhecimento sobre a norma jurídica que regula o caso concreto e a estabilização dos conflitos sociais.

Disso conclui-se que “uma solução que não se torna imutável e indiscutível é uma mera “opinião” sobre um conflito” (MARINONI, 2016, p. 52), sendo inconcebível, à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e justa, o direito a uma mera “opinião do juiz” (MARINONI, 2016, p. 53), devendo a sentença definitiva gozar de imutabilidade e indiscutibilidade, fazendo coisa julgada, em respeito aos

princípios da segurança jurídica e do Estado de Direito. Especialmente, porque, “a coisa julgada, antes de ser uma regra destinada a legitimar o conteúdo do discurso, é uma regra imprescindível à sua própria existência” (MARINONI, 2016, p. 48), na medida em que “uma interpretação judicial que não tem condições de se tornar estável não tem propósito” (MARINONI, 2016, p. 48).

Por essa razão, o instituto jurídico da coisa julgada galgou, a partir da Constituição de 1988, o *status* de garantia fundamental na ordem constitucional brasileira, passando a constar no rol do artigo 5º da Constituição, a qual dispõe, em seu inciso XXXVI, que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. O Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 467, conceituava a coisa julgada como: “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Esse conceito de coisa julgada encapava a doutrina liderada no Brasil por Pontes de Miranda (e seguida, principalmente, por Ovídio Baptista da Silva e Araken de Assis), o qual considerava o instituto como um “elemento declaratório da decisão” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 529). Nessa concepção, a coisa julgada seria um *efeito da decisão*, conforme disciplinava o Código de Processo vigente à época.

O Código de Processo Civil editado em 2015 alterou o conceito legal, passando a dispor que: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.” Como se percebe, abandonou-se a ideia de que a coisa julgada constitui um efeito da decisão, para a conceituar como uma situação jurídica do conteúdo da decisão. Quanto a isso, Didier, Braga e Oliveira (2016, p. 527) expõem que: “Autoridade” é uma situação jurídica: a força que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva”.

Nesse sentido, não podemos concordar com a tese de que a alteração legislativa buscou a “aproximação da definição legal de coisa julgada ao conceito elaborado por Liebman” (DELLORE, 2018, p. 8). Isso porque a doutrina inaugurada por Liebman defendia a “coisa julgada como uma qualidade dos efeitos da decisão. Seria a imutabilidade que acoberta os efeitos da decisão judicial.” (ATAÍDE JÚNIOR, 2010, p. 17). Barbosa Moreira (1970, p. 2), sobre a concepção de Liebman, explica que é notória a doutrina do autor no sentido de que a coisa julgada consistiria na imutabilidade dos efeitos da sentença após o seu trânsito em julgado. Com efeito, o Novo Código não parece encampar a doutrina de Liebman nesse ponto, pois deixa claro que a coisa julgada é a autoridade que torna

imutável e indiscutível a decisão (e, portanto, seu conteúdo), não sendo propriamente um efeito da decisão ou uma qualidade desses efeitos. E, por isso, “dizer que a coisa julgada é um efeito jurídico não é o mesmo que dizer que a coisa julgada é um efeito da decisão” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 529).

Dessa forma, o conceito de coisa julgada adotado pelo Novo Código de Processo Civil é aquele de longa data defendido por Barbosa Moreira, de onde se extrai a lição de que “A coisa julgada não se identifica nem com a sentença transitada em julgado, nem com o particular atributo (imutabilidade) de que ela se reveste, mas com a situação jurídica em que passa a existir após o trânsito em julgado” (MOREIRA, 1970, p. 6). Defendendo argumento no mesmo sentido, Didier, Braga e Oliveira sustentam tese segundo a qual “A coisa julgada não torna indiscutíveis os efeitos da decisão. A coisa julgada torna indiscutível e imutável a decisão” como está claro nos arts. 502 e 503 do CPC” (2016, p. 529). Portanto, conclui-se que, à luz do atual Código de Processo Civil, o conceito mais adequado de coisa julgada é aquele que a define como uma situação jurídica que reveste de autoridade o conteúdo da decisão de mérito transitada em julgado, tornando-a imutável e indiscutível.

3. OS LIMITES OBJETIVOS

Os limites objetivos da coisa julgada, por sua vez, dizem respeito à parte do conteúdo da decisão de mérito transitada em julgada que se torna imutável e indiscutível. Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015, acerca do tema, dispõe que: “A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida (art. 503 do CPC)”. Assim, qualquer questão expressamente decidida em juízo tem aptidão para formar coisa julgada. Sobre esses limites, Marinoni, Arenhart e Mitidiero sustentam que “sempre que houver pronunciamento a respeito da pretensão deduzida, desde que não seja provisório (arts. 294 - 311) há a incidência de coisa julgada, com sua imutabilidade característica.” (2017, p. 682).

Não obstante, a limitação da coisa julgada ao dispositivo da decisão deve ser entendida de forma substancial, e não meramente formalística. Isso significa, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que:

o que se torna imutável é o dispositivo da sentença, ou acórdão, isto é, a parte em que as questões colocadas à apreciação do Poder Judiciário são, de fato, decididas. [...] A interpretação do que venha a ser a parte dispositiva do julgado não deve ser restritiva a ponto de considerar apenas o que estiver contido no final do voto. (BRASIL, 2008)

Portanto, não é correto compreender que questões decididas ao longo da manifestação judicial não façam parte do dispositivo tão somente por não estarem no último parágrafo da decisão, sendo evidente que não se confundem como mera fundamentação e “perfeitamente possível encontrar-se mais de um dispositivo em determinado julgado” (BRASIL, 2008).

Ademais, independentemente da importância dos motivos para a delimitação do julgado, tão somente a pretensão deduzida pelas partes e decidida em juízo se tornará imutável (art. 504 do CPC). Ou seja, “somente o preceito concreto contido na parte dispositiva das sentenças fica protegido pela autoridade da coisa julgada material, não os fundamentos em que ele se apoia” (DINAMARCO, 2002, p. 314). Dissertando sobre a exclusão dos motivos e da verdade dos fatos da situação jurídica de coisa julgada, Dinamarco (2002, p. 314). sustenta que a finalidade da jurisdição é evitar conflitos práticos do julgado, não existindo, portanto, para fixar teses jurídicas ou para a descoberta da verdade dos fatos, os quais são meios para a resolução da controvérsia, e não propriamente os fins buscados pela jurisdição. Sendo assim, a resposta da controvérsia, e não especificamente as razões adotadas por ela, que configura a fórmula de convivência a ser respeitada e adquirir o *status* de coisa julgada.

Todavia, as questões prejudiciais igualmente podem ser revertidas pela coisa julgada. A questão prejudicial pode ser conceituada como aquela que, embora não figure como pedido principal da parte, constitui condição *sine qua non* para a procedência do mesmo, condicionando o seu julgamento e configurando como questão subordinada (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 683). Com efeito, além de o pedido final expressamente formulado e julgado no processo, a questão prejudicial igualmente pode fazer coisa julgada, quando cumpridos os três requisitos estipulados pelo Código de Processo Civil: competência absoluta do juízo para conhecer da questão; procedimento de cognição exauriente; e contraditório prévio e efetivo. Cumpridos os requisitos, a questão prejudicial tem aptidão para compor o dispositivo da decisão e formar coisa julgada (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 683).

Ainda, existe restrição a formação da coisa julgada na hipótese onde “houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial (art. 503, § 2º, do CPC)”. A questão prejudicial, em suma, “deve ter idoneidade para, em tese, figurar como questão principal” (MEDINA, 2017, p. 747). Desse modo, processos de cognição sumária e processos de cognição exauriente *secundum eventum probationis* não possuem os elementos suficientes para que a questão prejudicial seja revestida pela coisa julgada (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 684). De outro lado, preenchidos todos os requisitos previstos nos parágrafos 1º e 2º do art. 503 do Código de Processo Civil, oportunizando-se a cognição exauriente, com contraditório prévio e efetivo sobre a questão, e sendo o juízo competente para a conhecer, a questão prejudicial poderá formar coisa julgada.

4. DAS EFICÁCIAS NEGATIVA E POSITIVA DA COISA JULGADA

Conforme exposto anteriormente, a coisa julgada não pode ser considerada um efeito das decisões definitivas, consoante disciplinava o Código de Processo Civil de 1973, ou uma qualidade dos efeitos da decisão, nos termos da doutrina de Liebman, mas deve ser definida como uma situação jurídica de que revestido o conteúdo das decisões de mérito passadas em julgado. Com efeito, desta situação jurídica podem ser extraídas três espécies de eficácias: a negativa, a positiva e a preclusiva. As duas primeiras são examinadas no presente tópico. O Código de Processo Civil de 1973 conceituou a coisa julgada da seguinte forma “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Tal conceito gerou inúmeros debates na vigência do diploma anterior, especialmente na questão da distinção entre os conceitos estampados no dispositivo de imutabilidade e indiscutibilidade.

Por sua vez, o Código de Processo Civil editado em 2015 repetiu ambos os conceitos, sem, todavia, melhor especificá-los, dispondo que: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. Consoante longamente consolidado na hermenêutica jurídica, a Lei não possui palavras mortas, o que nos leva a concluir que os termos “imutável” e “indiscutível” não são sinônimos, dispondo sobre diferentes espécies de eficácias oriundas da coisa julgada. Dessa forma, Botelho de Mesquita (2005)

busca solucionar a questão conceitual dos termos precisamente utilizando-os para diferenciar as eficácias positiva e negativa da coisa julgada.

Por um lado, a *imutabilidade* seria a “impossibilidade de rediscussão da lide já julgada, o que se dá com a proibição de propositura de ação idêntica àquela já decidida anteriormente” (DELLORE, 2018, p. 9), relacionando-se com a *eficácia negativa da coisa julgada*, que, assim, “impede que a questão principal já definitivamente decidida seja novamente julgada como questão principal em outro processo” (ATAÍDE JÚNIOR, 2010, p. 21). Nesse mesmo sentido, Didier, Braga e Oliveira (2016, p. 528) destacam que “a coisa julgada impede que a mesma questão seja decidida novamente” a essa dimensão dá-se o nome de efeito negativo da coisa julgada”. Como explicam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 684) a eficácia negativa da coisa julgada pode ser traçada desde o direito romano, onde a objeção de coisa julgada impedia a propositura de nova ação, e, atualmente, a eficácia se caracteriza como um pressuposto processual negativo. Portanto, a *eficácia negativa* busca, essencialmente, vedar ou impossibilitar o ajuizamento de nova ação para rediscutir a questão já julgada, desde que configurada a tríplice identidade entre as causas, ou seja, as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

Por outro lado, a *indiscutibilidade* estaria relacionada com a *eficácia positiva da coisa julgada*, uma vez que “gera vinculação do julgador (de uma segunda causa) ao quanto decidido na causa em que a coisa julgada foi produzida.” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 528). Nessa linha de pensamento, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 685) formulam argumento no sentido de que “a eficácia positiva da coisa julgada ocorre quando a parte alega na causa de pedir de uma nova ação a indiscutibilidade de determinada questão decidida com força de coisa julgada para fundar um novo pedido”.

Dellore (2018, p. 9), no mesmo sentido, expõe que “o juiz do segundo processo deverá adotar como premissa a decisão da primeira demanda”, impondo que “a conclusão a que anteriormente se chegou seja observada e respeitada”. Com efeito, a eficácia positiva da coisa julgada consiste na necessidade de que, ao apreciar uma segunda demanda, o julgador utilize como parte de seu raciocínio o que fora decidido na primeira decisão acobertada pela coisa julgada, impossibilitando que se discuta novamente questão já devidamente apreciada e resolvida ou se decida de forma diversa a ela.

5. A PRECLUSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A preclusão pode ser conceituada, no direito processual, como a perda de uma faculdade de agir ou manifestar-se no processo. Tal mecanismo é fundamental para o bom andamento do processo, decorrendo da segurança jurídica e da boa-fé processual, uma vez que garante que atos já praticados ou que poderiam ter sido, mas não o foram, não possam ser realizados novamente ou não possam mais ser realizados. O regime adotado pelo Direito brasileiro é considerado rígido, “pois se utiliza mais intensamente das preclusões, favorecendo a rapidez e a segurança, ampliando, contudo, o risco de erros” (SILVA, 2018, p. 12).

Nesse sentido, a preclusão pode ser de quatro espécies: *temporal*, *lógica*, *consumativa* e *pro iudicato*.

Por um lado, a *preclusão temporal* ocorre quando determinado ator processual deixa de realizar determinado ato dentro do prazo previsto por lei ou pelo juiz do caso. Ocorre, por exemplo, nos casos em que uma das partes deixa de interpor recurso no prazo legal. Por outro lado, a *preclusão lógica* se configura quando uma das partes toma determinada atitude processual em um sentido e, após, busca agir de outra forma. Exemplo clássico dessa hipótese é quando a parte expressamente desiste do prazo recursal e, em seguida, interpõe recurso. O recurso, assim, não será conhecido, por estar preclusa a oportunidade de recorrer da parte.

Ademais, a *preclusão consumativa* é aquela decorrente da prática anteriormente do ato que se busca realizar. É quando, a título de exemplo, a parte interpõe recurso contra decisão a qual já havia recorrido anteriormente. Por fim, a *preclusão pro iudicato* é a preclusão voltada para o magistrado prevista no art. 505 do CPC, o qual dispõe que “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide”. Dessa forma, o magistrado ficaria impedido, por exemplo, de proferir uma segunda sentença em processo já julgado. Tal preclusão, todavia, encontra exceções nos incisos do próprio art. 505, bem como em outros dispositivos dispersos pelo Código de Processo Civil.

Com efeito, verifica-se que, em todos os casos de preclusão, o fundamento para que o ato não possa mais ser praticado é a não utilização correta da oportunidade de o fazer ou a existência de consumação do mesmo.

6. DA EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA

A eficácia preclusiva da coisa julgada no Direito brasileiro é entendida como o “impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz” (MOREIRA, 2011, p. 711). A eficácia decorre do disposto no art. 508 do Código de Processo Civil: “Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”.

A grande questão, todavia, reside na dificuldade de delimitação da extensão da norma extraída do dispositivo acima. Enquanto a doutrina brasileira majoritária, bem como a jurisprudência dominante, entende que o efeito preclusivo da coisa julgada “alcançaria apenas os fatos simples, não servindo de obstáculo, destarte, a que o autor, em outro processo, formulasse em face do mesmo réu idêntico pedido, com fundamento em fatos (= causa de pedir) diversos” (YOSHIKAWA, 2013, p. 2), existe corrente doutrinária, liderada por Araken de Assis, a qual sustenta que a eficácia preclusiva da coisa julgada impossibilitaria a propositura de nova demanda entre as mesmas partes e com o mesmo pedido, ainda que fundada em causa de pedir diversa. O autor, assim, separa a eficácia preclusiva dos limites objetivos da coisa julgada (MARQUES, 2014, p. 112).

Existe, ainda, por relevante, corrente doutrinária assumidamente intermediária, formulada por José Maria Tesheiner, o qual sustenta que apenas os fatos da mesma natureza, aptos a produzir idêntica consequência jurídica, seriam atingidos pela eficácia preclusiva (TESHEINER, 2001). Tal corrente não será analisada no presente estudo, que buscará averiguar qual das correntes principais é a mais adequada à luz do Direito brasileiro. Para sustentar a teoria restritiva da coisa julgada, a doutrina majoritária alega que que “a coisa julgada material não vai além dos limites da demanda proposta e, se houver outra causa petendi a alegar, a demanda será outra e não ficará impedida de julgamento” (DINAMARCO, 2002, p. 325). Esse entendimento, portanto, relaciona intimamente, a ponto de quase confundir, a eficácia preclusiva com os limites objetivos da coisa julgada. Com isso, conclui-se que o ponto não expressamente julgado não poderia ser impedido de apreciação judicial, uma vez que isso configuraria violação frontal ao direito fundamental de acesso à justiça, estampado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição.

Na defesa desse argumento, a corrente expõe que a eficácia preclusiva “deve ser compreendida em seus pertinentes limites”, pois, de outro lado, não haveria como “garantir a legítima confiança nos cidadãos de que suas pretensões poderão, de fato, ser analisadas pelo judiciário, em consonância com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição” (ASSIS; BEZERRA, 2017, p. 187). Entretanto, embora a doutrina majoritária no Brasil entenda pela restrição da eficácia preclusiva da coisa julgada, no sentido de que ela abarque somente os argumentos e fatos relativos à *mesma causa de pedir*, não parece ser essa a melhor interpretação do art. 508 do Código de Processo Civil.

Há que se diferenciar a coisa julgada de seus efeitos, especialmente de sua eficácia preclusiva. Enquanto a coisa julgada se refere, em seus limites objetivos, a uma situação jurídica que torna imutável e indiscutível o dispositivo da decisão de mérito transitada em julgado, e enquanto sua eficácia negativa impede a propositura de demanda idêntica (mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido), a eficácia preclusiva da coisa julgada diz respeito ao que poderia ser (dedutível), mas não foi deduzido. Com efeito, na hipótese onde a eficácia preclusiva (o dedutível) ficasse restrita à mesma causa de pedir, não existiria diferença substancial entre as eficácias preclusiva e negativa da coisa julgada. Isso porque já é assente que “função negativa da coisa julgada se caracteriza como um impedimento, verdadeira proibição, de que se volte a suscitar no futuro a questão já decidida” (PORTO, 2006, p. 66). Portanto, a eficácia negativa da coisa julgada já abarca a hipótese onde se busca propor nova ação fundada na *mesma causa de pedir*, independentemente da arguição de novos argumentos.

Como bem observa Garcia (2005, p. 4), inexistiria a necessidade de ser da eficácia preclusiva se esta impedisse tão somente propositura de novas ações fundadas na mesma causa de pedir, pois, existindo as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido, “a própria *res judicata*, diante da tríplice identidade de elementos, obstará o seu ajuizamento”. É nesse sentido, portanto, a tese formulada por Araken de Assis (2002, p. 109), segundo a qual “A eficácia preclusiva vai além do que, de ordinário, se encontra abrangido na resolução do conflito e das respectivas questões trazidas pelas partes. Nenhuma outra interpretação, salvo engano, preserva o sentido da cláusula examinada”.

Dessa forma, a eficácia preclusiva necessariamente se refere a outro elemento. Nesse sentido, a utilidade da eficácia é justamente para o fim de, “ainda que ausente a tríplice identidade de elementos da demanda”, garantir a “imutabilidade dos efeitos da sentença de mérito que tran-

sitou em julgado” (GARCIA, 2005, p. 4). Recorde-se que no processo civil brasileiro, diferentemente de outros países, os limites objetivos da coisa julgada abarcam tão somente o dispositivo da decisão, não abarcando seus fundamentos, nada obstante esses sejam importantes para determinar o alcance do dispositivo.

Ocorre que, como se sabe, a causa de pedir é analisada nos fundamentos da decisão, e não em seu dispositivo, o qual somente resolve o pedido, acolhendo-o ou rejeitando-o. Portanto, uma vez acolhido ou rejeitado o pedido, que é o bem da vida perseguido pela parte autora, este fica impossibilitado de ser novamente trazido à juízo, em razão da eficácia negativa da coisa julgada, que impede a propositura de demanda idêntica, nos limites objetivos da coisa julgada. As causas de pedir, por sua vez, sendo elas deduzidas ou dedutíveis em uma primeira demanda, ficam impedidas de serem rediscutidas em uma segunda demanda pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

Sobre o ponto, Araken de Assis (2002, p. 110) aduz que, quanto à eficácia preclusiva da coisa julgada, “se alguma coisa parece razoável, esta reside na intenção de ampliar o contexto e os limites da coisa julgada”. Por isso, se diz que “a eficácia preclusiva constitui uma figura distinta, mas próxima aos limites objetivos” (BONATO, 2015, p. 5), na medida em que a eficácia preclusiva da coisa julgada se refere não apenas aos argumentos referentes à causa de pedir em que fundamentado o pedido da decisão, isso está acobertado pela *auctoritas rei iudicatae* e impedido de rediscussão pela sua eficácia negativa, mas ao que poderia ter utilizado para fundamentar o pedido e não o foi - ao dedutível.

Não sendo esse o entendimento a prevalecer no tocante à interpretação do art. 508 do Código de Processo Civil, em estranha situação de desproporcional desigualdade ficariam o autor e o réu. Com efeito, Bonato (2015, p. 6) argumenta que, conforme o entendimento atual, a eficácia preclusiva trata desigualmente o autor e o réu, pois, para o último, “quando a decisão for de procedência da demanda, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos não deduzidos serão considerados como rejeitados”. Ao contrário do que ocorre com o autor, uma vez que a rejeição da ação não exclui a possibilidade de ajuizamento do mesmo pedido fundado em causa de pedir diversa.

Yoshikawa (2013, p. 2) sustenta ponto de vista semelhante, acusando que a situação do réu, na atual interpretação restritiva da eficácia preclusiva, é desigual em face do autor, sendo mais prejudicial e ferindo a igualdade entre as partes. Isso ocorre pois, caso o réu deixe de alegar “fato

extintivo, impeditivo ou modificativo do direito alegado pelo autor”, em razão do princípio da eventualidade, segundo o qual o réu tem o ônus de alegar na contestação todos os argumentos que possam servir a sua defesa (art. 336 do CPC), “não poderá eficazmente fazê-lo em outro processo, inclusive se sua for a iniciativa de recorrer ao Poder Judiciário, pleiteando a declaração da sua inexistência, sob tal fundamento”.

Para exemplificar a sua posição, o Autor traz uma situação em que, em sentença de procedência em ação reivindicatória, ao réu não seria lícito, em momento posterior, ingressar no poder judiciário pleiteando declaração em sentido contrário, ou seja, “declaração da aquisição da propriedade do mesmo bem por usucapião” (YOSHIKAWA, 2013, p. 3), mesmo que fundado em causa de pedir diversa dedutível à época. Marques (2014, p. 112), no mesmo sentido, expõe que, da forma como hoje é entendida a extensão da eficácia preclusiva da coisa julgada, ela se aplica somente ao réu, “porquanto quaisquer alegações de fato não deduzidas na demanda já julgada formarão uma causa de pedir distinta, dando ensejo a uma nova demanda”, e, assim, permitindo ao autor rediscutir o pedido sob nova causa de pedir.

À guisa de exemplo, Marques traz o caso de uma ação declaratória onde a sentença é de improcedência. Caso fosse de procedência, e o réu não tivesse alegado todas as causas impeditivas, modificativas ou extintivas do direito do autor, não teria mais oportunidade de assim o fazer, uma vez que não lhe é lícito propor nova ação com o mesmo pedido em face do autor, em razão do princípio da eventualidade. Entretanto, no caso de improcedência, a sentença não poderá ser considerada um “título executivo a favor do réu, justamente em razão da interpretação que se faz atualmente do art. 474 do Código de Processo Civil”³. Isso se dá, segundo a Autora, pois “não se poderia presumir, de acordo com a sistemática vigente, que foram deduzidas, pelo autor, todas as alegações tendentes ao acolhimento do seu pedido” (MARQUES, 2014, p. 118).

Nesse sentido, não só a interpretação extensiva da eficácia preclusiva não é inconstitucional, por afronta ao acesso à justiça, consoante sustenta a doutrina majoritária, como é a interpretação diversa - restritiva - que afronta a Constituição, violando a igualdade entre as partes. Assim, interpretação do art. 508 do CPC que restrinja a extensão da eficácia preclusiva exclusivamente em desfavor do réu, dando maior “utilidade do que aquela que seria obtida pelo adversário em caso de improcedência do

3 Vale lembrar que o artigo 474 do Código de Processo Civil de 1973 é o correspondente ao art. 508 do atual Código.

pedido” deve ser afastada, considerando-se deduzidas não só as alegações referentes à mesma causa de pedir, mas referentes a qualquer causa de pedir (YOSHIKAWA, 2013, p. 3).

Não fosse assim, existiria tratamento diferenciado entre o autor e o réu no tocante aos ônus de eventual omissão de alegações, sendo permitido que o autor “guarde ‘no bolso do colete’ outras causas de pedir relativas ao mesmo pedido, para utilizá-las, se necessário, à medida que sejam rejeitadas as demandas por ele propostas”, ao mesmo tempo que o réu “deve apresentar todas as suas alegações defensivas na contestação, sob pena de serem consideradas deduzidas e repelidas em caso de procedência do pedido” (YOSHIKAWA, 2013, p. 12).

Além disso, há muito é assente que não se pode confundir o direito de ação com a criação de requisitos para o seu exercício (YOSHIKAWA, 2013, p. 13). Nessa linha de compreensão, Marques (2014, p. 115) aduz que só poderia ser considerado como violado o direito de acesso à justiça “caso se pretendesse restringir o direito de deduzir determinado pedido em juízo”, e não com a restrição - aqui sustentada - de reiterar o mesmo pedido, mas com fundamento em causa de pedir diversa. Isso se justifica na medida em que, nada obstante a causa de pedir seja relevante para definir a demanda, é o dispositivo, o qual acolhendo ou rejeitando o pedido formulado na exordial, que corresponde “a providência do Estado necessária para solucionar a lesão ou a ameaça de lesão a direito”.

Por isso, não se pode dizer que a eficácia preclusiva da coisa julgada, lida da forma aqui proposta, impede a apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. Com efeito, isso não ocorre precisamente porque a parte teve a oportunidade de embasar seu pedido em quantas causas de pedir fossem as existentes. Isso não quer dizer que a parte foi impedida de acessar o Judiciário, ela simplesmente optou, por descuido ou estratégia processual, em não o fazer. A regra insculpida no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, não pode ser interpretada no sentido de que sempre que houver fundamentos ainda não apreciados pelo Poder Judiciário para embasar um mesmo pedido de tutela entre as mesmas partes uma delas poderá recorrer infinitamente ao Judiciário.

Tal interpretação, inclusive, desconfiguraria o próprio instituto da coisa julgada. Poderia uma das partes, tendo a demanda rejeitada por um fundamento, propor uma nova demanda com base em outros argumentos, mas dentro da mesma causa de pedir? É manifesto que não. E nem por isso se diz que a parte teve seu direito fundamental de acesso ao judiciário negado. Como sustentava Barbosa Moreira (2011, p. 709), embora

no ponto aqui tratado compartilhe opinião diversa, “admitir a reabertura da discussão judicial, só porque alegue o interessado ter razões ainda não apreciadas, seria reduzir a bem pouco a garantia da coisa julgada”. O conteúdo do direito fundamental garante a *possibilidade* de a parte trazer sua demanda ao judiciário. Uma vez perdida a oportunidade, em decorrência do efeito preclusivo da coisa julgada, não existe afronta ao art. 5º, XXXVI, da Constituição, na negativa de a parte rediscutir *causa* já julgada.

Ainda, segundo sustenta Yoshikawa (2013, p. 13), a interpretação ampliativa da eficácia preclusiva prestigia o direito fundamental à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF), o qual não pode ser entendimento, meramente, como uma “expectativa de que este não se alongue demasiadamente”, mas, ao contrário, deve ser compreendido em seu sentido substancial, ou seja, como uma verdadeira garantia de “eliminação do conflito que lhe deu origem”. “Nesta linha de coerência” aduz Araken de Assis (2002, p. 111) que “se situa, então, o art. 474, de olho no futuro, e aproveitando o processo para extinguir totalmente a lide entre as partes”.

A boa-fé processual igualmente importa para justificar a interpretação aqui defendida. Seria estranho, para dizer o mínimo, uma hipótese onde “a parte autora tem perfeitas condições de deduzir todos os fundamentos para determinado pedido”, mas, em uma primeira demanda, deixe de os deduzir, para que, após sua derrota, insista no mesmo pedido, mas fundamentado em causa de pedir diversa, admitindo-se “que ‘algumas cartas sejam guardadas na manga para depois do trânsito em julgado’, e configurando “total desprestígio à atividade jurisdicional” (MARQUES, 2014, p. 116). Ademais, vale ressaltar que “deve-se evitar que a lide sobreviva ao processo, sendo ressuscitada por meio da invocação de novas causas de pedir (que poderiam já ter sido submetidas ao Poder Judiciário), frustrando o escopo de pacificação social da jurisdição” (YOSHIKAWA, 2013, p. 13).

Parece claro, portanto, que a melhor interpretação do disposto no art. 508 do Código de Processo Civil, à luz dos princípios constitucionais da segurança jurídica e do Estado de Direito, da boa-fé processual, para garantir a substancial diferenciação entre a eficácia negativa e a preclusiva da coisa julgada, bem como sob pena de afronta a igualdade entre as partes, é aquela que amplia a extensão da eficácia preclusiva da coisa julgada, para impedir que não se possa formular novamente pedido já devidamente apreciado e julgado, independentemente de estar baseado em causa de pedir diversa, entendendo que “determinada pretensão já julgada por decisão transitada em julgado não poderá ser novamente

deduzida em juízo com simples alteração de fundamento” (MARQUES, 2014, p. 116). Exceção a este entendimento é o caso em que a causa de pedir não era dedutível, por ainda não existir ou por outra causa de força maior, à época da propositura da demanda, uma vez que, assim, não se enquadrará nos conceitos de deduzida ou dedutível estampados no art. 508 do Código de Processo Civil.

7. CONCLUSÃO

(a) A coisa julgada configura como elemento central dos conceitos de segurança jurídica e de Estado de Direito, podendo ser traçada desde a Roma Clássica como instituto indispensável à existência do próprio discurso jurídico e, mais atualmente, ao direito à tutela jurisdicional efetiva e adequada. Embora no Código de Processo Civil de 1973 a coisa julgada fosse conceituada como um *efeito* da decisão judicial, o atual Código de Processo Civil alterou a conceituação do instituto para entendê-lo como uma *situação jurídica* de que revestidas as decisões de mérito transitadas em julgado, encampando a doutrina liderada por Barbosa Moreira no Brasil e considerada a mais adequada à luz do estudo histórico da coisa julgada.

(b) A extensão objetiva da coisa julgada, no Brasil, se limita ao dispositivo da decisão, não abarcando nem a verdade dos fatos e nem os fundamentos da decisão, estes últimos servindo apenas para delimitar e interpretar o dispositivo do julgado. Ademais, o dispositivo não pode ser entendido meramente como a parte final da decisão, mas, sim, como a parte onde o julgador efetivamente resolve as questões postas à julgamento, podendo ser encontrado ao longo da decisão. As questões prejudiciais, nesse sentido, também podem formar coisa julgada, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 503, § 1º e 2º, do CPC.

(c) As eficácias negativa e positiva da coisa julgada se relacionam diretamente com os limites objetivos da mesma. Por um lado, a eficácia negativa impede a propositura de nova ação idêntica (mesmas partes, causa de pedir e pedido), quando já existente decisão judicial de mérito acobertada pela coisa julgada. Por outro lado, a eficácia positiva impõe, ao apreciar uma segunda demanda, que o julgador utilize como parte de seu raciocínio o que fora decidido na primeira decisão acobertada pela coisa julgada, devendo ser respeitada e observada a coisa julgada.

(d) A preclusão pode ser conceituada como a perda de uma faculdade de agir dentro do processo, sendo dividida em quatro espécies no Direito

brasileiro: a consumativa, a lógica, a temporal e a *pro iudicato*.

(e) A eficácia preclusiva da coisa julgada no Direito brasileiro, atualmente prevista no disposto no art. 508 do Código de Processo Civil, é conceituada como um impedimento, que possui como termo *a quo* o trânsito em julgado da decisão de mérito, para a discussão de questões que poderiam influir no desfecho do processo, mas não foram oportunamente alegadas, ficando impossibilitadas de apreciação, embora não examinadas em juízo.

(f) Nada obstante a eficácia preclusiva da coisa julgada tenha sua extensão restrita segundo o entendimento predominante na doutrina e jurisprudência pátria, abarcando somente os fundamentos concernentes à mesma causa de pedir, à luz dos princípios da segurança jurídica e do Estado de Direito, da boa-fé processual, bem como para garantir a substancial diferenciação entre a eficácia negativa e a preclusiva da coisa julgada e, ainda, sob pena de afronta a igualdade entre as partes, a melhor interpretação do art. 508 do Código de Processo Civil é no sentido de abarcar todas as causas de pedir possivelmente dedutíveis à época da propositura da demanda, dando-se o devido valor ao instituto da coisa julgada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues Reflexões sobre a coisa julgada e sua relativização. **Âmbito Jurídico**, set. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/reflexoes-sobre-a-coisa-julgada-e-sua-relativizacao/>

ASSIS, Araken. **Cumulação de Ações**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ASSIS, Gabriel Zoboli; BEZERRA, Vladimir Cunha. Eficácia preclusiva da coisa julgada e suas balizas sob a segurança jurídica. *In*: Congresso de processo civil internacional, 2, 2017, Vitória. **Anais...**, p. 185 – 195.

ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1. Turma). **Recurso Especial n. 900.561/SP**. Relatora Min. Denise Arruda. Brasília, DF: STJ, julgado em 24 de jun. 2008.

BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre a coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. **Revista de processo comparado**, vol. 2, p. 121-143, jul.-dez. 2015. Plataforma RT online.

DELLORE, Luiz. Conceito de coisa julgada no Novo CPC: avanços e oportunidade perdida. **GENJurídico**, jan. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/01/22/conceito-de-coisa-julgada-novo-cpc/#:~:text=Conceito%20de%20coisa%20julgada%20no%20Novo%20CPC%3A%20avan%C3%A7os%20e%20oportunidade%20perdida,-por%20Luiz%20Dellore&text=A%20coisa%20julgada%20surge%20por,a%20respeito%20de%20determinado%20conflito>.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de processo civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. v.3. São Paulo: Malheiros, 2002.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Considerações sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. **Revista de processo**, v. 130, p. 49-64, dez. 2015. Plataforma RT online.

GONÇALVES, Fabiana. Coisa julgada a fragilidade escondida por detrás do dogma. **Revista Eletrônica de Direito Processual REDP**, v. 8, n. 8, p. 291-306, jul-dez. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. **Revista dos Advogados**, v. 65, p. 74-78, dez. 2001.

HART, Herbert L. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade (Art. 525, § 12, 13, 14, 15, CPC/15)**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 3. ed. v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. **Soluções práticas**, vol. 1, p. 491 – 517, out. 2011. Plataforma RT online.

MARTINS, Rodrigo Krieger. **A eficácia preclusiva da coisa julgada**. Trabalho de conclusão (Especialista em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

MARQUES, Lilian Patrus. **Contribuição crítica aos limites objetivos da coisa julgada**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **A coisa julgada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, v. 6, jun. 1970.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). **Doutrinas essenciais - Processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. VI.

NERY JUNIOR, Nelson. Intangibilidade da coisa julgada - proibição de rediscussão da lide - eficácia preclusiva da coisa julgada. **Soluções Práticas de Direito**, vol. 9, p. 213 – 258, set. 2014. Plataforma RT online.

NUNES, João Batista Amorim de Vilhena. **Da eficácia preclusiva da coisa julgada (reconstrução da interpretação do art. 474 do CPC)**. Dissertação (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Arlei Wilif Leal da. Preclusão: modalidades e o atual Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, vol. 278, p. 71 – 92, jan. 2019. Plataforma RT online.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa? **Revista dos Tribunais**, vol. 821, p. 29-38, mar. 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada (ensaios e pareceres)**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2003.

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; Medina, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. 1. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A expansão da eficácia preclusiva da coisa julgada em matéria de direito da concorrência: considerações a respeito do art. 98, § 4º, da nova lei do CADE (Lei 12.529/2011). **Revista de processo**, vol. 222, p. 91 – 122, ago. 2013. Plataforma RT online.

O DIREITO FUNDAMENTAL À RESISTÊNCIA: UM OLHAR ACERCA DA CONQUISTA DO VOTO FEMININO NO BRASIL

ARTHUR KÜNZEL SALOMÃO¹

LUIZA BESKOW PELEGRINI²

1. INTRODUÇÃO

O extenso rol de direitos e garantias fundamentais dispostos nas Constituições de diversos países nada mais são do que resultados de muitas lutas e guerras travados por movimentos sociais, os quais aspiravam um futuro em que tais direitos pleiteados fossem reconhecidos como inerentes a condição humana. Nesse sentido, a sociedade atual é privilegiada pela titularidade de direitos reconhecidos atualmente, que outrora foram objetos de lutas sociais, conquistados árdua luta e consequências graves das gerações anteriores, bem como igualmente responsáveis pelo futuro que almejamos às novas gerações.

Doravante, o próprio Estado Democrático de Direito, constituído durante períodos de turbulência social reservou como direito fundamental o direito de resistência dos indivíduos quando se depararem com descumprimento das condições necessárias para o próprio desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito.

Portanto, o objeto desse trabalho é conceituar o direito fundamental a resistência, delimitando sua definição, extensão da proteção, formas de exercício e principais características do referido direito fundamental. Analisando, também, a positivação do referido instituto na Constituição Federal de 1988, bem como na norma fundamental em outros países estrangeiros.

1 Mestrando em Direito na FMP. E-mail: aksalomao@hotmail.com

2 Mestranda em Direito na FMP. E-mail: luizamais00@hotmail.com

Ainda, pretende-se analisar a questão da luta pelo sufrágio feminino, perpassando a questão das ondas do movimento feminista e a conquista propriamente dita do voto feminino. Pincela-se, assim, a conquista em outros países e, principalmente, analisando o caso do Brasil.

No que se refere a metodologia utilizada, privilegia-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

2. RESISTÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito de resistência é contemplado expressamente pela Constituição Portuguesa, constando no seu artigo 21 que todos possuem o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer Direito de resistência e sua positivação constitucional à autoridade pública. Conforme observa João Gaspar Rodrigues (2008, p. 133), tal reconhecimento não é uma conquista recente do direito lusitano, já sendo contemplado nas Constituições de 1838, 1911 e 1931 de Portugal.

Igualmente, o poder constituinte germânico garante no artigo 20, n. 4, o direito de se insurgir contra quem tentar subverter essa ordem, quando não lhes restar outro recurso. Dessa forma, é legitimado o direito de resistência do povo alemão visando a manutenção da ordem constitucional, firmando um compromisso com esse modelo de estado e atribuindo aos cidadãos um direito-dever de defesa da Constituição (RODRIGUES, 2008, p. 134).

Da mesma forma, o direito de resistência é contemplado no artigo 2 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, logo pode ser interpretado como um direito natural da condição de ser humano, visto que o instituto pretende salvaguardar a resistência dos indivíduos a atos do Estado que viole os direitos fundamentais.

Quanto ao direito brasileiro, o § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal adota a cláusula aberta determinando que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que Brasil seja parte. Além do direito de resistência, este comando constitucional abre ao indivíduo a possibilidade de invocar outros direitos e garantias não previstos expressamente, mas decorrentes do princípio democrático e de outros intrínsecos ao regime (RODRIGUES, 2008, p. 136). Portanto, por mais que a Constituição Federal, não tenha previsto

de maneira expressa tal direito, o mesmo pode ser reconhecido como um direito fundamental implícito, uma vez que decorre da própria interpretação do texto constitucional.

Nesse sentido, o entendimento de que o ordenamento jurídico é um conjunto de normas e de princípios se mostra fundamental para compreensão do que significa ser titular de um direito fundamental. Compreendendo que, tais direitos podem ser apresentados através de disposições de direito fundamental, normas de direito fundamental e posições jurídicas de direito fundamental (GAVIÃO, 2011, p. 29).

Considerando, que o conceito semântico de norma de direito fundamental se refere ao significado extraído do conjunto de signos linguísticos contido em uma disposição jurídica de direito fundamental (ALEXY, 1991, p. 54). Portanto, uma disposição jurídica de direito fundamental é o texto literal, o qual é interpretado e passa a dar origem a norma de direito fundamental.

Logo, a abertura semântica das disposições de direitos fundamentais permite que a atividade interpretativa atribua normas de direito fundamental, tanto explícitas como implícitas, de uma mesma disposição jurídica. Portanto, as normas de direitos fundamentais não são apenas aquelas diretamente expressadas pelas disposições de direitos fundamentais, mas também aquelas que podem ser formuladas a partir da abertura semântica das expressões integrantes da disposição jurídica de direito fundamental (ALEXY, 1991, p. 58).

Igualmente, Aahron Barak (2012, p. 49) atribui a interpretação constitucional está vinculada ao texto constitucional, que em via de regra, a linguagem constitucional não é diferente da linguagem usada por outros textos legais. Será explícito o direito fundamental sempre que seu significado pode ser transmitido por meio de uma definição de dicionário do texto colocado contra o contexto jurídico relevante Direitos constitucionais: escopo e limitações, enquanto o texto constitucional implícito, em contraste, é escrito com “tinta invisível”, residindo nas “entre as linhas constitucionais”.

Nesse sentido, Sarlet (2009, p. 87) sustenta a existência de dois grupos de direitos fundamentais; os expressamente positivados (escritos), e os direitos fundamentais “não-escritos”, assim considerados “aqueles que não foram objeto de previsão expressa pelo direito positivo (constitucional ou internacional)”. Quanto aos implícitos, são compreendidos como as posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais” e os direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios.

Dessa forma, o direito de resistência corresponde ao direito fundamental de todo cidadão no que tange a possibilidade de resistência mediante atos estatais que violem de maneira desproporcional os direitos fundamentais. Visto que, tal direito decorre da interpretação do ordenamento como um todo, bem como dos princípios fundamentais para existência de um estado democrático de direito. Nesse sentido, quando descumpridos e ameaçados tais princípios, poderá o cidadão resistir mediante tais atos institucionais, de forma que estarão exercendo seu direito fundamental de resistência e conservação da democracia.

3. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO A RESISTÊNCIA

Buscando delimitar as principais características do direito a resistência, João Gaspar Rodrigues (2008, p. 149) classificou o instituto como um direito secundário, caráter conservador ou de restauração, subsidiariedade, excepcionalidade, e garantia não-jurisdicional. Primeiramente, se faz necessário à sua compreensão como um direito fundamental, independentemente se o texto constitucional fizer expressa a tal garantia. Considerando que, a interpretação do texto constitucional permite concluir a contemplação de garantias não expressamente contempladas pela literalidade do texto.

Ademais, tal direito contribui para a salvaguarda da dignidade humana, que principalmente após o período pós segunda guerra mundial, em virtude de todos os acontecimentos trágicos marcados naquele período, os direitos fundamentais se concentram no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo ela a fonte de irradiação dos direitos fundamentais (BARROSO 2010, p. 11).

Doravante, o direito de resistência é um mecanismo jurídico-político, logo é indispensável para se enquadrar como tal, a atribuição de uma de natureza genérica (critério político), e a outra de natureza estrita e formal (critério jurídico). Portanto, o instituto não pode ser reduzido a apenas uma destas duas facetas, sob pena de ter prejudicada sua dinâmica e aplicabilidade (RODRIGUES, 2008, p. 138). Logo, o instituto possui duas faces, o direito a resistência como a capacidade das pessoas ou grupos sociais se recusarem a cumprir determinada obrigação jurídica, fundamentada em razões jurídicas, políticas ou morais, bem como a realidade constitucional em que são qualificadas ações que indicam enfrentamento, por ação ou omissão, do ato injusto das normas jurídicas, do governante, do regime político e também de terceiros (BUZANELLO, 2011, p. 1299).

Também, tal instituto tem aplicação imediata, considerando que seu conteúdo é constitucionalmente determinável e não necessita, por isso, para valer como direito, da intervenção legislativa. Visto que, o exercício do referido direito é destinado para situações em que se encontre desamparado os princípios fundamentais do estado democrático de direito.

Isto posto, demonstra o caráter secundário do direito a resistência, percebe-se que seu exercício é voltado para proteção dos direitos fundamentais. Assim, o direito a resistência é tido como um direito garantia, visto que um instrumento de tutela disponível ao cidadão, quando os direitos primários não sejam devidamente observados (BOBBIO, 1992, p. 95). Logo, pode ser enquadrado como um direito-garantia, um instrumento de conservação e restabelecimento da ordem jurídica violada, sendo um mecanismo de tutela, mas por sua vez não pode ser tutelado, uma vez que não há como garantir o direito de resistência, mas nas situações de ausência ou o esgotamento do reconhecimento da autoridade política que legitimam seu exercício (RODRIGUES, 2008, p 138).

Necessário salientar, que o caráter secundário do direito a resistência corresponde a proteção dos direitos de forma individual, diferentemente da garantia de defesa de uma ordem constitucional, a qual corresponde ao caráter conservador do instituto. Portanto, além de secundário, o direito fundamental constitui um apoio à ordem jurídica, de forma a reafirmá-la, atribuindo a característica de conservação e restauração da ordem constitucional.

Quanto ao caráter subsidiário do direito a resistência, compreende-se que o mesmo só é exercido quando não é constatado um poder estatal legitimamente constituído, ou então, tal poder é ineficaz na tutela dos direitos fundamentais a ele reclamados. Portanto, o exercício do direito a resistência se dá em substituição ao Estado, ou seja, subsidiariamente, quando não é possível recorrer a autoridade pública.

Isto faz dele não um meio normal de defesa, mas excepcional. Portanto, seu exercício tem caráter de excepcionalidade, porque o Estado constitucional detém mecanismos ordinários para tutela de direitos, liberdades e garantias.

Por fim, quanto ao seu caráter não jurisdicional, percebe-se que o direito a resistência é um mecanismo de autotutela, exercido fora das vias institucionais, sejam elas administrativas ou judiciais (RODRIGUES, 2008, p. 139). Logo, não há do que se falar no seu exercício quando exercido contra leis inconstitucionais, atos ilícitos do executivo, abusos da administração etc.

4. O FEMINISMO E O SUFRÁGIO UNIVERSAL: ASPECTOS INTERESSANTES NO CASO DO DIREITO BRASILEIRO

Durante muito tempo votar era privilégio de poucos: homens, brancos e possuidores de bens. Por esta ótica, em tempos passados, somente a classe abastada detinha o poder político, bem como eram considerados capacitados para exercer a cidadania. Na França, em 1848³, após muita luta, consagrou-se a supressão do voto censitário, passando o voto a ser universal, mas somente para os homens, desvelando uma invisibilidade e exclusão deliberada das mulheres na participação política.

Num retrospecto histórico, verifica-se que não houve um momento exato para o início da luta pelos direitos das mulheres, mas sabe-se que o movimento feminista ganhou força a partir da Revolução Industrial⁴, em que a mulher passou a trabalhar fora de casa e para além dos serviços domésticos. E foi justamente a partir deste marco temporal que se consolidou a primeira onda do movimento feminista, que foi a luta das mulheres pela conquista de direitos, especialmente os políticos – direito ao voto –, sendo este marco histórico chamado de movimento Sufragista.

Na perspectiva das ondas do movimento feminista, Daniela Klebis (2015) assevera que, em busca do reconhecimento ao direito de votar, o feminismo desdobrou-se em três distintos momentos, a primeira onda (entre os séculos XIX e XX), a segunda onda (entre os anos de 1960 e 1980) e a terceira onda (entre 1990 e 2000).

Nos interessa o estudo da primeira onda do movimento feminista, que foi a pedra fundamental para a garantia dos direitos civis e políticos às mulheres, principalmente no que se refere a luta pelo sufrágio (do latim *suffragium*) feminino.

Segundo Marly Cardone (2011, p. 03) acerca das lutas iniciadas pelas mulheres “para conseguirem direitos políticos, civis e econômico-trabalhistas e a demonstração de serem dignas deles constituíram um fato social diante do qual o Estado, único órgão capaz de se definir ante um fato social e criar uma lei, não podia se omitir”.

3 Em 1848 ocorria, na França, a Revolução Francesa de 1848, também conhecida como Revolução de fevereiro, que lutava pela consagração do sufrágio e pelo fim do voto censitário.

4 A Revolução Industrial ocorreu na Europa, nos séculos XVIII e XIX, e caracterizou-se, primordialmente, pela substituição, em larga escala, do trabalho artesanal pelo trabalho realizado por máquinas.

Desta forma, as mulheres – aqui falando no movimento feminista como um todo – lutaram acirradamente para verem perfectibilizados os seus direitos políticos quando veio à tona o movimento pelo sufrágio universal – em que abarcava-se as mulheres – na Europa, logo após a Revolução de 1848.

A título de exemplificação do movimento, importante trazer à baila o filme “As Sufragistas”. Trata-se de um longa-metragem britânico, com direção de Sarah Gavron, que procurou retratar o início do movimento sufragista que, depois de protestos pacíficos ocorridos na Inglaterra, perpassou-se para uma postura mais enérgica, convocando uma verdadeira desobediência civil para demonstrar a insatisfação feminina no que dizia respeito à negação do direito ao voto.

Andressa Paula de Andrade e Luiz Fernando Kazmierczak (2017, p. 02) explanam sobre o filme supramencionado:

Além do movimento importante que a película aborda, a trama chama atenção para os diálogos. A abertura já traz a seguinte frase: “As mulheres não possuem o temperamento calmo nem equilíbrio mental para decidir sobre questões políticas”. Aqui se identifica o ponto forte do filme, eis que em uma leitura diacrônica, as reminiscências do sistema punitivo e controlador continuam (social e penal) – em menor escala – a vitimar mulheres. Outra frase interessante se dá quando o Inspetor Arthur Seed (interpretado por Brendan Gleeson), ao analisar as articuladoras do movimento e ao se deparar com Edith Elyn (interpretada por Helena Bonham Carter), declara: “Ela foi educada, não tem escrúpulos. Isso a torna particularmente perigosa.” Como o ensino era restrito quase em sua totalidade aos homens, aquela que possuísse educação seria uma verdadeira dissidente e uma provocadora ao paradigma imposto da época.

Sobre o movimento feminista, assim discorrem Kimberly Farias Monteiro e Leilane Serratine Grubba (2017, p. 03):

Assim, o feminismo em seu início, enquanto movimento, envolve diversas manifestações responsáveis pela luta das mulheres por igualdade entre homens e mulheres, bem como pela concessão de direitos, principalmente pelo acesso aos espaços de decisões políticas. Surgiu a partir das ideias iluministas, entre os anos de 1780 e 1790. Quanto às origens políticas do movimento, essas se tornaram visíveis a partir da Revolução Francesa, em 1789. Foi logo

após a Revolução Francesa, no ano de 1791, que Marie Gouze, mais conhecida como Olympe de Gouges, escreveu *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* (Declaração dos direitos da mulher e da cidadã), como uma dedicatória à Rainha Maria Antonieta, mulher de Luís XVI. O documento foi enviado à Assembleia Nacional da França, para que fosse aprovado, da mesma forma que foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, documento este que continha apenas os direitos dos homens e cidadãos franceses, entendidos como pessoas do sexo masculino, proprietários e alfabetizados (grifo do autor).

O direito ao voto, mais conhecido como sufrágio, era universal e excludente ao mesmo tempo, eis que, *a priori*, foi perfectibilizado o direito ao voto somente para os homens à época. Pelo norte de Gisela Maria Bester (2016, p. 332):

Quanto ao sufrágio, a própria expressão “universal” não deveria praticar exclusões. No entanto, historicamente as mesmas existiram em larga escala, tanto no Brasil como em diversos outros países. Durante muito tempo votar e poder ser votado foram privilégios de poucos: homens, brancos e possuidores de bens. Passou-se a considerar que o sufrágio era universal a partir do momento em que, na França de 1848, se suprimiu o voto censitário, isto é, o direito de ser eleitor deixou de estar atrelado a exigências monetárias. No entanto, o universo abarcado continuou sendo segregacionista e excludente ao gênero feminino: passou a, de fato, ser universal, mas apenas aos homens, sendo estes os únicos seres humanos então considerados politicamente iguais a si. A abolição do sufrágio censitário afirmou uma cidadania que desvelou uma invisibilidade sem precedentes até então na separação política entre homens e mulheres. E foi justamente a partir dessa época que se começou a pensar a situação política das mulheres como efetivamente uma exclusão deliberada [...].

Dalmo de Abreu Dallari (2013) também elucida questões acerca do sufrágio universal, asseverando que, apesar de ser “universal” as mulheres foram excluídas do direito ao voto e que a conquista desse direito demorou anos, demandando muita luta e desenvolvendo-se intensas campanhas acerca da temática. O primeiro lugar que concedeu o sufrágio às mulheres foi no Estado norte-americano de Wyoming, em meados de 1869. Apesar dessa conquista, nos Estados Unidos foi assegurado o voto

pleno às mulheres somente com a Constituição de 1920⁵, que proibia, veementemente, a restrição de direitos políticos por motivos de sexo.

Na França, palco de vultuosas e importantes revoluções, principalmente a Francesa, que exigia “*liberté, égalité, fraternité*” para todos, somente assegurou o voto feminino em 1944. À luz de Flávia Lages de Castro (2007, p. 252):

De fato, a bela França, berço da Revolução que atingiu todo o ocidente, sempre colocou o direito das mulheres em segundo plano. As francesas só puderam exercer o direito de voto – questão básica para uma cidadania em uma democracia representativa – a partir de 1944. A França foi a penúltima a dar este passo; só faltava a Grécia na Europa. A justificativa para o posicionamento da mulher nesta nova ordem era a mesma utilizada há muito; era idêntica à utilizada por muitos pensadores nos séculos seguintes: a mulher pertencia à esfera privada, não podendo tomar parte da esfera pública, que era de uso exclusivo de homens.

No Brasil, desde o Brasil Colônia (1500-1822) o sistema que reinava era o patriarcal e as mulheres não tinham direito a ter direitos, pois existiam somente para cuidar da casa e dos filhos, não podendo se autogovernar sozinhas e dependiam da autorização dos homens para a tomada de decisões. As mulheres, inclusive, tiveram acesso à educação somente no Brasil Império (em meados de 1827), mas jamais podendo estudar mais que do que os homens estudavam, sendo este um balizador para as mulheres alcançarem graus mais elevados de estudo e conhecimento em geral.

Em 1881 foi aprovada a Lei Saraiva – em que se criou o título eleitoral –, e estabeleceu-se que, para ser eleitor no Brasil, o indivíduo deveria ser do sexo masculino, maior de 21 anos e deveria ter uma renda mensal anual determinada. Nesta senda, a mulher ainda era vista como uma pessoa incapaz de tomar decisões políticas, pois ainda era subordinada ao pátrio poder familiar.

Já em 1890, um ano depois da proclamação da República, houve a abolição do voto censitário, mas as mulheres continuavam sem o poder de decidir em quem votar. Foi somente alguns séculos depois, mais precisamente em 1932, com a publicação do Código Eleitoral, que, fi-

5 A concessão do direito ao voto às mulheres surgiu a partir da décima nona Emenda à Constituição dos Estados Unidos (alteração XIX) e proibia a negativa de direito ao voto com base no sexo, sendo ratificada a alteração em 18 de agosto de 1920.

nalmente, o direito ao voto feminino foi assegurado, inclusive a própria Constituição Federal de 1934 resguardou o direito ao voto feminino, mas apenas àquelas que exercessem funções remuneradas em cargos públicos.

Sobre as novidades trazidas pelo Código Eleitoral, Flávia Lages de Castro ensina:

Para a Nação como um todo e para o futuro desta, o mais importante neste período foi a promulgação do Código Eleitoral de 1932 pelo Decreto 21.026, pelo qual se instituiu a Justiça Eleitoral. Poucos meses depois foram instalados o Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais. Mas, o que mais interessava à época e mesmo hoje em dia, se não fosse fato, é que o Decreto instituiu o voto secreto e possibilitou o voto feminino.

Todavia, cabe ressaltar que apesar do voto feminino ter sido assegurado, não foi garantido em sua plenitude, pois somente as mulheres ocupantes de cargos públicos poderiam exercer os seus direitos políticos. Há de se considerar que em que pese a menção ao direito ao voto feminino tenha sido um grande passo, certo é que naquela época pouquíssimas mulheres trabalhavam fora de casa, ainda mais exercendo cargos públicos. Nesta ótica, a conquista do direito ao voto pelo movimento feminista não abrangia as mulheres de forma universal e sem restrições, pois havia esse balizador.

O art. 109 da Constituição Federal de 1934 assim discorria: “o alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar”.

A conquista plena do voto universal às mulheres, sem distinções, somente ocorreu com a Constituição de 1946, que em seus artigos 133 e 134 assim aludiam: “o alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei” e que “o sufrágio é universal e, direto; o voto é secreto; e fica assegurada a representação proporcional dos Partidos Políticos nacionais, na forma que a lei estabelecer. “

Alguns anos depois, a Constituição Federal de 1988 – conhecida como Constituição Cidadã – assegurou de vez a conquista pela igualdade de direitos entre homens e mulheres, resguardando, além do direito ao voto, o direito das mulheres de serem iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza. Nesse sentido o artigo 5º, inciso I:

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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Por essa ótica, o constituinte teve um importante papel no tocante ao direito das mulheres, pois não garantiu tão somente a igualdade de direitos e deveres, prezando por uma nação justa, livre e solidária, garantiu, em verdade, a plena emancipação das mulheres do pátrio poder, colocando-as como atrizes principais das suas próprias histórias, demonstrando, inequivocamente, que toda a luta por igualdade que durou séculos realmente valeu a pena. O direito de resistência e de perseverança finalmente prevaleceu.

Apesar do Brasil ter sido um pioneiro na consagração do direito ao voto das mulheres – entre os países do Mercosul – há menos de 100 anos podemos exercer os nossos direitos políticos e ajudar a escolher os nossos representantes. A conquista do voto feminino é uma conquista que diz respeito à dignidade da pessoa humana, pois as mulheres conquistaram, pela primeira vez, o direito de serem ouvidas, independentemente da autorização do poder patriarcal.

Apesar de Simone de Beauvoir (1980, p. 382) ter sido uma das mulheres revolucionárias e mais inspiradoras do movimento feminista, afirmou que “as mulheres não conseguem construir solidamente um contra-universo, de onde possam desafiar os homens.” Hoje, o movimento feminista teria surpreendido Simone e desafiaria a sua frase, pois foi conquistado muito mais do que a garantia do sufrágio feminino, onde as mulheres puderam, finalmente, exercer o seu direito ao voto. Foi conquistado efetivamente um contra universo feminino que desafia os homens constantemente – quiçá diariamente –, em busca de melhores salários, melhores posições em empresas, representatividade política adequada e tantas outras lutas que as mulheres enfrentam na contemporaneidade.

As mulheres possuem não somente um contra universo, mas uma vontade inequívoca de superação constante dos desafios diários de ser mulher, que faz com que elas possam chegar onde almejam por puro sangue revolucionário. Se está, bem em verdade, vivendo uma época em que as mulheres estão ocupando cada vez mais os seus devidos e merecidos lugares na sociedade, bem como conquistando os direitos que tanto foram ceifados no prelúdio.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como escopo o estudo do direito de resistência em sentido *lato sensu*, verificando e concluindo que os direitos e garantias fundamentais garantidas somente foram conquistados depois de árduas lutas pelas gerações anteriores. Aludiu-se, também, que o próprio estado democrático de direito, constituído durante períodos de turbulência social reservou como direito fundamental o direito de resistência aos indivíduos quando se depararem com descumprimento das condições necessárias para o Estado Democrático de Direito.

Ainda, pretendeu-se analisar a questão do feminismo e do sufrágio universal, principalmente no que se refere a consagração e a conquista do voto feminino no Brasil e como isso garantiu a obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, foi analisada a Constituição Federal de 1988, a lei infra-constitucional e a doutrina acerca do tema.

Em síntese, o presente artigo teve a intenção de demonstrar, a partir da construção da argumentação jurídica e de uma análise procedimental e lógica, que o direito de resistência está positivado na Constituição e que ele é deveras importante para a luta em busca de direitos, como, por exemplo, o movimento feminista, que, utilizando-se do direito de resistir e de lutar em busca de igualdade, conseguiu a consagração do voto às mulheres, analisando, mais detalhadamente, como essa conquista ocorreu no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros editores. 2008

ANDRADE, Andressa Paula de; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. As sufragistas, o direito penal e as mulheres: dóceis, submissas e recatadas. A linguagem da dogmática penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 138/2017/ p. 187-211/ dez/2017. DTR/2017/6739.

BARAK, Aharon. **Proportionality: constitutional rights and their limitations**.

Cambridge University Press, 2012.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** (Trad.) Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934. **Planalto.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 04 de dez. 2019.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos Do Brasil De 1946. **Planalto.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 04 de dez. 2019.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 de dez. de 2019.

BESTER, Maria Gisela. **A luta sufrágica feminina e conquista do voto pelas mulheres brasileira: aspectos históricos de uma caminhada.** Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, Brasil, n. 25. p. 327-343.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: fatos e mitos.** 4. Ed. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1980.

BUZANELLO. José Carlos. **Estatuto Do Direito De Resistência.** Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos | vol. 2 | p. 1297 - 1310 | Ago / 2011 DTR\2003\770.

CARDONE, Marly. A mulher nas Constituições brasileiras. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos** | vol. 4 | p. 449 - 480 | Ago / 2011 | DTR\2012\692.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RODRIGUES, João Gaspar. Direito de resistência e sua positivação constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** | vol. 63/2008 | p. 130 - 162 | Abr - Jun / 2008

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

OSTA VÁZQUEZ, María Laura. Discussões feministas no século XIX. **Revista NUPEM**, Campo Mourão, v. 6. n. 11, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.fecilcam.br/revista/index.php/nupem/article/viewFile/547/324>. Acesso em: 07 out. 2019.

MONTEIRO, Kimberly Farias; GRUBBA, Leilane Serratine. **A luta das mulheres pelo espaço público na primeira onda do feminismo: de sufragettes às sufragistas**. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 8, n. 2, p. 261-278.

KREBIS, Daniela. **O movimento feminista no Brasil e no mundo**. *Revista Pré-Univesp*. N. 61. setembro, 2015. Disponível em: <https://pre.univesp.br/o-movimento-feminista#.WRPDX1UrLIV>. Acesso em: 03 de dez. 2019.

GROSSI, Mirian Pilar. **A Revista Estudos Feministas Faz 10 Anos Uma Breve História Do Feminismo No Brasil**. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 12(N.E.): 264, setembro-dezembro/2004.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

POGLIA, ALVARO LUIZ. **O direito de resistência à opressão na ditadura de 1964**. Passo Fundo, 2016.

A UTILIZAÇÃO DO PROVIMENTO 100 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA COMO MEDIDA ALTERNATIVA À REALIZAÇÃO DE TESTAMENTO PÚBLICO NO BRASIL EM ÉPOCA DE PANDEMIA

LUIZA DE AGUIAR MAIA¹
THALITA CARPIN HATZFELD²

1. INTRODUÇÃO

O ano de 2020 iniciou-se com grandes preocupações em escala global ante o surgimento da doença COVID-19 e sua enorme capacidade de disseminação e contágio entre os indivíduos. Este acontecimento trouxe consequências devastadoras para a população mundial, além de um número incontável de mortes. Com efeito, a sensação de finitude ocasionada pela doença despertou em muitos o interesse na realização de um planejamento sucessório, o qual tem por escopo garantir a correta destinação do patrimônio de um indivíduo após a sua morte, de maneira a reduzir conflitos, fortalecer vínculos e preservar os interesses familiares.

Tal planejamento permite que o autor da herança destine seus bens aos seus herdeiros legítimos e testamentários, prevendo com qual propósito serão utilizados estes bens. Trata-se de um instrumento jurídico que permite a adoção de uma estratégia voltada para a transferência eficaz do patrimônio e que tem por objetivo o exercício prático de uma atividade preventiva com utilização de medidas tomadas ainda em vida pelo autor da herança.

Entre as diferentes medidas de planificação patrimonial que podem ser adotadas, há especialmente o testamento - objeto do presen-

1 Graduanda no Curso de Direito da FMP - Fundação Escola Superior do Ministério Público.

2 Graduanda no Curso de Direito da PUCRS - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

te estudo - este que representa o principal e o mais conhecido veículo jurídico de efetivação do planejamento sucessório. Isso porque através de um único documento é possível deliberar sobre todos os bens que serão deixados após a morte para os herdeiros. Ademais, o testamento possui um baixo custo e a ele é conferido a possibilidade de inclusão de sucessores, não havendo, é claro, como falar de testamento sem a efetiva compreensão do que confere a sucessão, cujas particularidades serão observadas no decorrer do artigo.

Cumpre informar, de forma breve, que a sucessão no Direito brasileiro pode ser classificada em duas espécies: legítima e testamentária. Na sucessão legítima deve ser observado o que dispõe a lei, ao passo que na sucessão testamentária, sobretudo, prevalece a manifestação da vontade do autor da herança, veiculada por testamento. Ocorre que por ser o testamento um procedimento extremamente formal, não se admite, salvo algumas exceções, sua realização sem cumprir a rigor o que está previsto na legislação. Em tempos de pandemia, no entanto, sabe-se que não é possível o cumprimento destas formalidades em virtude das próprias barreiras físicas impostas por governantes brasileiros.

O fato de os Tabelionatos de Notas estarem fechados impossibilita a feitura de testamento nos moldes ordinários, o que, por si só, não pode ser motivo para impedir o indivíduo de dispor sobre seus bens e, ainda mais, de planejar da melhor maneira que desejar a transferência hereditária de seu patrimônio. Assim, como forma de demonstrar que em se tratando de sucessão testamentária o principal objetivo é a preservação de manifestação de última vontade do *de cuius*, são analisados julgados do Superior Tribunal de Justiça que possibilitaram a relativização de algumas das formalidades testamentárias a fim de garantir a manifestação de última vontade do testador à luz do princípio da autonomia privada.

Impende salientar que quando da redação do Código Civil (BRASIL, 2002) e da Constituição Federal (BRASIL, 1988) por óbvio, não seria possível prever os avanços tecnológicos que ocorreriam ao longo do tempo, tampouco seria possível imaginar a possibilidade de existir uma justiça eletrônica. Acontece que a sociedade evoluiu bastante, assim como a tecnologia no âmbito do Direito, a qual especialmente possibilitou o surgimento do Provimento 100 do CNJ, que implantou nos Tabelionatos de Notas instrumentos tecnológicos capazes de oportunizar a lavratura de todos os atos notariais de maneira digital, de tal modo que se entende que não poderia apenas o testamento não ser contemplado por este revolucionário acontecimento.

Assim sendo, busca-se demonstrar a possibilidade de utilizar o Provimento 100/2020 do CNJ, como medida alternativa para elaboração de testamento público por meio virtual, mantendo-se a segurança jurídica necessária para a formalização do ato e observando-se o período excepcional vivido, em que há necessidade do mínimo deslocamento possível da população visando preservar a saúde dos envolvidos.

2. AS MODALIDADES SUCESSÓRIAS PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme o atual momento vivenciado pela humanidade, observa-se que a pandemia do Coronavírus está a refletir diariamente os seus efeitos em escala mundial. Trata-se de um cenário preenchido por um vírus com rápida capacidade de proliferação e de considerável grau de letalidade, o que ocasionou a adoção, por governantes brasileiros, de diversas medidas restritivas à população, incluindo o isolamento social a fim de evitar a ampla contaminação e o colapso do sistema de saúde nacional. Em razão de as medidas de distanciamento social provocarem a intensa modificação das relações cotidianas, inúmeros questionamentos e desafios quanto à efetividade de certos institutos jurídicos têm surgido no campo do Direito Brasileiro e nos seus diversos ramos, especialmente na seara do Direito Sucessório.

Nessa perspectiva, em meio ao caos vivenciado nota-se ser natural o despertar para reflexões pessoais acerca de determinados comportamentos empregados, sobretudo quando estes podem repercutir efeitos futuros. Surge a necessidade de os indivíduos repensarem o futuro e garantirem aos demais que por perto se encontram o devido amparo caso venham a falecer. Como observa Luciana Dadalto (2020), “parece que a pandemia colocou para as pessoas o senso de finitude. É curioso pensar que, de repente, todo mundo lembrou que pode morrer a qualquer momento”.

Observa-se um novo panorama em que a finitude humana passa a ser surpreendentemente questionada, de tal forma que o interesse na realização de um planejamento sucessório hereditário passou a crescer exponencialmente desde o começo da pandemia do Coronavírus. A respeito desta temática, demonstra-se:

O desejo de planejar a sucessão hereditária está presente no íntimo de muitas pessoas. De fato, a maior longevidade da população brasileira e o fenômeno sempre crescente das famílias recompostas são fatores que muito contribuem para a necessidade de um planejamento sucessório. De fato, a partir do planejamento da sucessão hereditária, objetiva-se evitar conflitos, assegurar que aspirações fundamentais da vida da pessoa sejam executadas após o seu falecimento, garantir a continuidade de empresas e negócios, permitir uma melhor distribuição da herança entre os sucessores, bem como buscar formas de gestão e de transmissão do patrimônio que tenham a menor carga tributária possível. (NAVARES, 2020, p. 01)

Vale lembrar que esse instrumento jurídico é caracterizado pela adoção de uma estratégia voltada para a transferência eficaz e eficiente do patrimônio de uma pessoa após a sua morte (TEIXEIRA, 2018). Pode ainda ser realizado de diversas formas, sendo o testamento, por sua vez, a forma mais comum e conhecida de fazê-lo, tendo em vista que através de um único ato jurídico o indivíduo pode planejar por inteiro a sua sucessão patrimonial.

Verifica-se que especificamente no âmbito do Direito Sucessório, suceder, no dizer de Silvio Venosa (2017, p. 10), “é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo de sucessão no direito”. Constata-se, nessa senda, que poderá a sucessão dar-se de duas formas: por meio de ato *inter vivos*, assim como na eventualidade de um contrato de compra e venda entre as partes; ou ainda por *causa mortis*, conjuntura em que se transmitem os bens, direitos e obrigações da pessoa falecida aos herdeiros, seja por força de lei ou de testamento (VENOSA, 2017).

Tal diferenciação demonstra-se ser extremamente importante, haja vista que as sucessões feitas em vida não se unem ao Direito das Sucessões disciplinado pelo diploma civil legal em seu Livro V, disposto nos artigos 1.784 ao 2.027 e também objeto da presente análise. Para tanto, ilustra-se:

A palavra “sucessão”, na técnica jurídica, possui vários significados. No sentido amplo, suceder a uma pessoa significa vir depois dela, tomar o seu lugar, assumindo todo ou parte dos direitos que lhe pertencem. É nesse sentido, por exemplo, que se aplica o vocábulo na sucessão *inter vivos*, por meio da qual o comprador sucede ao vendedor, ou o donatário ao doador. No sentido restrito, que é empregado pelo legislador, a palavra sucessão designa a transmissão de bens de uma pessoa em virtude de sua morte. Isto é, transmissão *causa mortis*. A sucessão implica na transmissão do

patrimônio de uma pessoa falecida a uma ou outras pessoas. (LEITE, 2009 apud PISETTA, 2014, p. 100).

Importante salientar que uma vez ocorrida a sucessão *causa mortis*, esta poderá ser classificada em duas espécies, a saber: legítima e testamentária, ambas assinaladas no artigo 1.786 do Código Civil (BRASIL, 2002). A sucessão legítima ou *ab intestato*, destaca-se por ser oriunda de lei, incidindo nos casos em que o falecido não deixou testamento ou, se deixar, este for nulo ou anulável, devendo obedecer à ordem de vocação para a transmissão dos bens.

Assim sendo, quando por ocasião da morte do autor da sucessão não for verificada a existência de testamento válido, a herança será transmitida imediatamente aos herdeiros legais, especificados em ordem pelo artigo 1.829 do Código Civil Pátrio (BRASIL, 2002). Apenas na ausência de uma categoria vocacional, é que a outra será chamada a suceder. Portanto, factível assinalar que serão herdeiros legítimos aqueles indicados pela lei e que sucederão por meio da sucessão legítima, isto é, quando o autor da herança não expressar sua vontade de como transferir os bens, aplicando a forma que a lei definir (ALMEIDA, 2002).

A sucessão testamentária, em contrapartida, pode ser compreendida em razão do ato de última vontade do *de cujus*, ou seja, do desejo de manifestar-se por testamento para dispor livremente de seu patrimônio no que achar conveniente. Nessa hipótese, não é a lei, mas a pessoa que indica os seus sucessores (GOMES, 2007). Pode o testamento ser compreendido como um instrumento que se destina a produzir efeitos após o falecimento do testador, compondo-se basicamente de disposições de ordem patrimonial, ainda que nos tempos atuais exista a possibilidade de apenas incluir disposições de caráter não patrimonial (WALD, 2012).

Viável asseverar que o autor da herança utiliza o testamento como maneira de indicar a futura destinação dos seus bens, consignando as vontades que em vida não foram ditas, podendo ser revogado a qualquer momento, por intermédio de ato solene incompatível com o primeiro. Nessa conjuntura, elucida-se:

Tendo em vista o interesse social geral, acolhe o Código Civil o princípio da liberdade de testar limitada aos interesses do *de cujus* e, principalmente, aos de sua família, ao restringir a liberdade de dispor, no caso de ter o testador herdeiros necessários, ou seja, descendentes, ascendentes e o cônjuge, hipótese em que só poderá dispor de metade de seus bens, pois a outra metade pertence de

pleno direito àqueles herdeiros (CC, artigos 1.789, 1.845, 1.846, 1.847, § 1º), exceto se forem deserdados ou excluídos da sucessão por indignidade. Esse sistema é, indubitavelmente, o que melhor atende aos interesses da família. Assim, o testador poderá dispor da totalidade de seus haveres, não existindo herdeiros necessários. (DINIZ, 2014, p. 205).

A liberdade de testar, todavia, não é absoluta pois se limita à necessidade de resguardar a legítima, isto é, metade do patrimônio do falecido aos herdeiros chamados de necessários, se assim existirem, o cônjuge supérstite, descendentes e ascendentes sucessíveis, como preceitua o artigo 1.845 do Código Civil (BRASIL, 2002).

No que tange à capacidade para testar, impende destacar que consoante o artigo 1.860 do Código Civil, extrai-se que não podem realizar testamento os sujeitos incapazes e também aqueles que no ato da realização não possuam pleno discernimento, sendo, portanto, considerado nulas e sem possibilidade de ratificação as disposições de última vontade.

Cumprе salientar que o maior de dezesseis anos e menor de dezoito anos, embora seja tido como relativamente incapaz, poderá realizar a feitura de seu testamento, uma vez que o parágrafo único do mencionado artigo autoriza a fazê-lo (ANGELINI NETA; MAIA, 2020). Outrossim, deve-se enaltecer que a mera deficiência física, psíquica ou intelectual não é fator impeditivo do exercício de elaborar um testamento, já que o Estatuto da Pessoa com Deficiência desatrelou os conceitos de deficiência e incapacidade (FARIAS, 2018).

Constata-se que tanto a capacidade para testar quanto à capacidade para suceder via testamento deverão ser auferidas no momento da elaboração do mesmo, sendo irrelevantes as circunstâncias de aquisição ou perda da capacidade após este momento. A eventual superveniência de motivo incapacitante não compromete a validade do ato, assim como não dispondo de plena capacidade no momento da elaboração, a ulterior aquisição de capacidade não tem o condão de convalidar o ato praticado (FARIAS, 2018). Assim sendo, percebe-se que serão herdeiros testamentários aqueles indivíduos permitidos por lei e indicados como beneficiários da herança por disposição de última vontade, podendo, inclusive, serem também herdeiros legítimos, se houver o desejo de favorecê-los mais do que aos outros da mesma classe de preferência, com quem eventualmente estejam concorrendo (CAHALI; HIRONAKA, 2003).

Seguindo nessa conjuntura, infere-se que o testamento - principal instrumento existente no ordenamento jurídico para a efetivação da

sucessão por via testamentaria - possui caráter personalíssimo, classifica-se como negócio jurídico solene e deve, portanto, observar a forma prevista na lei para que tenha validade. É compreendido como uma modalidade de negócio jurídico unilateral, formal, revogável, *mortis causa*, cujo objeto é a destinação de bens para pessoas físicas ou jurídicas, respeitada a quota dos herdeiros necessários ou disposição de natureza não econômica expressamente admitida em lei (NADER, 2016).

3. ESPÉCIES DE TESTAMENTO EXISTENTES NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Segundo as disposições dos artigos 1.862 e 1.886 do Código Civil (BRASIL, 2002), existem apenas duas espécies de testamento: os ordinários e os especiais. Os testamentos especiais, nesse contexto, subdividem-se em marítimos, aeronáuticos e militares, os quais representam aqueles utilizados por pessoas capazes, mas que se encontram em determinadas situações excepcionais, restando impossibilitadas de testar por uma das formas ordinárias (NEVARES, 2020). Ressalta-se que os testamentos especiais podem ser feitos com inobservância das formalidades legais e possuem, conforme o artigo 1.891 do atual Diploma Civil, prazo de caducidade de noventa dias contados das circunstâncias atípicas que os ensejaram.

Quanto aos testamentos ordinários, nota-se a subdivisão em testamentos públicos, particulares e cerrados. O testamento público, disciplinado entre os artigos 1.864 e 1.867 do Código Civil (BRASIL, 2002), classifica-se como aquele capaz de conferir maior segurança para as partes envolvidas, já que exige para a sua realização a escritura pelo tabelião ou seu substituto em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador e na presença de duas testemunhas, sendo inclusive lido em voz alta e após assinado por todos (ANGELINI NETA; MAIA, 2020).

O testamento particular ou halógrafo encontra-se disposto nos artigos 1.876 à 1.880 do Diploma Civil vigente (BRASIL, 2002), e por sua vez é aquele que não exige o registro em cartório para a sua confecção, necessitando apenas ser escrito pelo testador e, posteriormente, lido por ele e assinado na presença de pelo menos três testemunhas. Cabível frisar que o Código Pátrio prevê ainda em seu artigo 1.879 (BRASIL, 2002), o chamado “testamento particular de emergência” (TARTUCE, 2017, p. 393), este que representa a possibilidade de qualquer pessoa capaz, em circunstâncias ex-

cepcionais declaradas no próprio texto, realizar testamento particular, de próprio punho, assinado, sem testemunhas, o qual deverá ser confirmado a critério do juiz após a morte do autor do testamento (MOLD, 2020).

Acerca desta forma simplificada de testamento particular, consoante o Enunciado 611 da VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, verifica-se que assim como as demais modalidades testamentárias especiais, incidirá o prazo de caducidade de noventa dias contados a partir do fim das circunstâncias excepcionais que autorizaram a sua confecção, ou seja, da situação excepcional que impossibilitou o testador de realizar o testamento por uma das formas ordinárias (ANGELINI NETA; MAIA, 2020).

Por fim, o testamento cerrado ou também denominado de secreto ou místico, previsto nos artigos 1.868 ao 1.875 do Código Civil (BRASIL, 2002), pode ser compreendido como um misto das duas formas acima mencionadas. Em um primeiro momento será submetido as regras dos instrumentos particulares com a absoluta autonomia da vontade do testador, no qual ele deliberará sobre sua declaração de vontade, com total privacidade; e em um segundo momento, integrando a primeira etapa, haverá a efetiva entrega do instrumento elaborado à autoridade notarial, na presença das testemunhas (FARIAS; ROSENVALD, 2018). Em síntese, o testamento cerrado pressupõe que o testador elabore a cédula em um primeiro momento, levando-a para aprovação posteriormente também perante o tabelião, na presença de duas testemunhas (NEVARES, 2020).

Relevante destacar que, consoante analisado, toda pessoa capaz poderá dispor da totalidade dos seus bens ou de parte deles para depois de sua morte por meio do testamento. Ou pelo menos poderia. Isso porque, com a pandemia vivenciada, alguns requisitos formais exigidos para a validação dos testamentos ordinários restaram impossibilitados de serem cumpridos, visto que as modalidades testamentárias previstas no Código Civil dependem da presença física do testador em conjunto com os demais indivíduos.

Como observado, tanto na elaboração de testamento público quanto na elaboração de testamento cerrado é necessária a presença de duas testemunhas para a validação do documento. Já em caso de testamento particular, este deve ser lavrado na presença de, no mínimo, três testemunhas. Ou seja, nenhum testamento ordinário, *a priori*, é plausível de ser redigido neste momento, a não ser que exista uma flexibilização dos requisitos formais exigidos para realização de testamento e/ou uma adaptação dos Cartórios ao meio digital, que há tempos se faz necessária.

Por certo que a política do isolamento social adotada pelos governantes brasileiros como forma de combate a pandemia do Coronavírus alterou drasticamente a dinâmica da sociedade brasileira em diversas de suas esferas e, por consequência, dos institutos jurídicos que a regem. Dentre os diversos âmbitos jurídicos afetados, verifica-se especialmente o da liberdade testamentária, tendo em vista que a adoção das medidas restritivas ocasionou o fechamento de instituições públicas, incluindo a interrupção dos serviços cartorários, de forma que a maioria das modalidades previstas no Código Civil e previamente analisadas não podem ter suas formalidades atendidas (ANGELINI NETA; MAIA, 2020).

Com efeito, tendo em vista que o ordenamento jurídico possui o dever de conformar as relações, não poderá, por este motivo, permanecer alheio às diversas transformações que decorrem na sociedade, sob pena de ocasionar insegurança jurídica, devendo adequar-se à nova realidade experimentada. Isto posto, como alternativa a garantir o exercício da autonomia privada e também como forma de preservar a saúde dos indivíduos em meio a pandemia vivenciada, além das diversas relativizações às formalidades testamentárias passíveis de serem verificadas na atualidade, surge a hipótese de proceder o testamento público na forma virtual, com base no Provimento 100 do Conselho Nacional de Justiça, como será adiante explorado.

4. A RELATIVIZAÇÃO DAS FORMALIDADES TESTAMENTÁRIAS COMO FORMA DE ASSEGURAR A MANIFESTAÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE DO TESTADOR

Inicialmente, verifica-se que todas as formas de testamento previstas no Código Civil Brasileiro possuem como elemento norteador o chamado princípio da autonomia privada, o qual pode ser assim definido: “O poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios”. (PERLINGIERI, 2008, p. 338).

Assimila-se que tal princípio tem como finalidade a preservação da vontade do autor da herança e, por vezes, torna-se capaz de sobrepor-se às formalidades legalmente previstas quando na elaboração de um testamento. Pode-se afirmar que o princípio da autonomia privada fun-

ciona como um corolário da Sucessão Testamentária Brasileira, expressando cada vez mais a sua importância, principalmente em matéria afeita ao Direito Sucessório, realçada em decisões nos diversos tribunais pátrios (ANGELINI NETA; MAIA, 2020).

Nota-se que no Brasil algumas normas legais reconhecem de fato a autonomia dos sujeitos em suas relações, especialmente a Constituição Federal. É nítido no texto constitucional de 1988 o sério esforço no sentido de reduzir o campo das imposições, ampliando o espaço das liberdades (LEITE, 2003). O próprio artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) assegura como direito fundamental e inviolável a liberdade, isto é, ao permitir que o cidadão destine seus bens para depois de sua morte, a legislação está tão somente consagrando a liberdade do indivíduo (LIMA, 2019). A respeito do tema, salienta-se:

[...] o que se procura, em um novo modelo de autonomia privada, compatível com o sistema jurídico implantado pelo paradigma do Estado Social, é garantir às partes um poder normativo, no dizer de Ferri, mas sempre nos moldes dos valores que a Constituição e, na sua esteira, as normas infraconstitucionais impõem para êxito do programa axiológico do ordenamento. (GODOY, 2004, p. 22).

No que tange ao formalismo testamentário, percebe-se que em relação a este aspecto há como principal objetivo o cumprimento da vontade do testador e a sua proteção de qualquer desvirtuação, garantindo a eficácia do testamento. Ocorre que o instituto da sucessão testamentária tem sofrido modificações significativas ao longo do tempo, de modo que o ordenamento jurídico brasileiro, nesse ponto, tem evoluído e demonstrando-se cada vez mais apto a sopesar, substituir, desconsiderar e mesmo adaptar as formalidades em relação aos casos concretos, tendo principalmente como alicerce a autonomia do testador.

As transformações sociais influentes nas formalidades testamentárias revelam-se na atualidade com maior frequência e impacto, ainda que sempre tenham acontecido. A interpretação testamentária sempre carregou como seu norte a garantia dos efeitos do seu conteúdo, evitando a configuração da sua nulidade baseada tão só em aspectos solenes ou inobservância de aspectos insignificantes quanto à vontade do testador (BARROS, 2017).

O Supremo Tribunal de Justiça, nessa perspectiva, tem relativizado a nulidade de testamentos que não preencham algumas das formalidades legais, desde que por meio destas disposições a autonomia privada do falecido for completamente satisfeita com os procedimentos adotados

(ANGELINI NETA; MAIA, 2020). Acerca da matéria do formalismo testamentário, impede salientar que a jurisprudência brasileira não é ampla. Porém, tendo em vista o crescimento no número de feituas de testamentos no Brasil e das novas decisões que vêm relativizando tais formalidades, compreende-se adequada a análise de casos jurisprudenciais pertinentes às modalidades ordinárias de testamento. A exemplo, destaca-se inicialmente o que se extrai do Recurso Especial julgado na Ilustre Corte superior:

(...) Especificamente em relação aos testamentos, as formalidades dispostas em lei possuem por finalidade precípua assegurar a higidez da manifestação de última vontade do testador e prevenir o testamento de posterior infirmação por terceiros. Assim, os requisitos formais, no caso dos testamentos, destinam-se a assegurar a veracidade e a espontaneidade das declarações de última vontade. Todavia, se, por outro modo, for possível constatar, suficientemente, que a manifestação externada pelo testador deu-se de forma livre e consciente, correspondendo ao seu verdadeiro propósito, válido o testamento, encontrando-se, nessa hipótese, atendida a função dos requisitos formais, eventualmente inobservados. A jurisprudência desta Corte de Justiça (a partir do julgamento do REsp n. 302.767/PR), em adoção a essa linha de exegese, **tem contemporizado o rigor formal do testamento, reputando-o válido sempre que encerrar a real vontade do testador, manifestada de modo livre e consciente.** (...)” REsp 1419726/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 16/12/2014. (grifo nosso) (STJ, 2014).

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça deduziu ser perfeitamente possível que a ausência de uma das formalidades exigidas por lei possa ser colmatada para a preservação da vontade do testador, conforme se observa na jurisprudência colacionada a seguir:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TESTAMENTO. FORMALIDADES LEGAIS NÃO OBSERVADAS. NULIDADE. 1. Atendido os pressupostos básicos da sucessão testamentária — i) capacidade do testador; ii) atendimento aos limites do que pode dispor e; iii) lúdima declaração de vontade — **a ausência de umas das formalidades exigidas por lei, pode e deve ser colmatada para a preservação da vontade do testador, pois as regulações atinentes ao testamento tem por escopo único, a preservação da vontade do testador.** 2. Evidenciada, tanto a ca-

pacidade cognitiva do testador quanto o fato de que testamento, lido pelo tabelião, correspondia, exatamente à manifestação de vontade do de cujus, não cabe então, reputar como nulo o testamento, por ter sido preterida solenidades fixadas em lei, porquanto o fim dessas — assegurar a higidez da manifestação do de cujus —, foi completamente satisfeita com os procedimentos adotados. 3. Recurso não provido. (REsp 1677931/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJE 22/08/2017). (grifo nosso) (STJ, 2017).

Em julgado ainda mais recente - ano de 2020 - a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça considerou válido testamento particular que, mesmo não tendo sido assinado de próprio punho pela testadora, contou com sua impressão digital. A decisão foi baseada na convicção de que cada caso deve ser analisado individualmente a fim de que se descubra se eventual ausência de formalidade é suficiente para comprometer a validade do testamento, em confronto com os demais elementos de prova. Senão vejamos:

(...) 6- Em uma sociedade que é comprovadamente menos formalista, na qual as pessoas não mais se individualizam por sua assinatura de próprio punho, mas, sim, pelos seus tokens, chaves, logins e senhas, ID's, certificações digitais, reconhecimentos faciais, digitais e oculares e, até mesmo, pelos seus hábitos profissionais, de consumo e de vida captados a partir da reiterada e diária coleta de seus dados pessoais, e na qual se admite a celebração de negócios jurídicos complexos e vultosos até mesmo por redes sociais ou por meros cliques, o papel e a caneta esferográfica perdem diariamente o seu valor e a sua relevância, devendo ser examinados em conjunto com os demais elementos que permitam aferir ser aquela a real vontade do contratante. 7- A regra segundo a qual a assinatura de próprio punho é requisito de validade do testamento particular, pois, traz consigo a presunção de que aquela é a real vontade do testador, tratando-se, todavia, de uma presunção juris tantum, admitindo-se, ainda que excepcionalmente, a prova de que, se porventura ausente a assinatura nos moldes exigidos pela lei, ainda assim era aquela a real vontade do testador. 8- Hipótese em que, **a despeito da ausência de assinatura de próprio punho do testador e do testamento ter sido lavrado a rogo e apenas com a aposição de sua impressão digital, não havia dúvida acerca da manifestação de última vontade da testadora que, embora sofrendo com limitações físicas, não possuía nenhuma restri-**

ção cognitiva. 9- O provimento do recurso especial por um dos fundamentos torna despicendo o exame dos demais suscitados pela parte. Precedentes. 10- Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1633254/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJE 17/03/2020). (grifo nosso) (STJ, 2019).

Com efeito, tendo como base a análise dos julgados acima mencionados, nota-se que é plausível certificar-se que as formalidades exigidas pela lei vêm sendo cada vez mais flexibilizadas pela Corte Superior com o intuito de preservar a declaração de vontade do autor da herança. Vale lembrar que a matéria legal sobre testamentos no Brasil foi redigida no século passado, de forma que seria inevitável ocorrer qualquer reinterpretação por parte dos Tribunais brasileiros acerca de alguns aspectos da legislação. Somando-se a isso, conforme referido pela Ministra Nancy Andrigli em acórdão de sua relatoria anteriormente transcrito, vive-se em uma sociedade que é comprovadamente menos formalista e que busca cada vez mais na tecnologia meios que possibilitem a facilitação de serviços.

Por certo que há tempos a tecnologia vem provocando mudanças na sociedade, sendo evidente que em algum momento esta passaria a incidir nas mais variadas áreas do Direito. Já é possível observar este viés de evolução tecnológica adentrando na esfera jurídica através da migração do processo físico para o processo eletrônico, já que o fato de haver a digitalização dos processos judiciais significa substituir as tarefas manuais por procedimentos informatizados e automatizados.

O uso destas ferramentas tecnológicas vem constantemente transformando a prestação de serviços jurídicos, otimizando tarefas e atividades diárias, além de propiciar, como consequência, a desburocratização de diversos serviços prestados no âmbito judicial. Ressalta-se que com a chegada da pandemia e em virtude da adoção de medidas de distanciamento social, foi necessária a realização de algumas adaptações tecnológicas também no ambiente extrajudicial, no intuito de possibilitar a continuidade das atividades notariais de maneira segura, como será a seguir investigado.

5. A UTILIZAÇÃO DO PROVIMENTO 100 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA COMO GARANTIA DE REALIZAÇÃO DE TESTAMENTO PÚBLICO NO BRASIL EM PERÍODO DE PANDEMIA

Considerando que os serviços extrajudiciais são essenciais ao exercício da cidadania, uma série de providências foram tomadas para que houvesse a garantia de manutenção destas atividades no atual momento. Surgiu a necessidade de implantar, notadamente em relação aos Tabelionatos de Notas, instrumentos tecnológicos para facilitar a vida dos usuários, assegurando, ao mesmo tempo, segurança jurídica permeada pela fé pública (ABELHA; JUNQUEIRA).

Vale lembrar que com o avanço tecnológico e com os diversos mecanismos de (identificação pessoal existentes, como *tokens* e certificações digitais que permitem a realização de serviços via internet de maneira rápida e segura, a presença de um indivíduo para confirmação de um ato demonstra-se cada vez mais dispensável. Além disso, nota-se que as gerações atuais são extremamente adeptas à utilização de ferramentas tecnológicas para auxiliar na sua vida cotidiana, considerando a facilidade advinda deste meio.

Com a chegada da pandemia e diante da imposição do isolamento social, diversos procedimentos tiveram que migrar para o ambiente virtual como alternativa para sua manutenção, inclusive a seara dos serviços extrajudiciais. Nessa conjuntura, enfatiza-se o advento do Provimento 100/2020 do CNJ (BRASIL, 2020), que autorizou a lavratura de todos os atos notariais de maneira digital, passando a admitir celebrações de negócios complexos e vultosos por meios virtuais e instituindo o sistema e-Notariado em âmbito nacional.

Com a entrada em vigor deste Provimento, todos os Tabelionatos de Notas do país foram obrigados a aderir a esta plataforma, de modo que qualquer ato praticado sem a sua utilização passa a ser considerado nulo. Isso leva a crer que, embora exista calorosa discussão a respeito da possibilidade ou não de realização de testamentos através do sistema e-Notariado, é possível se extrair uma interpretação ampliativa no sentido de que todos os atos notariais podem ser realizados por intermédio do e-Notariado - artigo 26. (CALMON, 2020), inclusive o testamento.

Segundo a redação do artigo 3º do Provimento (BRASIL, 2020), são requisitos da prática do ato notarial eletrônico: I - videoconferência notarial para captação do consentimento das partes sobre os termos do ato jurídico; II - concordância expressada pelas partes com os termos do

ato notarial eletrônico; III - assinatura digital pelas partes, exclusivamente através do e-Notariado; IV - assinatura do Tabelaio de Notas com a utilização de certificado digital ICP-Brasil; IV - uso de formatos de documentos de longa duração com assinatura digital.

A assinatura digital, expressa no artigo 3º, inciso III e acima citado será feita por meio da utilização de certificado digital, que pode ser do próprio indivíduo. Na eventualidade de o sujeito não possuir esta ferramenta, poderá o certificado ser requerido junto ao Cartório, o qual deverá fornecer o dispositivo de forma gratuita, sanando qualquer controvérsia que poderá surgir quanto à impossibilidade de aquisição dessa ferramenta por parte da parcela mais vulnerável da população.

Cumprir informar que o certificado gratuito a ser fornecido aos cadastrados será de uso exclusivo da plataforma do e-Notariado e outras autorizadas pelo Colégio Notarial Brasil-CF - artigo 9º, § 4º (BRASIL, 2020). Com efeito, diante das medidas adotadas pelos Cartórios do país e dos mecanismos de segurança adotados, não se observa nenhum óbice para a realização do testamento de forma virtual, desde que cumprido o disposto na lei. Nessa perspectiva, Gustavo Kloh Muller Neves assinala:

Com a presença de duas testemunhas, que também vão assinar eletronicamente, com certificado digital ou assinatura do e-notariado, é totalmente possível fazer um testamento eletrônico à distância por um canal de chat mantido pelo Colégio Notarial do Brasil. (IBDFAM, 2020, p. 01)

Acerca desta temática, factível informar que existe uma diferença entre testamento realizado por vídeo e testamento em vídeo. O testamento feito por vídeo é aquele realizado por alguém que obtém assinatura eletrônica no portal do e-Notariado, o qual permite praticar atos notariais eletrônicos (IBDFAM, 2020), e ora defendido no presente trabalho como medida alternativa à realização de testamento público em circunstância de pandemia. O testamento em vídeo, em contrapartida, refere-se apenas à gravação amadora, sem nenhuma observância do disposto na legislação que dispõe sobre os requisitos formais para realização de testamentos no Brasil.

De qualquer sorte, entende-se que a gravação realizada pela plataforma é capaz de propiciar maior segurança ao juízo, que poderá observar as expressões do testador e identificar ainda, se for o caso, indícios de coação ou até mesmo de incapacidade do falecido. Sobre esse último ponto, cumpre referir que é perfeitamente possível, como mais uma pro-

va de validade do testamento e não como requisito essencial para sua validação, requerer a declaração de capacidade para testar junto a um médico. Com tantos mecanismos de confirmação, dificilmente poderá ser alegado algum vício de vontade neste testamento.

Nesse sentido, de modo a analisar especificamente a realização de testamento público pelo meio virtual, tem-se que será possível sua elaboração pela plataforma do e-Notariado, devendo a sua execução cumprir todas as exigências do artigo 1.864 do Código Civil (BRASIL, 2020), e ser realizada dentro do citado artigo 3º do Provimento 100/2020 do CNJ. Isso porque tanto a escrita pelo tabelião quanto a leitura do testamento em voz alta serão mantidos às testemunhas, por meio de vídeo, com reunião marcada previamente entre testador, tabelião e as testemunhas. Com relação ao último requisito legal exigido no artigo 1.864 do Diploma Civil - qual seja, a assinatura dos presentes - observa-se ser perfeitamente possível sua substituição por certificação digital, sem prejuízo da sua validade.

Com efeito, é possível observar que a chegada do Coronavírus dificultou a prática de vários atos da vida civil, mas não impossibilitou por completo a realização dos mesmos, principalmente após o advento do Provimento 100 do CNJ, que flexibilizou diversos serviços notariais para garantir efetiva prestação jurisdicional à população.

6. CONCLUSÃO

A ameaça de contágio, a privação de liberdade e principalmente o sentimento de finitude experimentado pela população em decorrência da pandemia fez surgir a preocupação nos indivíduos de repensar sobre o futuro e em formas de garantir aos demais que por perto se encontram o devido amparo na hipótese de falecimento. Como efeito dessa preocupação com a possível morte, houve um crescimento exponencial na busca por planejamento sucessório hereditário e, em decorrência deste fato, foi necessário debruçar-se a respeito das modalidades dos institutos sucessórios previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre os diversos instrumentos legais que permitem a realização do mencionado planejamento sucessório, destaca-se o testamento. Esta modalidade de negócio jurídico possui como objeto a destinação do patrimônio de uma pessoa seguindo sua vontade manifestada em vida, respeitadas as devidas restrições legais. Cumpre referir aqui que são bastantes rigorosas as formalidades a serem cumpridas para garantir a vali-

dade do testamento e a vontade do testador, de forma que a pandemia do Coronavírus e a adesão às medidas restritivas impostas pelos governantes afetou diretamente a liberdade para testar.

Isso porque em razão da pandemia do Coronavírus e da adesão às medidas restritivas impostas por governantes brasileiros houve o consequente fechamento de Instituições públicas, incluindo a interrupção dos serviços cartorários, de forma que a liberdade testamentária dos indivíduos restou nitidamente afetada, não podendo as modalidades previstas no Código Civil terem as suas formalidades atendidas. Assim sendo, torna-se viável concluir que, a priori, nenhum testamento é passível de ser redigido neste momento, a não ser que exista uma flexibilização dos requisitos formais exigidos para realização de testamento e/ou uma adaptação dos Cartórios ao meio digital, que há tempos se faz necessária.

Considerando que o Direito possui o dever de conformar as relações, assimila-se que o mesmo deverá, portanto, adequar-se ao presente cenário, não podendo permanecer alheio às diversas transformações que decorrem na sociedade. Em razão de o instituto da sucessão testamentária ter apresentado modificações significativas no decorrer dos últimos tempos, infere-se que o ordenamento jurídico tem evoluído e demonstrando-se cada vez apto a sopesar, substituir, desconsiderar e mesmo adaptar as formalidades testamentárias em relação aos casos concretos, tendo especialmente como alicerce a autonomia do testador, como assim depreende-se da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça realizada.

Observa-se que se destaca na atualidade a prevalência de uma sociedade comprovadamente menos formalista e que busca cada vez mais na tecnologia meios que possibilitem a facilitação de serviços. Nessa perspectiva, por certo que a tecnologia provoca há tempos mudanças na sociedade, sendo evidente que em algum momento esta passaria a incidir nas mais variadas áreas do Direito - o que já ocorre - especialmente em tempos de pandemia.

Com a imposição do distanciamento social, foi necessária a realização de incontáveis adaptações tecnológicas, tanto no ambiente judicial quanto no extrajudicial, com a intenção de possibilitar a continuidade das atividades essenciais à população de maneira segura. Com efeito, surgiu a necessidade de implantar, especialmente em relação aos Tabelionatos de Notas, instrumentos tecnológicos para facilitar a vida dos usuários, assegurando, ao mesmo tempo, segurança jurídica permeada pela fé pública.

Nessa senda, ressalta-se o surgimento do Provimento 100 do Conselho Nacional de Justiça de 2020, o qual autorizou a lavratura de to-

dos os atos notariais de maneira digital, passando a admitir celebrações de negócios complexos e vultosos por meios virtuais e flexibilizando diversos serviços notariais para garantir efetiva prestação jurisdicional à população. Por meio deste, entende-se possível ser extraída uma interpretação ampliada, no sentido de que todos os atos notariais podem ser realizados por intermédio do sistema e-Notariado, inclusive o testamento.

Assim sendo, diante das medidas adotadas pelos Cartórios de todo o país e dos mecanismos de segurança implementados, não se observa nenhum óbice para a realização do testamento público na forma virtual. Pelo contrário, o testamento feito por meio do portal do e-Notariado, demonstra-se, na atual conjuntura, ser a alternativa mais segura para testar nos dias atuais. Isso porque mesmo existindo a possibilidade de se fazer um testamento particular, aplicável na pandemia, a publicidade e o registro propiciados pelo testamento público confere maior segurança ao ato, o que justifica a pertinência do Provimento.

REFERÊNCIAS

ABELHA, André; JUNQUEIRA, Alexandre Gomide. **O futuro chegou! Bem-vindo provimento nº 100/20, do CNJ**. Migalhas, 02/06/2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/328081/o-futuro-chegou-bem-vindo-provimento-n-100-20-do-cnj>. Acesso em: 31 jul. 2020.

ALMEIDA, José Luiz Gavião. **Código Civil Comentado**: Direito das Sucessões. Artigos 1.784 a 1856. São Paulo: Atlas, 2003.

ANGELINI NETA, Aina Hohenfeld; MAIA, Lucas Duailibe. O Direito Sucessório brasileiro e a pandemia do COVID-19: uma análise das possibilidades de feitura de testamentos em períodos de distanciamento social. In: HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida (org.). **COVID-19 e o Direito na Bahia**: estudos da comunidade da UNEB em homenagem à memória de Ruivaldo Macedo Costa. Salvador: Editora Direito Levado a Sério, 2020.

BARROS, Rafaela Rojas. **A flexibilização dos requisitos formais na sucessão testamentária no ordenamento jurídico brasileiro**: uma nova diretriz. 2017. Disponível em: <http://clovisbarros.adv.br/publicacoes/ANALISE.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RE no 1.633.254**. 3ª Turma. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 11/12/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=107575683&num_registro=201602761090&data=20200318&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça **RE no 1.419.726**. 3ª Turma. Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em: 16/12/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865085777/recurso-especial-resp-1419726-sc-2013-0176506-1/inteiro-teor-865085787?ref=juris-tabs>. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RE1677931**. 3ª Turma. Rel. Ministra Nancy Andrighi. 15/08/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75362447&num_registro=201700542350&data=20170822&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal 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: 31 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. **Provimento 100 do Conselho Nacional de Justiça**. Dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE e dá outras providências. Brasília, DF: Corregedoria, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>. Acesso em 31 jul. 2020.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CALMON, Patricia Novais. **O divórcio virtual e o e-notariado**: a era da desmaterialização dos procedimentos extrajudiciais. IBDFAM. 02/06/2020. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1476/O+div%C3%B3rcio+virtual+e+o+e-no+notariado%3A+a+era+da+desmaterializa%C3%A7%C3%A3o+dos+procediment>

os+extrajudiciais. Acesso em: 31 jul. 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VII Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/847>. Acesso em: 30 jul. 2020.

DADALTO, Luciana. **O papel do testamento vital na pandemia do COVID-19**. JUSBRASIL. 2020. Disponível em: <https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/829295096/o-papel-do-testamento-vital-na-pandemia-da-covid-19>. Acesso em: 29 jul. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 205.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

IBDFAM, Assessoria de Comunicação. **Testamentos em vídeo devem crescer no Brasil, aponta autor de artigo científico sobre o tema**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7443/Testamentos+em+v%C3%ADdeo+devem+crescer+no+Brasil%2C+aponta+autor+de+artigo+cient%C3%ADfico+sobre+o+tema>. Acesso em 02 de ago. 2020.

LEITE, 2009 apud PISETTA, Francieli. **Reprodução assistida homóloga *post mortem*, aspectos jurídicos sobre a filiação e o direito sucessório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 100.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Gildásio Pedrosa de. **A legítima e a liberdade de testar**. Conteúdo Jurídico. 29/10/2019. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53696/a-legitima-e-a-liberdade-de-testar>. Acesso em: 04 ago. 2020.

MOLD, Cristiano Fetter. **A possibilidade de fazer um testamento durante o isolamento causado pelo coronavírus — breves considerações.** IBDFAM. 24/02/2020. Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/artigos/1388/ A+possibilidade+de+fazer+um+testamento+durante+o+isolamento+causado+pe+lo+c+oronav%C3%ADrus+--+breves+considera%C3%A7%C3%B5es](http://www.ibdfam.org.br/artigos/1388/A+possibilidade+de+fazer+um+testamento+durante+o+isolamento+causado+pe+lo+c+oronav%C3%ADrus+--+breves+considera%C3%A7%C3%B5es). Acesso em: 30 jul. 2020.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil:** Direito das sucessões. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **Como fazer testamento em momento de isolamento social.** IBDFAM, 26/03/2020. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1393/Como+fazer+testamento+em+momento+de+isolamento+social>. Acesso em: 29 jul. 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional.** Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** Direito das Sucessões. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEIXEIRA, Daniele. Noções prévias do direito das sucessões. Sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. In: **Arquitetura do planejamento sucessório.** Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 35.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito das Sucessões. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil:** Direito das sucessões. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012



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)